



Entidad originadora:	Departamento Nacional de Planeación Ministerio de Transporte
Fecha (dd/mm/aa):	02/06/21
Proyecto de Decreto/Resolución:	<i>“Por el cual se adiciona la Sección 13 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el objeto de definir los términos y condiciones en que podrán pactarse Unidades Funcionales de Vía Férrea en proyectos de Asociación Público Privada de infraestructura férrea, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 6 del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012”</i>

1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN.

Con la expedición de la Ley 1508 de 2012 se estableció el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (“APP”). Es así como el artículo 1° las definió como un instrumento de vinculación de capital privado que se materializa 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.

Este esquema de Asociaciones Público Privadas es aplicable a todos los contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento. Todas estas actividades deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. Este esquema también podrá aplicar a la infraestructura para la prestación de servicios públicos.

En ese sentido, el artículo 4° de la Ley 1508 de 2012 establece que los principios de función administrativa de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal le son aplicables a los esquemas de Asociación Público Privada, con el fin de garantizar que la selección bajo esta modalidad sea eficiente y suficiente para la ejecución de los proyectos. En consecuencia, estos principios deben ser transversales en todas las etapas de análisis y evaluación de las iniciativas públicas y privadas.

De conformidad con el artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, en los proyectos de Asociación Público Privada el derecho a la retribución del contratista está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad. Igualmente, el citado artículo permite la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada por Unidades Funcionales o por etapas, estas últimas entendidas como cada una de las fases sucesivas en el tiempo en las que se desarrollan o mejoran Unidades Funcionales específicas, definidas en el contrato, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial.

De acuerdo con las disposiciones normativas de la Ley 1508 de 2012 y, en especial, la reglamentación relativa a la posibilidad de causación del derecho a la retribución por Unidades Funcionales, se observa que la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 establece que una Unidad Funcional de Infraestructura es aquella que reúne las siguientes características: (i) ser un conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación del servicio; (ii) tener independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo los estándares de calidad y niveles de servicio definidos para tal unidad; y (iii) estar relacionada con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del proyecto. En concordancia, el numeral 2 del artículo 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015 establece que el presupuesto estimado de inversión de cada Unidad Funcional de



Infraestructura deberá ser igual o superior a cien mil Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (100.000 SMLMV).

Así mismo, el artículo 13 de la Ley 1882 de 2018 que modifica el artículo 5° de la Ley 1508 de 2012 indica, en el párrafo 6°, que en proyectos de Asociación Público Privada podrán establecerse Unidades Funcionales de aeropuertos, de plantas de tratamiento de aguas residuales, de tramos de túneles o de vías férreas, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución, para lo cual el Gobierno nacional reglamentará la materia.

En esa medida, es necesario reglamentar lo concerniente a las Unidades Funcionales de las que trata el párrafo 6° del artículo 5° de la Ley 1508 de 2012 para los proyectos de infraestructura de transporte férreo, con el fin de que las Entidades Estatales, en la estructuración de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas de los proyectos de infraestructura férrea, tanto de iniciativa pública como privada, cuenten con mayores herramientas para garantizar su viabilidad y se facilite la estructuración de esquemas contractuales adecuados que respondan a las particularidades y necesidades del sector ferroviario y que incentiven a una mayor vinculación y participación de capital privado.

Es preciso indicar que, dentro de las facultades otorgadas al Gobierno nacional en la Ley 1508 de 2012, se destaca el párrafo 3° del artículo 3° el cual dispone que se podrá reglamentar las condiciones de los elementos que se consideren necesarios para el desarrollo idóneo de los esquemas de Asociación Público Privada.

Adicionalmente, en el estado actual de las cosas, lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 y en los artículos 2.2.2.1.1.2, 2.2.2.1.2.1 y 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015 compromete la viabilidad financiera de los proyectos de APP de infraestructura ferroviaria, tanto de iniciativa pública como privada. Estos artículos exigen el cumplimiento del criterio de independencia funcional y un monto considerable de presupuesto mínimo estimado de inversión para su configuración, así como el cumplimiento del criterio de disponibilidad de la infraestructura para efectos de la retribución, que supone que la infraestructura esté en uso y cumpla con los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en el respectivo contrato.

La implementación de las Unidades Funcionales de las que trata el párrafo 6° del artículo 5° de la Ley 1508 de 2012 permite que el esquema de pagos de la retribución se ajuste a los requerimientos técnicos propios del modo férreo. La funcionalidad de un proyecto ferroviario implica, en gran medida, el desarrollo y ejecución conjunta y paralela de intervenciones y actividades de diferente índole. Lo que, a su vez, permite optimizar y generar eficiencias en los modelos financieros de los proyectos ferroviarios, disminuyendo el perfil de vigencias futuras o aportes públicos a cargo de las entidades contratantes en aquellos proyectos que lo requieran y también incentiva su bancabilidad, al permitir que haya flujo de caja desde la fase de construcción.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en la medida en que se prevé que el proyecto de Decreto sea aplicable a distintos tipos de proyectos ferroviarios (transporte de carga, y/o pasajeros, y/o mixto), pero con distintas complejidades técnicas, se requiere tener la suficiente flexibilidad en la definición de lo que puede ser o conformar una unidad funcional de vía férrea, teniendo en cuenta la alineación de incentivos y demás reglas generales establecidas en la Ley. Esto debe tener en cuenta que, las características de los sistemas ferroviarios, así como el alcance de las intervenciones y actividades que se requieren en los distintos proyectos pueden ser tan disímiles entre sí, que se considera necesario establecer en la reglamentación del proyecto de Decreto una lista de intervenciones y actividades, agrupadas en subsistemas (Subsistemas Ferroviarios), de carácter meramente enunciativo que permita que las Unidades Funcionales de Vía Férrea (UFVF) se adapten a las características técnicas de cada sistema ferroviario. Por tal razón, dichas



intervenciones y actividades deberán ser definidas a nivel de estructuración reconociendo y atendiendo las particularidades y necesidades de cada uno de los proyectos a ejecutarse.

Considerando lo anterior, es pertinente determinar si la división de los proyectos en Unidades Funcionales es común en la ejecución de proyectos férreos en otras partes del mundo. Para tal efecto fueron revisados dieciséis (16) proyectos con diferentes esquemas de contratación, a saber:

- Sao Pablo Línea 4 - APP para la operación y mantenimiento.
- Canadá Line Rapid Transit Project - APP para el diseño, construcción, financiación, operación y mantenimiento.
- Línea del metro de Copenhague Cityrigen - Obra pública.
- Tren de Melbourne - Franquicia.
- Denver Eagle P3 - APP para el diseño, construcción, financiación, operación y mantenimiento.
- Inglaterra - Tyne and Wear Metro - Obra pública.
- Brasil - Ferroeste - Concesión.
- Liefenshoek - APP para el diseño, construcción, financiación y mantenimiento.
- Kenya - Uganda Rail Concession - Concesión.
- Eurotunel - High Speed One- HS1 - APP para el diseño, construcción, financiación, operación y mantenimiento
- Perú - Ferrocarriles del Sur y Sur Oriente - Concesión.
- Sao Pablo Línea 5 - APP para la operación y mantenimiento.
- Tranvía de Río de Janeiro - APP para construcción, financiación, operación, mantenimiento y transferencia.
- London Overground - Franquicia.
- Nuevo Central Argentino - Concesión.
- Australia - Hunter Valley - Obra pública.

En ninguno de los proyectos analizados se identificó un esquema como el de las Unidades Funcionales de infraestructura, que permitiera la realización de pagos al contratista por segmentos del proyecto férreo que tuvieran capacidad para prestar el servicio cumpliendo con niveles de servicio y estándares de calidad. En cambio, fueron identificados estructuras de pago a los contratistas durante la construcción del proyecto, cuando el contratista alcanzaba ciertos hitos.

Lo anterior permitió concluir que, si bien podrían existir casos en los cuales un proyecto férreo que se ejecute bajo el esquema de APP se divida únicamente en Unidades Funcionales de infraestructura, como por ejemplo, y sin limitarse a aquellos que tengan por objeto el mejoramiento de un ferrocarril existente que no modifique las especificaciones del corredor original, en casi todos los proyectos férreos el condicionamiento del pago de la retribución del concesionario a la disponibilidad de la infraestructura de las distintas Unidades Funcionales de infraestructura, entendida ésta conforme a lo señalado en el Artículo 2.2.2.1.2.1. del Decreto 1082 de 2015¹, esto es, cuando la infraestructura está en uso y cumple con los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en el respectivo contrato, puede dificultar en la práctica el uso exclusivo de Unidades Funcionales de infraestructura en los proyectos ferroviarios. Pues, en la mayoría de los casos, para que haya disponibilidad de la infraestructura en un proyecto férreo, es necesario que todos los sistemas y subsistemas necesarios para su operación se encuentren terminados y en uso, lo que equivale, en la práctica, a que casi todo el proyecto haya sido construido y esté apto para su operación. Lo anterior, tal y como se explicó previamente,

¹ Artículo 2.2.2.1.2.1. *Disponibilidad de la infraestructura.* Para efectos del presente título, la infraestructura está disponible cuando está en uso y cumple con los Niveles de Servicio y los Estándares de Calidad establecidos en el respectivo contrato.



dificulta de manera significativa la financiación y el interés que los inversionistas privados puedan tener en proyectos de infraestructura férrea bajo el esquema APP.

De igual forma, es necesario indicar que, generalmente los ferrocarriles no son construidos en tramos cortos, debido a que es más eficiente la construcción, instalación e implantación de los subsistemas mediante una intervención sobre toda la red y no a través de una intervención separada. Lo anterior, implica que las inversiones de capital requeridas para construir un ferrocarril sean cuantiosas, lo que genera la necesidad de dar al contratista acceso a parte de su retribución durante la etapa de construcción, para aliviar el pago de la deuda del proyecto y mejorar su bancabilidad.

Teniendo presente lo anterior y considerando otras experiencias en el país en las que se han regulado Unidades Funcionales especiales, diferentes a las Unidades Funcionales de infraestructura, como es el caso del derecho a la retribución en la construcción de túneles mediante el Decreto 1026 de 2014, se plantea, a continuación, una metodología para la implementación de UFVF, que se ajusta a las características propias de los sistemas ferroviarios.

Para tal efecto, la configuración de las UFVF se estableció sobre la base y concepto de los llamados Subsistemas Ferroviarios, los cuales representan y definen, a título enunciativo, los diferentes elementos que generalmente se necesitan para la construcción, rehabilitación, mejoramiento, equipamiento, mantenimiento y/o operación de un proyecto ferroviario. Los Subsistemas Ferroviarios que podrán conformar, total o parcialmente, una UFVF son el Equipamiento Fijo e Instalaciones, y/o Infraestructura Ferroviaria, y/o Sistemas Electromecánicos, y/o demás elementos necesarios para la construcción, rehabilitación, mejoramiento, equipamiento, mantenimiento y/o operación de un proyecto ferroviario, que señale el respectivo contrato de Asociación Público Privada. Cabe señalar que cuando una UFVF esté compuesta por varias partes de diferentes Subsistemas Ferroviarios, estas partes deberán guardar relación constructiva y/u operacional directa entre sí.

A través de estas UFVF se condiciona el derecho a la retribución a la disponibilidad parcial y a los estándares de calidad previstos en el contrato de Asociación Público Privada, lo que permite al contratista recibir la retribución determinada para cada UFVF antes de que toda la infraestructura que conforma el proyecto sea operativa, de conformidad con los plazos, montos, y demás condiciones de pago que se establezcan en el contrato de Asociación Público Privada. Para estos efectos, es preciso indicar que, por disponibilidad parcial, se entiende el momento en que se ha finalizado el Subsistema Ferroviario, o conjunto de Subsistemas Ferroviarios, o una o varias partes de Subsistemas Ferroviarios que se contemplan en el respectivo contrato para la UFVF y siempre y cuando cumpla con lo establecido en el respectivo contrato de Asociación Público Privada, incluyendo los Estándares de Calidad.

Así mismo, se debe señalar que, en ningún caso, la retribución por UFVF podrá corresponder a la totalidad del presupuesto estimado de inversión de la respectiva UFVF, para incentivar al privado a que culmine las obras, el cual será calculado sin considerar los costos de operación y mantenimiento, tal y como se señaló más adelante. Por su parte, la retribución que no corresponda a una UFVF se pagará de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2.2.1.2.1 y 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015 y en el respectivo contrato de Asociación Público Privada.

La experiencia nacional demuestra que, dadas las características técnicas de los proyectos férreos, los cuales requieren inversiones en diferentes subsistemas, se han empleado mecanismos de pagos flexibles por unidades de ejecución que permitan liberar presión en la caja debido a las altas inversiones requeridas durante el periodo de construcción. Por ejemplo, el Metro de Bogotá requirió pagos por unidades de ejecución que oscilaban entre los 300 SMLMV (adecuaciones de malla vial) hasta 120.000 SMLMV en el caso de los



subsistemas más significativos (construcción obra civil) y el proyecto de Regiotram de Occidente, entre 1.000 SMLMV (para calzadas de tráfico mixto) y 81.000 SMLMV (trabajo de campo y estudios de diseño).

En cuanto a experiencias internacionales, en el proyecto de VLT Río de Janeiro se observa que fueron requeridos hitos contractuales de pago contra diferentes etapas de obra civil, etapas en la adquisición, pruebas y entrega del material rodante y sistemas, que se encontraban entre 24.000 SMLMV y 40.000 SMLMV. De igual forma, al analizar otros proyectos internacionales de APP como Denver Eagle P3, se observa que fueron requeridos hitos contractuales de pago mensuales contra diferentes etapas del proyecto que podían ser de aproximadamente 1.300 SMLMV, al inicio del proyecto, hasta aproximadamente 140.000 SMLMV durante los años de mayor avance de obra.

En virtud de la variabilidad y amplitud de los pagos presentados en los proyectos referenciados, para determinar el valor de las UFVF se efectuó un ejercicio en el cual se tuvieron en cuenta los proyectos férreos bajo esquemas de participación privada referenciados, tanto nacionales como internacionales, y en los cuales se empearon pagos durante el período de construcción por parte de la entidad pública. Los proyectos con información disponible fueron: (i) Primera Línea del Metro de Bogotá (PLMB), (ii) Regiotram de Occidente, (iii) VLT Río de Janeiro y (iv) Denver Eagle P3. Se destaca que dentro de las experiencias internacionales analizadas no se identificaron proyectos sobre infraestructuras existentes (brownfield) con un esquema tipo diseño, construcción, financiación operación y mantenimiento (Design, Build, Finance, Operation and Maintenance-DBFOM). Por el contrario, se presentaron otros esquemas de ejecución como franquicias y obra pública.

Adicionalmente, dentro de los proyectos estudiados los requerimientos de inversión² varían ampliamente, entre US \$1.6 billones (Denver Eagle P3), US \$536 millones (VLT Carioca), US \$829 millones (Regiotram) y US \$4.4 billones (PLMB), representando un amplio espectro de casos. También se encontró que las inversiones dependen de las particularidades de cada uno de los proyectos, y no necesariamente del tipo (brownfield o greenfield)³, es decir, se pueden contar con proyectos con un alto monto de inversión y complejidad de ejecución en ambos casos.

Así las cosas, se realizó un intervalo de confianza⁴ al 90% por proyecto del valor de los pagos efectuados durante el período de construcción, eliminando el valor de los datos atípicos⁵.

Proyecto	Valores en SMMLV	
	Intervalo de confianza inferior 90%	Intervalo de confianza superior 90%
Regiotram	6,563	8,442
PLMB	10,834	12,549
VLT Río	29,995	34,743
Denver	16,179	34,290
Promedio	15,893	22,506

Fuente: Elaboración Firma ARUP S.A.S, contratada por DNP.

² CAPEX en USD según información consignada en Inframation News.

³ Greenfield: Proyecto de construcción sin ninguna obra anterior o precedente en el sitio de construcción.

Brownfield: Proyecto que inicia desde una infraestructura construida anteriormente o precedente.

⁴ Se entiende por intervalo de confianza a un par o varios pares de números entre los cuales se estima que estará un valor desconocido respecto de un parámetro poblacional con un determinado nivel de confianza.

⁵ Un dato atípico es un valor extrañamente grande o pequeño y puede tener un efecto desproporcionado en los resultados estadísticos, que pueden conducir a interpretaciones engañosas, razón por la cual no se tienen en cuenta.



Como se puede observar, no hay una tendencia y se presentan intervalos diferentes para proyectos con mayor o menor CAPEX. Por esta razón, para poder llegar a un valor mínimo de inversión para UFVF se realizó el ejercicio de calcular el valor promedio de los límites inferiores y superiores de los intervalos de confianza en SMLMV de los proyectos analizados, determinando un monto mínimo de inversión para las UFVF que se encontraría entre 15.893 SMLMV y 22.506 SMLMV, sin tener en cuenta los costos de operación y mantenimiento.

Teniendo en cuenta los resultados anteriores, se considera que un monto mínimo de inversión de 15.000 SMLMV es adecuado en la medida que posibilitará viabilizar los proyectos férreos de carga y/o pasajeros y/o mixto en Colombia bajo el esquema de APP al permitir diferentes alternativas de financiación para éstos, de conformidad con las condiciones del mercado y que mejoran el flujo de caja del proyecto durante el periodo de construcción. En esa medida cada UFVF deberá cumplir con un presupuesto mínimo estimado de inversión igual o superior a quince mil Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (15.000 SMMLV), para cuyo cálculo únicamente se tendrán en cuenta los costos de construcción, reparación, mejoramiento y equipamiento, por lo cual los costos de operación y mantenimiento no serán considerados.

En todo caso, tanto el presupuesto estimado de inversión para las UFVF, como la retribución a ser pagada por éstas, deberán ser determinados en los estudios y análisis de que tratan el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, para el caso de proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública, y el artículo 14 de dicha Ley para el caso de proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, por lo que dichos estudios y análisis deberán contener la justificación técnica, legal y financiera del presupuesto estimado de inversión para las UFVF y de la retribución por cada UFVF.

Por otro lado, se prevé que los contratos de Asociación Público Privada que tengan por objeto el desarrollo de un proyecto ferroviario podrán incluir tanto Unidades Funcionales de infraestructura como UFVF. Igualmente, el proyecto de Decreto precisa que una vez terminadas las UFVF, lo desarrollado por éstas: (i) conformará o integrará Unidades Funcionales de infraestructura de las establecidas en el artículo 2.2.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015; o (ii) podrá integrarse a Unidades Funcionales de infraestructura existentes; o (iii) integrará la infraestructura del proyecto, en caso de que el proyecto no haya utilizado Unidades Funcionales de infraestructura. En cualquier caso, se indica que dichas Unidades Funcionales de infraestructura deberán cumplir con lo dispuesto por la Sección 2 del Capítulo 1 Título 2 Parte 2 Libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

Conforme a las razones expuestas, es menester dar cumplimiento a la: (i) disposición constitucional del numeral 11 en su artículo 189, y (ii) reglamentar el parágrafo 6° del artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 13 de la Ley 1882 de 2018. Por este motivo, se considera oportuno y procedente adicionar la Sección 13 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, con el fin de reglamentar los términos y condiciones en que podrán pactarse las Unidades Funcionales de Vía férrea con disponibilidad parcial e incentivar la participación privada en los proyectos de reactivación de la infraestructura férrea bajo el esquema de Asociación Público Privada.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

El proyecto de Decreto mediante el cual se reglamentan las UFVF tiene el mismo ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012, específicamente en lo relacionado con proyectos de infraestructura del modo de transporte férreo para carga y/o pasajeros y/o mixto que se ejecuten bajo el esquema de Asociación Público Privada. En este sentido, es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de infraestructura férrea para el transporte de carga, y/o



pasajeros y/o mixto y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura férrea para el transporte de carga y/o pasajeros y/o mixto. También podrá versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

Así mismo, el proyecto de Decreto va dirigido a todas las entidades estatales involucradas en el trámite, estructuración, evaluación, aprobación contratación, gestión y/o ejecución de proyectos de Asociación Público Privada, estructuradores de Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública y privada, originadores de proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, financiadores públicos y privados, fondos de inversión, organismos multilaterales y, en general, a todas las personas naturales o jurídicas y entidades de derecho público, privado y/o mixto, nacionales o extranjeras, interesadas en la estructuración, contratación y ejecución de proyectos ferroviarios bajo el esquema de APP en Colombia que estén enmarcados en el ámbito de aplicación señalado en el primer párrafo de este numeral.

3. VIABILIDAD JURÍDICA

3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo

El parágrafo 6° del artículo 5° de la Ley 1508 de 2012 establece que, en proyectos de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público Privada podrán pactarse Unidades Funcionales de vía férrea, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución. Además, faculta al Gobierno nacional en la reglamentación de la materia.

3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

El artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 y por el artículo 13 de la Ley 1882 de 2018, objeto de reglamentación del presente proyecto de Decreto, se encuentra vigente desde el 10 de enero del año 2012.

3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

El proyecto de Decreto no deroga, subroga, modifica o sustituye ninguna disposición del ordenamiento jurídico. De tal modo que, el proyecto de Decreto es una adición de una Sección (Sección 13) al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, el cual se encuentra vigente.

3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

La Corte Constitucional en sentencia C-300 del año 2012 determinó la importancia del principio de la planeación en el contrato de concesión bajo los siguientes presupuestos: (i) el "*principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos*" (Subrayado fuera de texto); (ii) se trata de un principio relacionado directamente "*con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia*".



La Corte expresamente dispuso:

“(…) Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegotiaciones a favor del contratista. De otro lado, se relaciona con el principio de libre competencia- manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables.(…)”(Subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. en Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad. 57.421. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, señaló frente a los esquemas de APP lo siguiente: *“(…)12.-Lo primero que debe destacarse es que según el inciso 2º del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 los “esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución”. Es esencial comprender esto porque si bien los esquemas de APP son una expresión prístina de la libertad económica y de empresa consagrados en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, no pueden obedecer a simples “intenciones”, “buenos propósitos” o “propuestas idealistas”, ya que se cimienta sobre la eficiencia que representa que el capital privado se interese por la realización, ejecución, operación o mantenimiento de una infraestructura, o de aquella ligada a la prestación de servicios públicos, y no a la modulación de intereses sin rigor en su planeación, definición de los riesgos y resultados económicos.(…)”* (Subrayado fuera de texto)

3.5 Circunstancias jurídicas adicionales.

N/A.

4. IMPACTO ECONÓMICO (Si se requiere)

No es necesario disponer de tiempo ni de medios, por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio de Transporte o del Departamento Nacional de Planeación, para que los destinatarios del proyecto de Decreto apliquen su contenido.

Así mismo, la expedición del proyecto de Decreto permitirá: (i) la aplicación de los criterios de sostenibilidad fiscal; (ii) contribuir a la viabilidad financiera y bancabilidad de los proyectos ferroviarios que se realicen bajo esquema APP; (iii) evaluar debidamente las condiciones financieras de los proyectos de APP de iniciativa pública y privada de infraestructura férrea, teniendo en cuenta el esquema de retribución para la particularidad de proyectos férreos; y (iv) optimizar los recursos del Estado en la provisión de infraestructura férrea teniendo



en cuenta que se realiza una redistribución de la necesidad de recursos en más periodos, lo cual tiene un impacto en el costo financiero pues se pagan a más corto plazo las inversiones realizadas.

5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (Si se requiere)

El proyecto de Decreto no requiere disponibilidad presupuestal previa, dado que su adopción no generará costos fiscales, ni su expedición genera la asunción de compromisos de índole presupuestal.

6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN (Si se requiere)

Dada la naturaleza de la reglamentación que se pretende establecer con el proyecto de Decreto, este no implica directamente impacto ambiental ni ecológico ni tampoco genera impactos sobre el patrimonio cultural de la Nación.

7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO (Si cuenta con ellos)

N/A.

ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria <i>(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)</i>	X
Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo <i>(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Informe de observaciones y respuestas <i>(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)</i>	X
Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio <i>(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública <i>(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)</i>	<i>(Marque con una x)</i>
Otro <i>(Cualquier otro aspecto que la entidad originadora de la norma considere relevante o de importancia)</i>	<i>(Marque con una x)</i>

Aprobó:

[Versión preliminar para publicación]
DANIEL GÓMEZ GAVIRIA
Subdirector General Sectorial

[Versión preliminar para publicación]
JULIÁN AGUILAR ARIZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia

FORMATO MEMORIA JUSTIFICATIVA
[*VERSIÓN PRELIMINAR PARA PUBLICACIÓN*]

Departamento Nacional de Planeación

[Versión preliminar para publicación]
OLGA LUCÍA RAMÍREZ DUARTE
Viceministra de Infraestructura
Ministerio de Transporte

Departamento Nacional de Planeación

[Versión preliminar para publicación]
BEATRIZ HELENA GARCÍA GUZMÁN
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Ministerio de Transporte