

## AUTONOMÍA TERRITORIAL EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS\*

Emanuel Martínez Sosa \*\*

### Resumen:

Las APP en Colombia, reguladas por la Ley 1508 de 2012 son un instrumento de financiación que permite la vinculación de capital privado para la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados. Mediante este mecanismo es posible que dineros de particulares sean incorporados en busca de promover las asociaciones entre el sector público y el privado, como un esquema que facilite proporcionar la infraestructura pública tanto de carácter productivo como social, y a la vez avanzar en el desarrollo socioeconómico del país. La financiación de la contratación pública a través de este mecanismo está supeditado al cumplimiento de algunas condiciones contractuales. Entre ellos, los previstos por los artículos 6 y 25 de la Ley. De un lado, las entidades territoriales al vincularse en contratos estatales por medio de la figura de APP, si necesitan ampliar el plazo de ejecución del proyecto antes del proceso de selección, deberán contar previamente con el concepto favorable que expida el Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes-, el cual es un órgano del orden central del Estado. De otro lado, las entidades territoriales deben inscribirse en un registro público de APP, denominado RUAPP, el cual es operado y reglamentado por el Gobierno Nacional a través del Departamento de Planeación Nacional –DNP-, allí deberán informar los proyectos de Asociación Público Privada que se encuentren en trámite o estén en ejecución en su territorio, su estado de desarrollo, los proyectos que han sido rechazados y las iniciativas que desean desarrollar. Mediante una investigación cualitativa de enfoque hermenéutico, desde la dogmática jurídica y la técnica documental se realiza una revisión de literatura especializada, normativa vigente y jurisprudencia de la Corte Constitucional para analizar si las condiciones estipuladas en los artículos 6 y 25 de la Ley 1508 de 2012, limitan el principio de la autonomía territorial incorporado en la constitución de 1991 por los artículos 1 y 287.

---

\* Artículo resultado del proyecto de investigación “Autonomía territorial en las Asociaciones Público Privadas (APP) Ley 1508 de 2012”, realizado por el autor como requisito para optar al título de magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, y adscrito al proyecto de investigación “Impactos de la gentrificación urbana en el goce y disfrute de los derechos al trabajo y la vivienda digna. Un estudio de caso del Plan Parcial El Naranjal, en la ciudad de Medellín, Colombia”, dirigido por César Augusto Molina-Saldarriaga.

\*\* Abogado, especialista en Derecho Administrativo, Candidato a magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: [martinezemanuel@hotmail.es](mailto:martinezemanuel@hotmail.es).

## **Palabras Clave**

Autonomía territorial, contrato estatal, descentralización, asociaciones público privadas.

## **Introducción**

La Constitución Política de Colombia de 1991 establece que “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes”(Constitución Política de Colombia, 1991). Dentro de ellos se establece que las autoridades territoriales son entidades fundamentales de la división político administrativa del Estado y les corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, como también construir las obras que demande el progreso local en su territorio—artículo 311- (Constitución Política de Colombia, 1991).

En este sentido, se creó la Ley 1508 (Congreso de Colombia, 2012), por la cual se permite, como instrumento de financiación, invertir capital privado para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, materializado a través de un contrato estatal, por medio de APP, logrando con esta figura la inyección de recursos privados para la ejecución de obra pública (Congreso de Colombia, 2012).

En este contexto conviene resaltar que Colombia como Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, según lo dispuesto en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), prevé que las entidades territoriales gozan de autonomía para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. Dados estos derechos, las entidades territoriales gozan de autonomía para contratar y propender por el desarrollo local de su territorio. Es por ello que, en virtud del principio de la descentralización territorial, se confiere la transferencia de funciones y competencias del poder central del Estado a las entidades territoriales dotándolas de autonomía administrativa y presupuesto propio.

En este sentido, se advierte que la contratación pública es un mecanismo por el cual las entidades territoriales se sirven para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Dentro esta contratación pública, las APP son usadas como instrumento de vinculación de capital privado para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, creadas a través de la Ley 1508 de 2012 y reglamentada por el Decreto 1082, Único Reglamentario del Sector

Administrativo de Planeación Nacional(Presidencia de la República, 2015). La Ley 1508(Congreso de Colombia, 2012), artículos 6 y 25, prescribe que las entidades territoriales que se vinculen en contratos estatales a través de la figura de APP y necesiten ampliar el plazo de ejecución del proyecto antes del proceso de selección, deberán contar con el concepto favorable que expida el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, el cual es un órgano del orden central; y que las entidades territoriales deberán registrarse en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas–RUAPP-, operado y reglamentado por el Departamento de Planeación Nacional –DNP-. Allí deberán informar los proyectos de Asociación Público Privada que se encuentren en trámite o estén en ejecución en su territorio, su estado de desarrollo, los proyectos que han sido rechazados, las iniciativas que desean desarrollar. Este requisito lo deberán cumplir para poder ejecutar los contratos celebrados a través de APP.En atención a lo esgrimido se pretende en este texto analizar si la obligación de las entidades territoriales de contar con concepto favorable del Conpes y el deber de registrarse en el RUAPP, en los contratos estatales financiados por Asociaciones Público Privadas, limitan el principio de la autonomía territorial.

Para ello se realizó una investigación cualitativa con un enfoque hermenéutico, desde la dogmática jurídica, principalmente de *lege lata* y técnica documental, mediante el levantamiento y procesamiento de fuentes secundarias-literatura especializada-y fuentes primarias-Constitución Política de Colombia, leyes y jurisprudencia nacionales – que dan cuenta de las diferentes apuestas teóricas y políticas de diferentes autores, así como el devenir histórico frente al concepto de autonomía territorial.La información fue procesada y sistematizada a través de herramientas de rastreo y sistematización de fuentes documentales, tales como fichas bibliográficas para la literatura especializada, fichas normativas para los referentes jurídicos y fichas jurisprudenciales para las Sentencias y conceptos de los tribunales.

El texto describe, en primer lugar, el alcance del principio de autonomía territorial en el ordenamiento jurídico colombiano, donde se pretende identificar el precedente histórico de la descentralización y la autonomía territorial en Colombia y, en este contexto, se analiza el desarrollo constitucional sobre los máximos y los mínimos poderes de la descentralización territorial en Colombia. Posteriormente el texto se ocupa de describir los contratos estatales y su financiación a través de APP a la luz de la Ley 1508 (Congreso de Colombia, 2012). En tercer lugar, se aborda el alcance de los artículos 6 y 25 de la Ley 1508 de 2012 para determinar si el

concepto favorable del Conpes es un requisito sustancial que impida la celebración del contrato y cuál es la finalidad del RUAPP en los contratos APP. Finalmente, se presentan los hallazgos obtenidos con relación al concepto Conpes y RUAPP frente al principio a la autonomía territorial que les asiste a las entidades territoriales en Colombia.

## **1. El alcance los principios de descentralización y autonomía territorial en el ordenamiento jurídico colombiano**

En este apartado se busca determinar el alcance de los principios, autonomía territorial y descentralización en el ordenamiento jurídico colombiano, desde una perspectiva histórica y jurídica, que nos permita entender la inferencia que pueden tener algunas figuras de la Ley (Congreso de Colombia, 2012) frente a la autonomía que les asiste a las entidades territoriales.

### **1.1. Desarrollo histórico de la descentralización en Colombia**

Colombia desde su independencia ha girado alrededor de dos grandes posturas: el unitarismo y el federalismo. Así, bajo la vigencia de las constituciones de 1821, 1830, 1832 y 1843 el Estado colombiano se concebía en una forma organizada que se sustentaba en un unitarismo centralista excesivo para muchos (Moreno Corredor, 2009; Suelst Cocks, 2008). Sin embargo, esta aproximación marcadamente centralista vendría a modificarse por una concepción federalista en las constituciones de 1853, 1858 y 1863, las cuales reconocieron a las entidades territoriales de la época provincias o Estados importantes potestades y competencias, se les reconoció así a las provincias un importante poder municipal y se fijó expresamente las competencias de las cuales era titular el Estado.

La Constitución Política de la República de Colombia (Colombia, 1886), por su parte, otorgó al Estado colombiano la forma de república unitaria en los términos de su artículo 1, atribuyendo al Estado Colombiano la forma de república unitaria, integrada por entidades territoriales como los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Municipios y Distritos municipales (Constitución Política de la República Colombia, 1886). También estableció entre otros aspectos: i) la existencia de autoridades locales como gobernadores de departamento, alcaldes municipales, asambleas departamentales y concejos municipales, ii) la independencia de los departamentos para administrar sus asuntos, iii) la titularidad de los bienes y rentas de las entidades territoriales (Constitución Política de la República Colombia, 1886). En este lineamiento la Constitución de 1886 se arrogó la forma de centralización política y descentralización administrativa, no obstante, dicha descentralización no era absoluta, porque el Estado central tenía a

su cargo el poder para nombrar las autoridades territoriales. (Moreno Corredor, 2009; Suelst Cock, 2008).

La Constitución de 1886 soportó 67 reformas constitucionales, entre ellas, afirma Molina Saldarriaga (2016), como las más destacadas: la reforma del 27 de marzo de 1905 (Acto general y reformativo de la Constitución Nacional), la cual estuvo precedida de la separación de Panamá en 1903. Esta reforma modificó los procesos legislativos ordinarios, determinó la competencia legislativa para la organización del territorio, eliminó la vicepresidencia de la República y su designación, limitó además la propiedad privada por motivos de utilidad pública, permitió la reforma constitucional mediante una asamblea nacional pudiendo ser convocada por el Congreso, el Gobierno Ejecutivo o por solicitud de las mayorías de las municipalidades, y suprimió el Consejo de Estado. El Acto Legislativo 1 de 1910 (Asamblea Nacional de Colombia, 1910), la cual estuvo marcada por el restablecimiento de las Asambleas Departamentales, la constitucionalización de la oposición, en tanto se les permitió la participación y representación de las minorías. La reforma del 5 de agosto de 1936 (Congreso de Colombia) por su parte, modificó el régimen de la nacionalidad, otorgándoles por adopción a todos los hispanoamericanos y brasileños, garantizó la propiedad privada y privilegió el interés público y la utilidad pública sobre el particular. El año 1945 también estuvo marcado por otra reforma constitucional a través del Acto Legislativo 1 (Congreso de Colombia, 1945); en esta se permitió a la mujer obtener la ciudadanía a los 21 años de edad, pero sin derecho al voto popular, se reformó al Congreso en sus atribuciones y funcionamiento y se estableció su régimen de inhabilidades. El 4 de octubre de 1957, en el gobierno de Mariano Ospina, se dio otra reforma que permitió la igualdad de derechos políticos a las mujeres, repartición igualitaria de los cargos públicos entre los partidos liberal y conservador (Junta Militar del Gobierno de la República de Colombia, 1957). La reforma del 11 de diciembre de 1968 (Congreso de Colombia, 1968), se modificó el sistema de mayorías establecido por la reforma del 57 instituyendo la mayoría simple, salvo para algunos casos excepcionales, se crean las categorías de leyes cuadro o marco, se separan las funciones del ejecutivo respecto de las funciones de las demás ramas, y se definieron expresamente las funciones como suprema autoridad administrativa y como jefe de Estado presidente, y se creó las áreas metropolitanas entre otros.

No obstante las anteriores reformas constitucionales, a mediados de los años 80 por medio del acto legislativo 01 de 1986 (Congreso de Colombia, 1986), se introdujo una de las reformas que

más influyó al desarrollo del principio de la descentralización del Estado de derecho Colombiano. Éste cambio estuvo marcado sustancialmente por cuanto la elección popular para alcaldes. Se permitió a todos los ciudadanos poder elegir directamente al presidente de la república, senadores, representantes, diputados, consejeros intendenciales y comisariales, alcaldes y concejales municipales y del Distrito especial. Aunado a ello, se logró la habilitación del mecanismo de consultas populares para decidir sobre asuntos de interés a los habitantes del distrito municipal, la elección de personeros y contralores municipales y la organización de la ciudad de Bogotá como un Distrito Especial.

Otro avance significativo frente al principio de la descentralización, se materializó con la promulgación de la Ley 11 de 1986 (Congreso de Colombia, 1986), la cual tuvo por objeto dotar a los municipios de un estatuto administrativo y fiscal que permitiera, dentro de un régimen de autonomía, cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, promover el desarrollo de sus territorios y el mejoramiento socio cultural de sus habitantes, asegurar la participación efectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local. A través de esta norma, se dictó el estatuto básico de la administración municipal, el cual señaló parámetros tanto administrativos como fiscales, competencias administrativas, funciones de municipios, prestación de servicios, inspecciones de policía, asociaciones de municipios, juntas administradoras locales, participación comunitaria, entidades descentralizadas, personeros, atribuciones, clasificación de empleos de la alcaldía, contratos celebrados por municipios y establecimientos públicos, control fiscal, concejos, concejales, reuniones, reglamento interno, elección de funcionarios, acuerdos, proyectos, sanción de acuerdos y se otorgó además facultades al Presidente de la República para que pudiera expedir y reformar ciertos códigos.

En este mismo lineamiento, La ley 12 (Congreso de Colombia, 1986) incrementó y prorrogó la cesión del impuesto a las ventas (IVA) de todos los municipios. La ley 53 (Congreso de la República de Colombia, 1986), por su parte, aumentó las regalías a las entidades territoriales. Lo propio hicieron los Decreto 1222 (Presidente de la República, 1986) por medio del cual se adoptó el código de régimen Departamental, y el Decreto 1333 (Presidente de la República, 1986) del mismo año a través del cual se expidió el Código de Régimen Municipal. Así las cosas, para la llegada de la Constitución Política de 1991 la descentralización territorial en el Estado colombiano había llegado a su etapa de madurez. Ya se había forjado el camino para que se incorporara al Estado de derecho colombiano el principio de la autonomía territorial.

## **1.2.La descentralización en Colombia**

La descentralización territorial en Colombia ha sido entendida como la transferencia de funciones y competencias del orden central del Estado a las entidades descentralizadas, orientada a buscar una mayor eficiencia en la administración de la cosa pública. Es decir, la descentralización faculta a las diferentes entidades del Estado para ejercer ciertas funciones de conformidad con su poder de gestión. El artículo 286 de la Constitución Política de Colombia dispone que son entidades territoriales los Departamentos, los Distritos, los Municipios y los territorios indígenas (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Este postulado constitucional deja por sentado que la descentralización territorial en Colombia está delimitada por norma constitucional, en tanto no existen otras entidades descentralizadas territorialmente, si no aquellas que dispone la Constitución.

En Colombia existen varias formas de descentralización, a saber: descentralización territorial, descentralización por servicios o funcional, y la descentralización por colaboración. La descentralización territorial es entendida como el otorgamiento de funciones y competencias a las entidades descentralizadas territorialmente, las cuales ejercen en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad las actividades que les asiste. La descentralización por servicios o funcional, está determinada por la asignación de funciones o competencias del Estado a ciertas entidades públicas, que han sido creadas para ejercer una actividad especializada, es decir, estas entidades nacen a la vida jurídica por iniciativa de la voluntad popular, para cumplir propósitos de utilidad pública, como los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Por su parte la descentralización por colaboración se materializa cuando personas de derecho privado ejercen ciertas competencias inherentes a la función administrativa. Un ejemplo de ellas son las Cámaras de Comercio y la Federación Nacional de Cafeteros que, siendo particulares, ejercen función administrativa. (Sentencia C-1051, 2001).

## **1.3.El principio de la autonomía territorial en Colombia**

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 avanzó objetivamente en la descentralización articulándola con el principio de autonomía territorial. Esto marcó significativamente el desarrollo de lo que en esencia busca la descentralización, permitiendo desarrollar en mejor forma la

transferencia de funciones y competencias del gobierno central del Estado a las entidades territoriales. La autonomía de las entidades territoriales, incorporada en el artículo 1 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), fue desarrollada en el artículo 287 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), toda vez que señaló expresamente los derechos políticos y administrativos de las entidades territoriales a saber: i) gobernarse por autoridades propias, ii) Ejercer las competencias que les corresponda; iii) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y iv) Participar en las rentas municipales (Sentencia C-1051, 2001).

La Constitución de 1991 recogió la tradición de estado unitario centralista tomada de la concepción francesa de fuente jacobina extendida por Napoleón en Europa, y a la vez reconoció en desarrollo de la descentralización la autonomía de las entidades territoriales, la cual no consiste solamente en la transferencia de funciones y responsabilidades del nivel central del Estado al nivel territorial, sino que además se manifiesta como un poder de autogobierno y auto administración (Sentencia C-540, 2001). La segunda interpretación respeta el principio de la autonomía territorial, en tanto permite la asignación de funciones por parte de la rama legislativa, esta tiene como uno de sus pilares centrales la posibilidad de auto organización de las entidades territoriales en materia administrativa para lograr el cabal cumplimiento de las funciones establecidas por la Constitución política y la ley.

Es preciso señalar que, aunque la descentralización y la autonomía están estrechamente ligadas por sus mecanismos de acción en múltiples aspectos, estos conceptos obedecen a ópticas diferentes. Mientras la descentralización busca una mayor eficiencia y libertad de la cosa pública y el buen funcionamiento de periféricas territoriales frente a la toma de decisiones, la autonomía tiene como objeto otorgar una mayor libertad a los asociados, para que estos puedan gozar de un mayor bienestar y control de los intereses que les son propios (Robledo-Silva, 2008).

La incorporación de la autonomía territorial en constitución de 1991 redundó en un mayor fortalecimiento de la descentralización. No obstante, el impacto de los desarrollos constitucionales, legales y jurisprudenciales en el ordenamiento jurídico colombiano, han decantado categóricamente que la autonomía territorial, se ha debilitado en consideración de algunas situaciones puntuales. En primer lugar, los desarrollos normativos por los cuales se recortan las transferencias de recursos a los entes territoriales han intervenido los modelos de gestión departamental y municipal mediante controles del poder central. En este contexto,



normas como la Ley 549 (Congreso de Colombia, 1999), mediante la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional y los actos legislativos 1 de 2001 (Congreso de Colombia) por medio del cual se modificaron los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y 5 de 2001 (Congreso de Colombia) por el cual se constituyó el sistema general de regalías, y se modificaron los artículos 360 y 361 de la Constitución, y se dictan otras disposiciones sobre regalías y compensaciones, a través de los cuales se modificaron, los artículos 356, 357, 360 y 361 de la Constitución Política, se puede concebir el reflejo de un carácter administrativo que da cuenta que la autonomía en algunos casos es dependiente del nivel central del Estado. En segundo lugar, la existencia y potestad de control fiscal sobre las finanzas territoriales por parte de la Contraloría General de la República, pudiendo ésta tener prelación sobre el control fiscal que ejercen las contralorías territoriales.

En tercer lugar, la destinación delimitada que, por disposición legal, tienen gran parte de los recursos que se transfieren del Estado central a los gobiernos descentralizados. Sumado a ello, la existencia de limitantes de Ley a los Distritos, Municipios y Departamentos para auto regular sus recursos, también limita la autonomía administrativa. Por último, se advierte que la autonomía de las entidades territoriales, también se ve coartado por la obligación que tienen los entes territoriales de ejercer sus competencias, en razón de la estricta observancia de un bloque de principios constitucionales reconocidos por las altas cortes, como lo son: los principios de concurrencia, coordinación y subsidiaridad, sin dejar de lado, que a estos principios, también se han sumado otros más, promulgados por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Congreso de Colombia, 2011) (Zambrano-Cetina, 2014).

#### **1.4. Desarrollo jurisprudencial sobre la autonomía territorial**

En el presente apartado se describe de forma sucinta la evolución de los principios descentralización, unidad de la república y la autonomía territorial, con el objeto de dar cuenta de cómo ha entendido la jurisprudencia constitucional los mínimos y máximos poderes de estos principios en el ordenamiento jurídico colombiano. Para abordar este análisis, tomaré como referente algunos apartes de Molina-Saldarriaga (Descentralización y autonomía territorial: retos democráticos para la administración de los territorios, 2016).

## **1.5.La descentralización y la autonomía territorial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

El constituyente de 1991 le entregó a la Corte Constitucional de Colombia, la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución Política, conforme a lo dispuesto por el artículo 241 de la Constitución Política(Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Así, ejerce control constitucional sobre los actos reformativos de la Constitución, las leyes, algunos decretos del Presidente de la República y, eventualmente, sobre los fallos de tutela que expiden otros jueces.

La regulación de la descentralización territorial que hizo la Constitución Política de 1991 cambió sustancialmente la forma de comportarse de las entidades territoriales, toda vez que al otorgarles autonomía para ejercer sus competencias, administrar los recursos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales, las dotó de capacidad para ejercer con mayor libertad las competencias propias de la descentralización y autonomía territorial, sin embargo, estas facultades serían objeto de regulación por el máximo órgano constitucional.

Bajo estos postulados la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-126 (1993) definió el Estado unitario como “una organización centralizada a la cual le están subordinados los entes regionales y locales, los cuales, bajo la limitante de la centralización política, ejercen las competencias propias de la autonomía y la descentralización” (Sentencia C-126, 1993). También precisó que la Constitución Política de 1991 “revela una tendencia marcada hacia la acentuación y profundización de la descentralización y la autonomía concedidas a las entidades territoriales”(Sentencia C-126, 1993).

Ha definido la Corte Constitucional la autonomía territorial como “un poder de dirección política que la comunidad de cada localidad, reivindica para sí y ejerce por medio de sus representantes”(Sentencia C-535, 1996). Su núcleo esencial está constituido, en primer lugar, “por aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses”, y en segundo lugar, por “la inviolabilidad por parte del legislador, de la facultad de las entidades territoriales de gobernarse por autoridades propias” (Sentencia C-535, 1996).

De allí que para la Corte debe protegerse el derecho de toda entidad territorial para auto dirigirse en sus particularidades respetando la facultad de dirección política que ostenta; de tal

suerte que la autonomía no se agota en el derecho a gobernarse por autoridades propias, sino que, además, se extiende y se concreta en un poder de dirección administrativa dentro de los límites constitucionales y legales. La autonomía territorial por su parte “se desarrolla cuando al definir los caracteres de las entidades territoriales, no sólo les atribuye competencias propias, que son de la esencia de su autonomía, sino que afirma derechos y consagra poderes exigibles y oponibles a las autoridades de los niveles superiores”(Sentencia C-126, 1993).

La autonomía territorial tiene un contenido mínimo, definido por el artículo 287 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Allí se incorporan cuatro derechos esenciales que deben de ser respetados por el legislador. Además, la Corte ha reconocido que dentro de ese núcleo esencial está incluido el derecho a elaborar su propio presupuesto de renta y gastos, (Sentencia C-579, 2001), y “las atribuciones asignadas a sus autoridades en los artículos 300, 305, 313 y 315 y los principios y sistemas específicos de articulación administrativa (planeación, coordinación, concurrencia y subsidiariedad, entre otros)” (Sentencia C-1258, 2001). Estos elementos constituyen el límite mínimo de la autonomía, simétrico al límite máximo, definido por el principio de unidad de la República (Sentencia C-1258, 2001).

Por otra parte, la Corte Constitucional ha definido la relación entre la descentralización y la autonomía territorial. Así, considera que el “principio de descentralización consagrado como pilar fundamental del Estado Social de Derecho, se materializa en las entidades territoriales cuando a éstas se les reconoce autonomía para la gestión de sus particulares intereses”(Sentencia C-534, 1996); autonomía sujeta, para efectos de su realización, a los límites impuestos por la Constitución y la ley (Sentencia C-534, 1996). Esta relación está mediada por la vigencia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad de las competencias en el ordenamiento territorial, sin que ello signifique un vaciamiento de las competencias asignadas a las entidades territoriales (Sentencia C-894, 2003).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha precisado las diferencias entre la descentralización y la autonomía territorial. Así, ha sostenido que estas entrecruzan sus mecanismos de acción en diversos aspectos, pero responden a visiones diferentes. Las tensiones entre los principios de unidad de la república y autonomía territorial han sido resueltas por la Corte Constitucional, quien ha definido el alcance de las relaciones entre ambas categorías. Ha precisado la Corte que la distribución de competencias entre la Nación y las entidades

territoriales, como forma de asegurar la vigencia de ambos principios, se le ha confiado al legislador (Sentencia C-149, 2010). La vigencia de ambos principios impone una realización armónica y no excluyente

[...] que permita afirmar los intereses locales dentro del marco que delimita el ordenamiento superior, pues solo así se logrará el equilibrio requerido para, preservando el principio unitario que se consagró en la Carta Política como pilar fundamental del Estado, se garantice por lo menos la realización del núcleo esencial de la autonomía en las entidades territoriales, protegiendo y respetando el derecho que ellas tienen de regular los que se han denominado sus propios y particulares intereses (Sentencia C-534, 1996).

Las limitaciones, sin embargo, están determinadas por un interés superior. En este sentido, “las limitaciones a la autonomía resultan aceptables constitucionalmente, cuando son razonables y proporcionadas”. La razonabilidad de una limitación a la autonomía territorial debe analizarse la función limitada (Sentencia C-894, 2003).

Para ello, la Corte construye la regla de limitaciones recíprocas, que asegure el equilibrio entre ambos principios:

La autonomía, por una parte, se encuentra limitada en primera instancia por el principio de unidad, en virtud del cual, debe existir una uniformidad legislativa en todo lo que tenga que ver con el interés general nacional, puesto que la naturaleza del Estado unitario presume la centralización política, que exige unidad en todos los ramos de la legislación y en las decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional, así como una administración de justicia común. La unidad, a su vez, se encuentra limitada por el núcleo esencial de la autonomía territorial. Esta supone la capacidad de gestionar los intereses propios; es decir, la potestad de expedir una regulación particular para lo específico de cada localidad, dentro de los parámetros de un orden unificado por la ley general (Sentencia C-579, 2001).

De esta regla de limitaciones recíprocas deriva una sub-regla en virtud de la cual la autonomía territorial encuentra sus límites en los intereses nacionales. Así,

La autonomía constitucionalmente reconocida implica, para los entes territoriales, la facultad de gestionar sus asuntos propios; es decir, aquellos que solo a ellos atañen. Ello implica, en consonancia con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que deberán gobernar el ejercicio de las competencias atribuidas a los

distintos niveles territoriales, que todo lo que tenga que ver con asuntos que rebasan el ámbito meramente local o regional, deberá ser regulado por una ley de la República(Sentencia C-579, 2001).

Finalmente, parece importante determinar la relación que existe para la Corte Constitucional entre los principios de unidad de la República, descentralización y autonomía. Así, para la Corte resultan compatibles los tres principios con fundamento en la soberanía popular, en tanto ni descentralización ni autonomía pretenden rivalizar con el carácter unitario del Estado colombiano, y esto se logra a partir del carácter democrático del Estado.

La elección de las autoridades propias y los mecanismos de participación popular son elementos especiales de la descentralización política que dota a la entidad del derecho, dentro del principio de unidad, de manejar los asuntos que conciernan a su territorio y a su población de manera autónoma. Vale decir, de definir, con criterio político, la viabilidad de asuntos de interés público dentro de los límites del ente territorial(Sentencia C-517, 1992).

A manera de conclusión se puede sustentar que los límites recíprocos entre autonomía y unidad se definen así:

Por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última” (Sentencia C-535, 1996).

## **2. Financiación de contratos estatales a través de Asociaciones Público Privadas**

El objetivo de este apartado es determinar cómo se financian los contratos estatales donde se vincule capital privado a través de APP, a la luz de la Ley 1508 de 2012. Para ello se abordará en primera medida el contrato estatal, sus principios, características y clasificación paraaprehenderde forma particular el contrato de concesión como camino que permita adentrarnos al instrumento financiación de APP.

### **2.1.El contrato estatal en el orden jurídico colombiano. Particular referencia al contrato de concesión**

Los contratos estatales son definidos en el artículo 32 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80, como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones

que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”(Congreso de Colombia, 1993). Por regla general los contratos estatales se caracterizan por ser bilaterales, onerosos, conmutativos y solemnes, y pueden ser de ejecución instantánea o sucesiva, entre otras especiales de acuerdo al tipo de contrato.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 80 , menciona que los contratos estatales buscan “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”(Congreso de Colombia, 1993).El artículo 23 de la misma Ley prescribe que a la contratación pública le son aplicables 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(Congreso de Colombia, 1993).Por remisión expresa del artículo 23 de la Ley 80 se dispone que a los contratos del Estado, se deben aplicar los principios constitucionales de la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones(Constitución Política de Colombia, 1991).

Aunado a ello, la Ley 1150 de 2007, en su artículo 13 manifiesta que a la contratación estatal también le son aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal(Congreso de Colombia, 2007). Finalmente el artículo tercero de la Ley 1437 dispone la integración normativa principios que le son aplicables a los contratos estatales, entre ellos menciona: el debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad(Congreso de Colombia, 2011).

Frente a la integración normativa de principios al cual están sometidos los contratos estatales, se aprecia para el objeto de esta investigación, relativa a la autonomía territorial, que uno de los principios que más sufre afectación ligado a la autonomía territorial, es el principio de eficacia, en tanto, las entidades territoriales al estar obligadas legalmente a solicitar un concepto favorable

para celebrar contratos a través del instrumento de APP y adelantar un registro ante órganos del sector central, no pueden desarrollar legítimamente los postulados establecidos en el artículo 287 de la Constitución política.

El artículo 32 de la Ley 80, enuncia los contratos estatales, en los cuales incluye el contrato de obra, el contrato de consultoría, el contrato de prestación de servicios y el contrato de concesión (Congreso de Colombia, 1993). Los cuales han tenido desarrollo legislativo y reglamentario principalmente a través de las leyes 1150 (Congreso de Colombia, 2007), 1474 de 2011 y el Decreto Único Reglamentario 1082 (Presidencia de la República, 2015). Frente al particular se aprehenderá sucintamente el contrato de concesión, toda vez que esta figura contractual, tiene gran parecido y está estrechamente ligada con el objeto de estudio en esta investigación

El contrato de concesiones definido por el legislador en el artículo 32 de la Ley 80:

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 (Congreso de Colombia, 1993).

De acuerdo con la doctrina, cuando la entidad pública presta el servicio indirectamente lo hace por concesión, a cuyo beneficiario se le denomina concesionario. El objeto de las concesiones es confiar al concesionario la ejecución de un servicio público que en principio está a cargo de la entidad pública. La concesión siempre será otorgada por la administración pública, es decir, “por un ente estatal actuando en función administrativa” (Camacho-Matallana, 2016, pág. 1015).

Como principales características del contrato de concesión, ha indicado Camacho-Matallana (2016), las siguientes: i) es un contrato administrativo propiamente dicho, ii) Tiene por

objeto la explotación de un servicio público, el funcionamiento de un servicio público, iii) la explotación se realiza por cuenta y riesgo del concesionario, pero la prestación del servicio se efectuará bajo la vigilancia de la entidad estatal concedente, iv) la remuneración del concesionario consiste en el derecho que le es conferido de percibir, en su provecho y de parte de los usuarios del servicio, una contraprestación que puede consistir en una tarifa, v) Se pacta por un largo periodo de tiempo, vii) el concedente es la entidad estatal y el concesionario será el particular que asuma la prestación del servicio, viii) No requiere que dentro del proceso de selección de concesionario se exija el registro de proponentes, y el trámite aplicado en principio será el de licitación pública, salvo que por la cuantía no se requiera agotar este trámite, ix) contiene una cláusula típica de este tipo de contratos denominada cláusula de reversión, que consiste en que al finalizar el contrato, y sin que se efectúe compensación alguna, los elementos y bienes afectados a la misma, queden en propiedad de la entidad estatal contratante (Camacho-Matallana, 2016).

## **2.2. Incorporación de las APP como instrumento financiero para la ejecución de contratos estatales en Colombia**

El término de APP fue empleado por primera vez en el Reino Unido como estrategia sofisticada el año de 1992,

Como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico presidido por John Major denominado PFI (*Private Finance Initiative*), cuyo objetivo era precisamente modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios González, (2006, p. 8), citada en (Sepúlveda-Figueroa, 2014, pág. 8).

El Estado colombiano, por iniciativa del DNP, a través del Documento Conpes 3107 de 2001 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2001) ya había preparado el camino para la incursión de Asociaciones Público Privadas en el país, en tanto había planteado los lineamientos de política del riesgo contractual del Estado central, para proyectos de participación privada en infraestructura de los sectores de transporte, energía, comunicaciones, agua potable y saneamiento básico, de conformidad con lo establecido en la sección II del Decreto 423 (Presidencia de la República, 2001), que trata la política de riesgo contractual y los procedimientos y obligaciones contingentes de las entidades estatales.



En esta misma línea, el Conpes3538(Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2008) precisó la importancia de la inversión privada en la infraestructura del Estado y arguyó que su contribución es pertinente y ayuda incrementar la productividad del Estado y establecer empresas con mayor solidez financiera, mejorando su gestión, promocionando la competencia, mayor la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura atrayendo así la inversión extranjera(Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2008).

Finalmente, a través del Conpes3615 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009), el DNP manifestó que para lograr el cumplimiento de los objetivos propuestos en materia de inversión privada, se propone diseñar, en el marco de los programas de participación privada existentes a nivel del Gobierno, una política para el uso de esquemas de APP para dar solución a los problemas expuestos, de tal suerte que se incluya como proyecto este modelo como el mecanismo efectivo para efectuar el diseño, construcción, financiación y operación de infraestructura pública del Estado (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009).

Así, las APP –APP- se definen, en virtud del artículo 1 de la Ley 1508, 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.(Congreso de Colombia, 2012)

En el Documento Conpes 3615 de 2009, antecedente de la Ley 1508, explica las APP de la siguiente forma:

Es una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral

de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento(Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009).

Si bien las APP son una figura relativamente nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, se puede decir que estas tienen origen histórico en Colombia en las décadas de 1980 y 1990. Nacieron con el propósito dar solución a tres problemáticas presentadas en la época: i) la creencia de que los privados administraban mejor la infraestructura; ii) el déficit público, que no permite que sea el Estado quien ejecute la infraestructura, y iii) la perspectiva según la cual la provisión de infraestructura no debería depender del gobierno de turno(Benavides, 2014, pp. 79-80).

Bajo esta perspectiva el Estado colombiano, ante la necesidad de emprender grandes proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos, se vio en la necesidad de desplegar diversos mecanismos normativos, para atraer la inversión del sector privado, por la imposibilidad de realizar todos los proyectos con dineros públicos. En este sentido, el gobierno central a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social, presentó el Documento Conpes3615 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009), donde dio a conocer que la infraestructura de las entidades públicas no responde a las necesidades operacionales y estratégicas de las mismas, afectando la calidad de los servicios que prestan, advirtiendo la necesidad de buscar alternativas que faciliten al Estado Colombiano encontrar nuevas fuentes de recursos adicionales al Presupuesto General de la Nación y proyectos de gestión de participación del sector privado, para modernizar la infraestructura existente del país y desarrollar la construcción requerida, permitiendo a las entidades públicas funcionar de forma eficiente y buscar el mejoramiento de la prestación de sus servicios(Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009).En este contexto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el DNP, con el fin de incentivar la participación del sector privado en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de la infraestructura pública del país en términos eficientes, promovieron en ambas cámaras el Proyecto de ley 160(Senado de Colombia, 2011) y 144 (Cámara de representantes de Colombia, 2011), que daría origen a la expedición de la Ley 1508(Congreso de Colombia, 2012), por la cual se estableció el régimen jurídico de las APP en Colombia.

Los objetivos delGobierno Nacional con el Proyecto de ley presentado consistían en buscar mecanismos más eficaces y eficientes para promover el desarrollo de la infraestructura pública y

superar las dificultades que venía presentando el país en esta materia. En este sentido, los objetivos de la Ley 1508 fueron los siguientes: i) estructurar las formas de pago del Gobierno y evaluar la infraestructura en función del servicio que se ofrece a los habitantes, medido en términos de desempeño, calidad y disponibilidad; ii) optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismos; iii) explorar fuentes adicionales de ingresos para el inversionista privado que faciliten el financiamiento de la infraestructura pública por explotación comercial inmobiliaria, y iv) alinear los incentivos del inversionista privado y de los distintos actores incluidos en todas las etapas de desarrollo del proyecto, propendiendo a la culminación oportuna de las obras, la ejecución de la mejor construcción posible de cara a la optimización de los costos de mantenimiento a cargo del privado, y la financiación de largo plazo de los proyectos(Sentencia C-595, 2014; Senado de Colombia, 2011).

Las principales características de los contratos estatales financiados a través de APP son: i) su objeto es la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, específicamente lo que atañe al diseño y construcción de una infraestructura, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. ii) la forma de remuneración es la concesión, es decir, el derecho a la explotación económica de esa infraestructura y/o servicio, en las condiciones que se pacte y con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. iii) la inversión que implica el respectivo contrato debe ser por lo menos superior a 6.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes. iv) Por regla general el plazo máximo del contrato, incluidas las prórrogas, será de 30 años, ello indica que se trata de contratos de larga duración. v) la posibilidad que tiene el contratista de comenzar a recibir la remuneración mediante la explotación económica del proyecto, desembolsos de recursos públicos o cualquier otra modalidad está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto. vi) la distribución de los riesgos debe hacerse en cada caso atendiendo a cuál de las partes está mejor capacitada para soportarlos y administrarlos (Sentencia C-595, 2014).

La Ley 1508, en su artículo 2, dispuso que los contratos de concesión regulados por el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80, se encuentren comprendidos dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas(Congreso de Colombia, 2012). Sin embargo, asegura el régimen

aplicable a las concesiones en ejecución al momento de la entrada en vigencia de la Ley, disponiendo que estas se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración, de acuerdo con lo dispuesto por su artículo 2.(Congreso de Colombia, 2012)

Haciendo un paralelo, entre el contrato de concesión y el contrato materializado a través del instrumento de financiación por APP, en primer lugar, se encuentra que existen algunas semejanzas de tipo contractual. No cabe duda que los dos son contratos administrativos y a su vez tienen por objeto la explotación de un servicio público, en ambos la explotación se realiza por cuenta y riesgo del cesionario o inversionista en el cual existe vigilancia por parte de la entidad pública. También existe similitud en estos contratos en el periodo pactado para su ejecución, toda vez que ambos se fijan por largos periodos de tiempo. En los dos, el concedente o adjudicatario es una entidad pública y el concesionario o inversionista será el particular que asuma la prestación del servicio. De igual forma, frente a ambos contratos se materializa la denominada cláusula típica de reversión, dado que al finalizar el contrato y sin que se efectúe compensación alguna, los elementos y bienes afectados a la misma quedan en propiedad de la entidad contratante.

Sin embargo, se advierte que existen marcadas diferencias entre una y otra estrategia contractual, en tanto la financiación mediante APP exige, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1508, que debe existir un Registro Único de Asociaciones Público Privadas denominado RUAPP. Este es un registro público, administrado y reglamentado por el DNP, y en el que se incorporarán los proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales considera prioritarios, los proyectos de Asociación Público Privada en trámite, tanto a nivel nacional y territorial, su estado de desarrollo, y los proyectos de Asociación Público Privada que han sido rechazados (Congreso de Colombia, 2012). Por su lado, el contrato de concesión consagrado en el numeral 4 de la Ley 80 no exige ningún tipo de registro que sea operado por el DNP (Congreso de Colombia, 1993).

De igual manera, se percibe una diferencia en la contraprestación del servicio, toda vez que el contrato de concesión permite 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. A su turno, en el contrato estatal, celebrado a través del instrumento de vinculación por APP; dicha contraprestación está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de Niveles de Servicio, y Estándares de Calidad en los términos

del Artículo 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1082 (Presidencia de la República, 2015), que regula el derecho a retribuciones en proyectos de Asociación Público Privada.

La Ley 1508 estableció dos grandes modalidades de proyectos APP, a saber: (i) proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública y (ii) proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada, los cuales se dividen a su vez en dos categorías: a) iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos y b) iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos. Estos últimos, de acuerdo al artículo 17 de la Ley 1508, el desembolso de recursos públicos no puede superar el 30 % del presupuesto estimado de inversión del proyecto (Congreso de Colombia, 2012).

### **2.3. Financiación de las APP en Colombia**

Una vez expuesto que en Colombia las APP se pueden constituir tanto por iniciativa privada como por iniciativa pública, es necesario ocuparnos de cómo la ley determina la financiación de los proyectos a realizar. La Ley 1508, artículo 12 párrafo 2, establece como requisito para la selección objetiva de los oferentes (sin importar si son APP de iniciativa pública o privada) que estos demuestren su capacidad financiera o de financiación, además de su capacidad jurídica y su experiencia en la inversión y estructuración de proyectos (Congreso de Colombia, 2012). Demostrar dicha capacidad financiera significa que el oferente puede determinar con claridad el origen de los dineros con los cuales desarrollará la obra y su disposición, además de establecer si hay requerimiento de inversión pública o se constituye en su totalidad con base en inversión privada.

Si es una APP con inversión pública, el oferente debe establecer los órganos que desembolsarán dichos recursos, es decir, si son entidades centralizadas, descentralizadas o si dicha inversión proviene del Sistema General de Participaciones –SGP–, y el monto del desembolso, teniendo presente que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1508 este no puede superar el 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto, y tratándose de proyectos de infraestructura vial, el 20%. Si por el contrario los recursos son netamente inversiones privadas, el oferente está obligado a determinar si el carácter de las inversiones es de capital, de endeudamiento bancario o de endeudamiento de mercado de capitales (Congreso de Colombia, 2012).

La financiación de los proyectos ha sido uno de los temas más debatidos de la ley en comento, más concretamente el hecho de que dado el caso que se constituya una APP de iniciativa privada

con inversión pública, los aportes de la entidad pública solo puedan llegar hasta del 30% del presupuesto estimado de la inversión del proyecto, y el 20% si es un proyecto de infraestructura vial.

Una de las diferentes incógnitas en relación con este tema es aquella en la cual se cuestiona el carácter que tienen las retribuciones o repagos que hace el Estado cuando la obra ya está concluida, debido a que el artículo 17 es explícito en determinar qué: “los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 20% [para proyectos de infraestructura vial] del presupuesto estimado de inversión del proyecto”(Congreso de Colombia, 2012), y por ende si hay un desembolso del Presupuesto General de la Nación posterior al aporte realizado para el desarrollo del proyecto se estaría sobrepasando el límite del 20%(Vallejo, 2014, pág. 16).

### **3. Alcance de los artículos 6 y 25 de la Ley 1508 de 2012**

En este apartado se busca determinar si el concepto favorable del Conpes es un requisito sustancial que impida la celebración del contrato estatal y cuál es la finalidad del RUAPP en los contratos celebrados por APP, abordando el análisis histórico de creación del Conpes y su regulación, así como el estudio de los registros públicos orientados a dar publicidad y transparencia de la actividad contractual del estado.

#### **3.1. Alcance del concepto del Conpes**

El proyecto de ley 160 (Senado de Colombia, 2011) y 144 (Cámara de representantes de Colombia, 2011), que daría lugar a la expedición de la Ley 1508 (Congreso de Colombia, 2012), fue promovido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el DNP, con el fin de incentivar la participación del sector privado en la modernización, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública del país en términos eficientes, así como potenciar el uso del mercado de capitales como fuente de financiación, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, aprobado mediante la Ley 1450 (Congreso de Colombia, 2011), y tomando como ejemplo las mejores prácticas internacionales.

Frente al plazo para este tipo de contratos se consideró la necesidad de incorporar en el proyecto inicial plazo en letras: “Artículo 4. Se considera conveniente incorporar dentro del texto del artículo el plazo expresado en letras”(Cámara de representantes de Colombia, 2011). “Artículo 4. 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, incluidas prórrogas”(Senado de Colombia, 2011).

Resulta de gran importancia precisar que el artículo 4 por medio del cual se estableció el plazo para los contratos estatales que tendrían como objeto vincular capital privado para la provisión de bienes públicos y servicios relacionados, en los respectivos debates de Cámara y Senado, nunca se mencionó que en cuanto a la ampliación o prórroga en el plazo del contrato, debía intervenir el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes.

En consideración se precisa, que sólo hasta el debate en Plenaria de ambas cámaras, según Gaceta el Congreso 988(Congreso de Colombia, 2011), se dispuso que cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto (30 años incluido prórrogas), podrán celebrarse contratos de asociación público privadas siempre que cuente con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes(Congreso de Colombia, 2011).

En virtud de lo anterior, conviene señalar que el Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes- fue creado por la Ley 19 de 1958, la cual tuvo como objeto dictar normas sobre reforma administrativa, crear el Consejo Nacional Económico y Planeación, el Departamento Administrativo de Planeación y servicios técnicos, la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado y la Escuela Superior de Administración Pública, señala sus composiciones, designación y funciones(Congreso de Colombia, 1958).

En su artículo 2 de la Ley 19 de 1958 dispuso:

Para coadyuvar al desarrollo del plan contemplado en el artículo anterior, crease un Consejo Nacional de Política Económica y Planeación que, bajo la personal dirección del Presidente de la República, y sin perjuicio de las atribuciones constitucionales del Congreso, estudie y proponga la política económica del Estado y coordine sus diferentes aspectos, lo mismo que las actividades de los organismos encargados de adelantarla: vigile la economía nacional y el proceso de su desenvolvimiento; intervenga como superior autoridad técnica en la proyección de los planes generales de desarrollo económico, los parciales referentes a la inversión y al consumo público y las medidas de orientación de las inversiones y el consumo privados; organice el mejor aprovechamiento de la asistencia técnica prestada por los países amigos y las entidades internacionales y

armonice el desarrollo de los planes del sector público con la política presupuestal y de crédito público interno y externo.(Congreso de Colombia, 1958).

A modo enunciativo, se menciona el desarrollo normativo que ha tenido el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, a través de los decretos 627 de 1974(Presidencia de la República, 1974), 2132 de 1992(Presidencia de la República, 1992), 2500 de 2005(Presidencia de la República, 2005), 2148 de 2009(Presidencia de la República, 2009), 3517 de 2009(Presidencia de la República, 2009) y 4487 de 2009(Presidencia de la República, 2009), advirtiendo que las normas precitadas no han tenido como objeto interferir en lo que atañe a expedir conceptos favorables o desfavorables para la ampliación o no ampliación del plazo de los contratos estatales, cualquiera que sea su denominación, frente a las autoridades territoriales.

No cabe duda, entonces, que el Conpes es un órgano sin personería jurídica que pertenece al orden central del Estado conformados según el Decreto 2148 de 2009 por miembros permanentes, no permanentes, invitados y otros asistentes; actúa bajo la dirección del Presidente de la República y lo componen como miembros permanentes, con derecho a voz y voto, el Vicepresidente de la República, todos los Ministros, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Director del DNP, y el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación Colciencias.(Presidencia de la República, 2009)

Frente al particular, se trae a colación que la autonomía y la descentralización territorial que introdujo la Constitución Política de 1991, otorgó facultades expresas tales como: ejercer sus competencias, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales, de acuerdo con su artículo 287(Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Dada esta competencia, se infiere que las entidades territoriales, como eje principal de división política administrativa del Estado, deben prestarlos servicios públicos que determine la ley, toda vez que en el ámbito de su competencia, pueden construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, así como cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

Paula Robledo-Silva(2010), refiriéndose a la autonomía municipal en Colombia, ha señalado que los municipios son las células principales de la estructura política y administrativa del gobierno central; ello redundando en que el poder del Estado central no puede interferir en las



gestiones y decisiones locales, de conformidad con las competencias establecidas. De hacerlo, se compromete la autonomía administrativa, patrimonial y fiscal que reconoce la Constitución a las entidades territoriales, con las limitaciones señaladas (Robledo-Silva, 2010, págs. 361-362). Esta tesis fue reiterada en la sentencia C-1146 de 2001.

Desde este punto de vista, la autonomía que la Constitución ha atribuido a los entes municipales, solo tiene sentido en la medida en que puedan cumplir las tareas que la Constitución les ha señalado y que tienen por fin el mejoramiento social y cultural de sus habitantes (Sentencia C-543, 1993).

La Robledo-Silva precisa que

La financiación de los entes municipales es otro de los conceptos que abarca la autonomía municipal, en tanto está relacionado con la capacidad de decisión de la que gozan los municipios para definir el manejo de sus recursos, lo que la doctrina ha llamado autonomía financiera. Hablar de autonomía financiera hace referencia a la competencia que ostentan para gobernar sus haciendas tanto en la obtención de recursos como en la organización del gasto (Robledo-Silva, 2010).

Ramallo y Zornoza, citados por Robledo-Silva (2010), por su parte, arguyen que “en cuanto a la doctrina fiscalista existe una tendencia dominante que una entidad local será autónoma financieramente en la medida en que pueda realizar sus propios objetivos políticos, sociales, económicos o administrativos, independientemente de las fuentes de sus ingresos” (Robledo-Silva, 2010).

Bajo estos postulados, la autonomía financiera de las entidades territoriales engloba un conjunto de competencias normativas y de potestades administrativas expresas, que les permiten instituir y gestionar un sistema de ingresos y de gastos propios frente a sus fines y necesidades públicas (Robledo-Silva, 2010). Bajo estos presupuestos, vale la pena recordar que en los contratos por Asociación Público Privadas se pueden presentar varias formas de realizar los mismos, así: i) Las APP a iniciativa pública, (ii) las APP a iniciativa privada, con recursos del presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, donde los recursos no pueden ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto; iii) las APP a iniciativa privada sin requerir recursos del presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, es decir, se realizan con capital 100% privado (Congreso de Colombia, 2012).

Frente a las APP a iniciativa pública, es importante destacar que aunque no existe justificación en la exposición de motivos de la Ley 1508 (Congreso de Colombia, 2011), ni en la toma de decisiones frente a conceptos por parte del Conpes, podría justificarse la vigilancia sobre el desarrollo de contratos estatales donde se tenga por objeto desarrollar proyectos de asociación público privada a iniciativa pública, en tanto el Presidente de la República ejerce su función de máximo orientador de la Planeación Nacional, de conformidad con el artículo segundo del Decreto 3517 de 2007 “Por el cual se modifica la estructura del DNP”, por medio del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes (Presidencia de la República, 2009).

De otro lado, Las APP a iniciativa privada con recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, donde los recursos no pueden ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto, podría justificarse el concepto favorable o no del Conpes para ampliar el plazo del contrato, toda vez que como el artículo menciona, en dichos proyectos pueden estar comprometidos erarios públicos del Presupuesto General de la Nación, y en virtud del artículo 2.2.6.4.1 del Decreto 1082 de 2015, le corresponde al Conpes aprobar el Presupuesto General de la Nación (Presidencia de la República, 2015). Sin embargo, no resulta claro ni justificable que se emita concepto favorable del Conpes, cuando el porcentaje de inversión pública lo aporta una entidad territorial, si se tiene de presente lo dispuesto en el artículo 287 y 311 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) y artículo 28 de la Ley 1454 (Congreso de Colombia, 2011), pues en este último caso, si bien el aporte proviene de un fondo público, este aporte lo hace la entidad territorial que suscribe el contrato.

Ahora bien, resulta de suma importancia distinguir conceptual y jurídicamente, que frente a las APP a iniciativa privada, donde se vincula sólo capital privado, sin requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, no se encuentran razón alguna para que un órgano del sector central, como el Conpes emita conceptos favorables o desfavorables para la ampliación del plazo en los proyectos, toda vez que en esta iniciativa, es el mismo inversionista quien realiza los estudios de pre factibilidad y factibilidad para desarrollar el proyecto y este los ejecuta con sus propios recursos. En ese sentido, supeditar la ampliación del plazo del contrato al concepto del Conpes, iría en contravía de la libertad de empresa particular y los estudios diseñados para desarrollar el

proyecto. Cabe resaltar que los estudios en los que se sustentan estos proyectos por APP, deben estar íntimamente ligados a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, y en este orden, si en la planeación del proyecto a iniciativa privada, se identifica que el plazo o tiempo de ejecución no alcanza, este podría ampliarse por parte de la entidad territorial donde deba ejecutarse el proyecto cuando sobrevengan situaciones no previsibles, sin necesidad de tener que acudir al Conpes, para que este decida sobre la procedencia o no de su prórroga.

Frente al particular se plantea el siguiente interrogante. ¿Si el contrato de APP para la construcción ejecución de una obra pública se realizó por 30 años (plazo máximo) y en la ejecución del proyecto se requiere su ampliación, por encontrar que con el plazo establecido no se alcanza a pagar toda la inversión al contratista, ¿qué pasaría si el Conpes da un concepto desfavorable? ¿Qué opción le queda al contratista para recuperar su inversión? ¿podría romper esta situación el equilibrio contractual?

Vale decir ante esta situación, que lo pertinente sería respetar la autonomía que le asiste a las entidades territoriales para propender por el desarrollo de sus territorios, atendiendo a lo consagrado en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política, en tanto las entidades territoriales en la asignación contratos estatales por APP, también están obligadas a cumplir los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, y en este caso, el principio de planeación ejercido por la entidad territorial al analizar la procedencia de la prórroga, estaría salvaguardando el cumplimiento y ejecución del plazo del contrato.

### **3.2. Alcance del Registro Único de Asociaciones Público Privadas**

En el texto aprobado en sesión plenaria para el Proyecto de ley 160 (Senado de Colombia, 2011) y 144 (Cámara de representantes de Colombia, 2011), se dispuso que las entidades estatales competentes de orden nacional y territorial con interés en implementar proyectos de APP, deberían inscribirse en un registro público denominado Registro Único de Asociaciones Público Privadas–RUAPP. Este registro, según lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1508 del 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto reglamentario 1082 del 2015, es una base de datos administrada y reglamentada por el DNP, donde se recopila toda la información sobre el estado de los proyectos que se desarrollan bajo este esquema a nivel nacional y territorial (Congreso de

Colombia, 2012; Presidencia de la República, 2015). Para realizar el ingreso de los proyectos en el RUAPP la entidad estatal debe solicitar al DNP, mediante comunicación suscrita por el representante legal de la entidad, la creación de un usuario, la asignación de la correspondiente contraseña y enviar el correo electrónico al que se remitirá la información mencionada al representante legal de la entidad, la cual requerirá administrarse de forma confidencial. En su página oficial, el DNP rinde un informe trimestral sobre las estadísticas del RUAPP. Allí anuncia cuales son los proyectos que más se ejecutan por APP en el país (Departamento Nacional de Planeación).

Toda información disponible en el RUAPP es responsabilidad directa y exclusiva de la entidad estatal competente encargada del registro de los proyectos y, por consiguiente, el DNP no se hace responsable sobre la información contenida en el mismo (Departamento Nacional de Planeación, s.f.). Las estadísticas presentadas en este informe, toman como base la información incluida en el RUAPP, la cual se encuentra a cargo de las entidades estatales competentes nacionales y territoriales de proyectos de Asociación Público Privada (Departamento Nacional de Planeación).

Por su parte el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, dispuso que “el originador de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, deberá radicarlos a través de los medios electrónicos diseñados para el efecto en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP). La constancia que expida el medio electrónico será prueba suficiente de su radicación” (Presidencia de la República, 2015). De acuerdo con el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015,

El registro y actualización de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública estará a cargo de la entidad estatal competente. La entidad estatal deberá registrar la iniciativa pública en el RUAPP dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la celebración de cualquier contrato que tenga por objeto la realización de alguno de los estudios a los cuales hace referencia el artículo 2.2.2.1.4.4 del presente Decreto. Si la entidad estatal competente realiza la elaboración de dichos estudios con su personal, el registro deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que la entidad estatal tenga disponible cualquiera de estos estudios

**Parágrafo 1.** El DNP utilizará la plataforma del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) para la radicación, registro y consolidación de la información de los proyectos de Asociación Público Privada, para lo cual la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, brindará la colaboración pertinente en el marco de sus competencias.

**Parágrafo transitorio.** Mientras entra en operación el Registro Único de Asociaciones Público Privadas en el SECOP, el registro en el RUAPP deberá hacerse a través del medio electrónico establecido por el Departamento Nacional de Planeación y la entidad estatal continuará encargada de registrar los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada en el RUAPP dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del proyecto. (Presidencia de la República, 2015)

Frente a este registro en particular cabe mencionar que la Ley 1508 de 2012 no precisó al tenor literal, cuál es la finalidad que se tuvo con este nuevo registro; si lo buscado es que haya publicidad y transparencia por parte de las entidades territoriales y los particulares al momento de celebrar contratos estatales por APP, o si lo pretendido con este registro es que el DNP tenga un control sobre los contratos que celebren las entidades territoriales cuando se exista participación pecuniaria del presupuesto general del Estado. Tampoco lo hizo el Decreto reglamentario 1082 de 2015, en tanto no precisó el objetivo real que se tuvo con el RUAPP, toda vez que este reglamento solo instruyó la forma como se hará el registro de los proyectos en el RUAPP y la prelación que se tendrá para estudio y viabilidad de los proyectos APP.

En cuanto al principio de publicidad y transparencia al que están sometidos los contratos del Estado,

La ley 1150 de 2007, introdujo modificaciones importantes al Estatuto General de la Contratación y, a tono con la Ley 527 de 1999, permitió que la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, se pudieran realizar a través de medios electrónicos (Art. 3) y para dar cumplimiento a dicho propósito, señaló que el Gobierno Nacional desarrollaría el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, el cual: i) contaría con las funcionalidades tecnológicas para realizar los procesos de contratación electrónicos, bajo los métodos de selección

señalados en la ley; ii) sería el punto único de ingreso de información y generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía; iii) tendría la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, y; iv) integraría el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública (Sentencia C-259, 2008).

En este sentido se promulgó el Decreto 19 de 2012, quien a su turno dispuso en su artículo 223 la necesidad de suprimir definitivamente la publicación que de tiempo atrás se venía realizando a través del Diario Único de Contratación, aclarando que lo buscado no fue eliminar el deber de publicar los contratos del Estado, sino cambiar la forma de hacerlo (Presidencia de la República, 2012). En principio esta norma fue demandada por considerarse que violaba los artículos 1, 2, 13, 29, 150.1, 150.7, 150.10, 150.25, 209 y 210, inciso 2 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). El actor consideró que, al eliminar la publicación de un medio escrito como el Diario Único de Contratación, violaba la constitución en tanto la publicación de los contratos es un requisito indispensable para su validez, legalización y ejecución y una condición para el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública, de acuerdo con el artículo 209 constitucional (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Esta situación fue resuelta por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-711 de 2012, en atención a lo siguiente:

Considera esta Corporación que la norma acusada, al suprimir la publicación de los contratos en medio físico en el Diario Único de Contratación - Diario Oficial y ordenar que se continúe con la publicación electrónica de los mismos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, no vulnera el principio de publicidad de las actuaciones de la administración pública, contenido en el artículo 209 constitucional, en tanto dicho postulado no prescribe una forma única para su cumplimiento y los medios electrónicos dispuestos para cumplir esta finalidad han sido considerados aptos por esta Corporación en diversos pronunciamientos (Sentencia C-711, 2012).

Es bueno resaltar que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 223 del Decreto Ley 19 de 2012, en tanto considero que el SECOP cumplía con mayor presteza obligación de hacer de público el conocimiento la actividad contractual de la administración

pública, confirmando los postulados del artículo 3 de la ley 1150 de 2007, de que el SECOP sería el punto único de ingreso de información y generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía. Así, el artículo 223 del Decreto 19 de 2012 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en tanto consideró que el SECOP cumplía en mejor y mayor forma los principios de publicidad y transparencia de los contratos del Estado (Sentencia C-711, 2012).

Frente al RUAPP, conviene dilucidar que si lo buscado con este registro, es darle publicidad y transparencia a los contratos que celebra el Estado a través del instrumento de financiación por APP, el registro no tiene razón de ser, toda vez que el artículo 2.2.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, señaló expresamente que el DNP utilizará la plataforma del SECOP para la radicación, registro y consolidación de la información de los proyectos de APP, y, en tal sentido, no existe justificación alguna para crear un nuevo registro que, en últimas, será desarrollado a través del SECOP; plataforma electrónica que, desde su creación, ha venido cumpliendo su finalidad de servir a los principios constitucionales de publicidad y transparencia.

Por otro lado, se advierte que si el RUAPP tiene una finalidad distinta a la de cumplir los principios de publicidad y transparencia como los materializados en el SECOP, y su inscripción deviene como un requisito *sine qua non* para poder celebrar el contrato estatal a través de APP, resulta cuestionable que las entidades territoriales o los particulares con interés en participar en proyectos de APP, tengan que adelantar este tipo de registro público, ante un órgano del orden central del Estado, como lo es el DNP, toda vez que ello limitaría la autonomía territorial de las entidades estatales, por cuanto se está obligado por parte de la entidad territorial o el particular a realizar el registro para poder ejecutar el contrato.

En este contexto cabe resaltar que el constituyente de 1991 fijó expresamente en el artículo 287 los alcances de la autonomía territorial, y el máximo órgano constitucional determinó los límites mínimos y máximos del principio unidad de la república, descentralización y autonomía territorial. Estos límites mínimos y máximos permiten el desarrollo de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiaridad de las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). En este contexto, vale destacar que si una entidad territorial o un particular con interés de participar en la contratación pública por APP, en su proyecto proponen una iniciativa a desarrollarse en la jurisdicción de una entidad territorial, no debería intervenir o mediar ninguna autoridad del orden central del Estado para autorizar la celebración del contrato o incidir en sobre la realización del

mismo, toda vez que lo correcto dentro de los límites de la Constitución y la ley es, de un lado, reconocer la posición de superioridad del Estado unitario y, de otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía de las entidades territoriales.

En este contexto, se precisa que podría asistirle alguna razón al DNP para hacer un control sobre el RUAPP y exigir su inscripción a través del SECOP, solo para aquellos proyectos donde los particulares y entidades territoriales promuevan APP de iniciativa pública y en ellos se incorporen dineros públicos del presupuesto general de la Nación para la ejecución de los proyectos. También podría justificarse de alguna manera el registro en el RUAPP para los proyectos de APP de iniciativa privada que requieran incorporar el 30% de capital público del presupuesto general de la nación en la ejecución del proyecto, en tanto en ellos se permite la inyección de capital público del presupuesto general de Estado<sup>1</sup>. Sin embargo, se encuentra, que frente aquellos proyectos de APP donde el 30% del capital público lo aporta en su totalidad la entidad territorial o en aquellos proyectos donde el 100% de la inyección de capital para ejecutar el proyecto proviene del sector privado, no se encuentra una razón válida que justifique en alguna medida la obligación de inscribirse en un registro público como el RUAPP.

Si bien el RUAPP parece estar orientado a buscar publicidad y transparencia en la actividad contractual del Estado, no sería necesario por cuanto la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015 señalaron expresamente que los proyectos de APP deberán ser publicados en el SECOP, para cumplir los presupuestos de publicidad y transparencia. Se puede colegir, en este sentido, que, si el DNP utilizara la plataforma del SECOP para el registro de los contratos, el RUAPP no tendría razón de ser, toda vez que sería crear un registro dentro de una plataforma que ya cumple los fines del Estado de publicidad y transparencia. Más aun cuando el máximo órgano constitucional ha decantado que el SECOP, cumple fielmente los principios constitucionales.

### **Conclusiones**

Como objeto de esta investigación se analizaron los artículos 6 y 25 de la Ley 1508 de 2012 a la luz de la Constitución Política, para determinar si la obligación de tener que contar con el concepto favorable del Conpes para ampliar el plazo del contrato estatal y el deber de registrarse en el RUAPP en la ejecución de los contratos estatales financiados por APP, limita el principio

---

<sup>1</sup>Debe considerarse que el desarrollo constitucional de la última década se ha visto marcado por la existencia de una importante potestad de control fiscal sobre las finanzas territoriales por parte de la Contraloría General de la Nación, pudiendo inclusive esta facultad prevalecer sobre el control fiscal que ejercen las Contralorías territoriales de los municipios, distritos y departamentos.



de la autonomía territorial que le asiste a las entidades territoriales. En este sentido, fue necesario abordar el alcance del principio de autonomía territorial en el ordenamiento jurídico colombiano, para conocer los máximos y los mínimos poderes en relación con los principios de unidad de la república y descentralización territorial, y determinar cómo se efectúa la financiación de los contratos estatales celebrados por APP, a la luz de la Ley 1508 de 2012, para finalmente determinarse el concepto favorable del Conpes es un requisito sustancial que impida la celebración del contrato y cuál es la finalidad del RUAPP en los contratos por APP.

Se concluye en esta investigación que lo correcto dentro de los límites de la Constitución y la ley es, de un lado, reconocer la posición de superioridad del Estado unitario, y, por otro lado, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía de las entidades territoriales. La competencia de la entidad territorial solo se podría ver limitada por la obligación que tienen las entidades territoriales de ejercitar sus competencias en consideración a un conjunto de principios reconocidos a nivel constitucional como lo son los de coordinación, concurrencia y subsidiaridad.

Esta investigación arroja como resultado, frente a la financiación del proyecto y la obligación de autorización para la ampliación del plazo de ejecución del contrato financiado por APP, que:

i) El concepto previo que debe emitir el Conpes para ampliar el plazo del contrato celebrado por APP, en los términos del artículo 6 de la Ley 1508 de 2012, solo podría justificarse en los proyectos de APP a iniciativa pública, cuando la iniciativa del proyecto deba incorporar hasta el 30% de capital público, siempre que éste provenga del presupuesto del SGP, del Sistema General de Regalías –SGR- o del presupuesto de alguna entidad pública del nivel nacional, en tanto el Conpes constituye uno de los conductos por medio de los cuales el Presidente de la República ejerce su función de máximo orientador de planeación de la nación, donde puede tener interés el Conpes, dado que el porcentaje de aporte público podría ser una considerable si se advierte que los contratos estatales por APP son de 6.000 smmlv en adelante.

ii) Aunado a lo anterior, se pudo establecer que si el proyecto de APP es de iniciativa pública y este requiere la inyección del porcentaje de aporte máximo de capital público autorizado legalmente, y el 100% del capital público lo aporta la entidad territorial, no le asiste razón al Conpes para conceptuar sobre el plazo del contrato estatal por APP, toda vez que el aporte público es incorporado en su totalidad por la entidad territorial.

iii) Si el proyecto de APP es propuesto a iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos, se debe tener en cuenta que el particular es quien desarrolla todos los estudios de pre factibilidad y factibilidad del proyecto y, en tal sentido, no hay justificación para que el Conpes conceptúe sobre la posibilidad o no de ampliar el plazo del contrato, toda vez que ello limitaría la competencia y la autonomía que tiene la entidad territorial para decidir sobre la decisión de ampliar o no ampliar el plazo del contrato.

Frente al RUAPP, se pudo establecer que si lo buscado es que haya publicidad y transparencia en los contratos estatales celebrados por APP, no habría razón para que la entidades territoriales y los particulares suscriban este registro público ante DNP, toda vez la ley 1150 de 2007 instituyó que el SECOP sería el punto único de ingreso de información y generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía, para cumplir los principios de publicidad y transparencia de la actividad contractual del Estado. Esta situación fue confirmada por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 223 del Decreto Ley 019 de 2012, en tanto consideró que el SECOP cumplía en mejor y mayor forma los principios de publicidad y transparencia de los contratos del Estado (Sentencia C-711, 2012).

Exigir el RUAPP, como requisito sustancial para que las entidades territoriales y particulares que celebren contratos por APP, constituye una exigencia injustificada, en tanto un órgano del orden central como el DNP no tiene competencia para limitar la capacidad contractual de las entidades territoriales. Así, la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015 no justifican cual es la razón de implementar este registro, y en este sentido se advierte que lo buscado es dar publicidad y transparencia de las actividades contractuales del Estado en proyectos de APP, principios que se encuentran materializados en el SECOP.

### **Bibliografía**

Asamblea Nacional. (28 de mayo de 1910). Acto legislativo 01. *Acto reformativo de la Constitución Nacional de Colombia*. Bogotá, D.C., Colombia.

Asamblea Nacional Constituyente. (4 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, D.C., Colombia.

Asamblea Nacional Constituyente, Asamblea Nacional Legislativa. (27 de marzo de 1905). Acto legislativo 01. *Acto reformativo de la Constitución Política Nacional*. Colombia.

Asamblea Nacional de Colombia. (28 de mayo de 1910). Acto Legislativo 1. Bogotá, Colombia.

Benavides, J. L. (2014). *Estudios sobre el regimen juridico de las asociaciones publico-privadas* (Primera edición: diciembre de 2014 ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Camacho-Matallana, E. (2016). *Manual de Contratación de la Administración Pública* (4 Edición ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Cámara de representantes de Colombia. (2011). Proyecto de ley 144. *por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones, de origen gubernamental*. Bogotá, D.C., Colombia.

Colombia. (5 de agosto de 1886). Constitución Política de la República Colombia. Bogotá, Colombia.

Colombia. (27 de marzo de 1905). Acto general y reformativo de la Constitución Nacional. Bogotá, Colombia.

Congreso de Colombia. (5 de agosto de 1936). Acto Legislativo 1. *Reformativo de la Constitución*. Bogotá, Colombia.

Congreso de Colombia. (16 de febrero de 1945). Acto Legislativo 1. *Reformativo de la Constitución Nacional*. Bogotá, Colombia.

Congreso de Colombia. (19 de noviembre de 1958). Ley 19. *Sobre reforma administrativa*. Bogotá, D.E., Colombia.

Congreso de Colombia. (11 de diciembre de 1968). Acto Legislativo Número 1. *Por el cual se reforma la Constitución política de Colombia*. Bogotá, D. E., Colombia.

Congreso de Colombia. (9 de enero de 1986). Acto Legislativo 1. *Por el cual se reforma la Constitución Política*. Bogotá, D. E., Colombia.

Congreso de Colombia. (15 de enero de 1986). Ley 11. *Por la cual se dicta el Estatuto Básico de la Administración Municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales*. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de Colombia. (16 de enero de 1986). Ley 12. *Por la cual se dictan normas sobre la Cesión de Impuesto a las Ventas o Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) y se reforma el Decreto 232 de 1983*. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de Colombia. (1993 йил 28-октябрь). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá. D.C., Colombia: Diario

Oficial No. 41.094. Retrieved 2017 йил 06-Febrero from [http://dateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe\\_109133/Modulo/MODULO\\_EXE/leccion\\_1\\_los\\_contratos\\_estatales.html](http://dateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccion_1_los_contratos_estatales.html)

Congreso de Colombia. (28 de diciembre de 1999). Ley 549. *Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional*. Santa Fe de Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 44836.

Congreso de Colombia. (30 de julio de 2001). Acto Legislativo 1. *Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 44506.

Congreso de Colombia. (2007 йил 16-julio). Ley 1150. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 46691.

Congreso de Colombia. (18 de julio de 2011). Acto Legislativo 5. *Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones*. Tumaco, Nariño, Colombia: Diario Oficial 48134.

Congreso de Colombia. (21 de diciembre de 2011). Gaceta 988. *Texto Aprobado en Sesión Plenaria al Proyecto de Ley 160 de 2011 Senado, 144 de 2011 Cámara por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de Colombia. (2011 йил 18-enero). Ley 1437 . *Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 47.956.

Congreso de Colombia. (16 de junio de 2011). Ley 1450. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*. Bogotá, D. C., Colombia: D.O. 48.102.

Congreso de Colombia. (28 de junio de 2011). Ley 1454. *Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 48115.

Congreso de la República. (16 de febrero de 1945). Acto legislativo 01. *Acto reformativo de la Constitución Nacional de Colombia*. Colombia.

Congreso de la República. (9 de enero de 1986). Acto legislativo 01. *Por el cual se reforma la Constitución Política*. Colombia.

Congreso de la República. (21 de diciembre de 2001). Ley 715. *Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud , entre otros*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 44654.

Congreso de la república. (10 de enero de 2012). Ley 1508. *por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 48308.

Congreso de la República de Colombia. (27 de octubre de 1986). Ley 53. *Por la cual se modifica el Decreto-ley número 1245 de 1974 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D. E., Colombia: Diario Oficial 37694.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2001 йил 3-abril). Documento Conpes 3107. *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*, 20. Bogotá, Colombia: República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2008 йил 11-Agosto). Documento Conpes 3538. *Concepto favorable a la Nación para contratar un empréstito externo con la banca multilateral hasta por US\$14.185.000, o su equivalente en otras monedas, destinado a financiar el programa de apoyo al Proceso de Participación Privada y Concesión en Infrae*, 3. Bogotá, D. C., Colombia: República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2009 йил 28-septiembre). Documento Conpes 3615. *Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos*. Bogotá, D.C., Colombia: República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social.

- Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). *Departamento Nacional de Planeación*. Recuperado el 14 de abril de 2017, de Asociaciones Público Privadas APP: <https://www.dnp.gov.co/programas/participación-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/asociaciones-publico-privadas.aspx>
- Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). *Sistema para el apoyo y gestión de aplicaciones*. Recuperado el 14 de abril de 2017, de Listado de General de Proyectos: <https://saga.dnp.gov.co/ruapp/listadoGralProyectos.aspx>
- Junta Militar del Gobierno de la República de Colombia. (4 de octubre de 1957). Decreto número 0257. *Sobre plebiscito para una reforma constitucional*. Bogotá, Colombia.
- Mancipe-González, J. (2015). La gestión de lo Público por los particulares en el estado contemporáneo: análisis de las alianzas público privadas (APP) en Colombia. *Tesis para optar al título de maestría*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad del Rosario.
- Molina-Saldarriaga, C. A. (2016). Descentralización y autonomía territorial: retos democráticos para la administración de los territorios. *Seminario Internacional "Transformación política de las áreas urbanas. Ciudad de México y sus consecuencias para Colombia y América Latina"* (págs. 1-26). Bogotá, D. C.: Instituto de Estudios Urbano. Universidad Nacional de Colombia.
- Molina-Saldarriaga, C. A. (2017). Reformas a la constitución política de 1886. Medellín, Colombia: Escuela de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana Medellín.
- Morelli Rico, S. (1 de enero de 1996). *La autonomía territorial en Colombia: balance y perspectivas cuatro años después de su proclamación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno Corredor , L. A. (2009). *Oportunidades de financiamiento para los entes locales en el siglo XXI*. Biblioteca virtual de derecho, economía y ciencias sociales.
- Presidencia de la República. (10 de abril de 1974). Decreto 627. *Por el cual se reestructura el Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación*. Bogotá, D.E., Colombia.

Presidencia de la República. (29 de diciembre de 1992). Decreto 2132. *Por el cual se reestructuran y fusionan entidades y dependencias de la administración nacional.* Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 40.704.

Presidencia de la República. (14 de marzo de 2001). Decreto Nacional 423. *Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 448 de 1998 y 185 de 1995.* Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 44361.

Presidencia de la República. (19 de julio de 2005). Decreto 2500. *Por el cual se modifica el artículo 3° del Decreto 627 de 1974.* Dado en Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 45976.

Presidencia de la República. (8 de junio de 2009). Decreto 2148. *Por medio del cual se modifican los Decretos 2132 de 1992 y 627 de 1974.* Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 47374.

Presidencia de la República. (14 de septiembre de 2009). Decreto 3517. *Por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial No. 47.473.

Presidencia de la República. (18 de noviembre de 2009). Decreto 4487. *Por medio del cual se desarrollan la Ley 527 de 1999 y los Decretos 627 de 1974, 2132 de 1992 y 2148 de 2009.* Bogotá, D. C., Colombia: Diario Oficial 47.538.

Presidencia de la República. (10 de enero de 2012). Decreto 19. *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.* Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 48308.

Presidencia de la República. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082. *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.* Bogotá, D.C., Colombia.

Presidente de la República. (18 de abril de 1986). Decreto 1222. *Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental.* Bogotá, D. E., Colombia}.

Presidente de la República. (25 de abril de 1986). Decreto 1333. *Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.* Bogotá, D. E., Colombia.

Robledo-Silva, P. (2008). El panorama territorial colombiano. *Revista Derecho del Estado*(21), 177-208.

Robledo-Silva, P. (2010). *La autonomía municipal en Colombia*. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Senado de Colombia. (2011). Proyecto de Ley 160. *Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, D.C., Colombia.

Sentencia C-1051, Expediente D-3469 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Jaime Araujo Rentería 2001 йил 4-octubre).

Sentencia C-1258, Expediente D-3585 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Jaime Córdoba Triviño 29 de noviembre de 2001).

Sentencia C-126, Expediente D-106 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Antonio Barrera Carbonell 30 de marzo de 1993).

Sentencia C-149, Expedientes D-184, D-185, D-189 y D-194 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Jorge Iván Palacio Palacio 4 de marzo de 2010).

Sentencia C-259, Expediente D-6893 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Jaime Córdoba Triviño 11 de marzo de 2008).

Sentencia C-517, Proceso D-001 (Corte Constitucional, MP: Ciro Angarita Barón 15 de septiembre de 1992).

Sentencia C-534, Expediente D-1171 (Corte Constitucional, MP: Fabián Morón Díaz 16 de octubre de 1996).

Sentencia C-535, Expediente D-1239 (Corte Constitucional, MP: Alejandro Martínez Cabellero 16 de octubre de 1996).

Sentencia C-540, Expedientes D-3256 y D-3257 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Jaime Córdoba Triviño 22 de mayo de 2001).

Sentencia C-543, REF: D- 294 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Jorge Arango Mejía 25 de noviembre de 1993).

Sentencia C-579, Expediente D-3260 y D-3262 (Corte constitucional, Sala Plena, MP: Eduardo Montealegre Lynett 5 de junio de 2001).

Sentencia C-595, Expediente D-10101 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 2014 йил 20-Agosto).

Sentencia C-711, Expediente D-8971 (Corte Constitucional, MP: Mauricio González Cuervo 12 de septiembre de 2012).



Sentencia C-894, Expediente D-4552 (Corte Constitucional, Sala Plena, MP: Rodrigo Escobar Gil 7 de octubre de 2003).

Sepúlveda-Figueroa, B. J. (2014). Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión : Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012. *Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de: Magíster en Derecho con profundización en Derecho Administrativo*. Tunja, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Suelt Cock, V. (2008). La organización territorial colombiana frente a la tendencia contemporánea de configuración federal. *Estudios Socio-Jurídicos*, 10(1), 158-200.

Vallejo, M. L. (2014). Asociaciones público privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico, conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012. *Revista de Derecho Público*(33), 1-23. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redepub.33.2014.08>

Zambrano-Cetina, W. (18 de julio de 2014). El concepto de Autonomía Territorial en Colombia. Avances y retrocesos en la legislación y en la jurisprudencia. *Carta de Noticias de la Procuración General*, Año 2(17), 23-25.