



<b>Entidad originadora:</b>	Departamento Nacional de Planeación
<b>Fecha (dd/mm/aa):</b>	07/09/2023
<b>Proyecto de Decreto/Resolución:</b>	Por el cual se adicionan unos artículos a la Sección 3 del 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 fin de reglamentar el reconocimiento de derechos reales y de explotación sobre inmuebles como componente de la retribución al inversionista privado en proyectos de Asociación Público-Privada”

## **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 la función administrativa, de la contratación estatal y los criterios de sostenibilidad fiscal 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; y de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 4 del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 13 de la Ley 1882 de 2018, en proyectos de Asociación Público-Privada de iniciativa pública e iniciativa privada, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado.

Señala, así mismo, el referido parágrafo del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 que corresponde al Gobierno nacional reglamentar “(...) las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento



de los derechos reales y de explotación sobre inmuebles, garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y a las posibilidades de explotación económica del activo.”

Ahora bien, en el año 2016 el Departamento Nacional de Planeación a través de la banca multilateral adelantó un estudio para el análisis del sector inmobiliario como fuente alternativa de pago en esquemas de asociación público privada.

En desarrollo de la consultoría, se realizó una revisión de experiencias de financiación de APPs a nivel internacional, se analizó la experiencia de incorporación de bienes inmuebles en Sao Paulo, casos de fuentes alternativas de financiación de México y Egipto y el cálculo de valor de los activos de Reino Unido. De igual forma, se diseñó una metodología que permita valorar derechos reales sobre inmuebles públicos y generar un mecanismo idóneo para incorporar bienes inmuebles como pago de proyectos de Asociación Público Privada.

Para definir la metodología se parte de un principio fundamental: el valor de un predio está directamente relacionado con su potencial comercial. Restricciones sobre su uso, afectan su valor comercial. De igual forma, se debe tener en cuenta el área que se pudiera desarrollar para ventas o arriendo. El resultado de la aplicación de la fórmula propuesta trae como consecuencia la determinación del valor aportado en especie por el sector público.

Una vez revisada la metodología propuesta por el consultor anteriormente mencionado, así como las competencias de las entidades públicas en materia de disposición y enajenación de activos en concordancia con los métodos de valoración de activos (comparación o mercado, capitalización de rentas o ingresos, costo de reposición y residual), se consideró que la estimación de los derechos reales sobre bienes inmuebles que se reconocerán como retribución del inversionista se realizará adoptando el método residual establecido en la Resolución 620 de 2008 expedida por el IGAC, o la norma que la modifique o sustituya.

Es fundamental tener presente que el derecho a la retribución o reconocimiento del bien inmueble está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad.

El reconocimiento de derechos reales y de explotación sobre bienes inmuebles como componente de la retribución en proyectos de asociación público privada, se traduce en una disminución en las erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las Entidades Territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General de Regalías, adicionalmente permite maximizar el valor de los bienes inmuebles objeto del aporte en especie.

En el contexto descrito, es necesario que el Gobierno nacional reglamente las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento de derechos reales y/o de explotación sobre inmuebles garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y a las posibilidades de explotación económica del activo. Adicionalmente, esta reglamentación incluirá las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de la explotación económica o enajenación



condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados.

▬

## **2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO**

El proyecto de Decreto mediante el cual se reglamentan las condiciones para el reconocimiento de derechos reales total o parcialmente, así como el derecho a la explotación sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado en el ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012.

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, y en consecuencia 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, a los estructuradores de Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública y privada, a los 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 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 numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos.

En desarrollo de la anterior disposición constitucional, el párrafo 4 del artículo 5° de la Ley 1508 de 2018, modificado por el artículo 13 de la Ley 1882 de 2018, establece que el Gobierno Nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento de derechos reales y/o de explotación sobre inmuebles en aquellos proyectos de Asociación Público-Privada en que se utilice dicho mecanismo como componente de la retribución del inversionista privado, garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y las posibilidades de explotación económica del activo. Adicionalmente, esta reglamentación incluirá las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de la explotación económica o enajenación condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados.



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 4° 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 unos artículos a la Sección 3 del 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 fin de reglamentar el reconocimiento de derechos reales y de explotación sobre inmuebles como componente de la retribución al inversionista privado en proyectos de Asociación Público-Privada”.

### **3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada**

El artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 13 de la Ley 1882 de 2018, objeto de reglamentación del presente proyecto de Decreto, se encuentra vigente y se requiere su desarrollo con el objetivo de buscar nuevas fuentes de financiación en proyectos estructurados bajo el esquema de Asociación Público Privada .

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

El proyecto de Decreto adiciona unos artículos a la Sección 3 del 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

### **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 renegociaciones 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.(...)"*

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.(...)".

### **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, 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 que se realicen bajo esquema APP; (iii) evaluar debidamente las condiciones financieras de los proyectos de APP de iniciativa pública y privada de infraestructura, teniendo en cuenta el esquema de retribución para la particularidad de proyectos; y (iv) optimizar los recursos del Estado en la provisión de infraestructura teniendo en cuenta que está creando las condiciones que le permiten al Estado realizar menores esfuerzos presupuestales y maximizar el potencial de bienes inmuebles que no se requieren para el proyecto y que no cuentan con un uso actualmente, lo cual tiene un impacto en el costo financiero de los proyectos.

## **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, no implica 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]**  
**CLAUDIA PATRICIA GALVIS SÁNCHEZ**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica  
Departamento Nacional de Planeación

**[Versión preliminar para publicación]**  
**KATHERIN SANDOVAL CHACÓN**  
Programa de Apoyo a la Participación Privada  
en Infraestructura



**DEPARTAMENTO  
NACIONAL DE PLANEACIÓN**

**FORMATO MEMORIA JUSTIFICATIVA**  
***[VERSIÓN PRELIMINAR PARA PUBLICACIÓN]***

Departamento Nacional de Planeación