

**VI. EXPEDIENTE D-11673-SENTENCIA C-346/17 (Mayo 24)**  
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

**1. Norma acusada**

**"LEY 1508 DE 2012**  
(enero 10)

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.*

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**DECRETA:**

[...]

**ARTÍCULO 27. REQUISITOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS EN ENTIDADES TERRITORIALES.** En las entidades territoriales el desarrollo de este tipo de proyectos se regirá, además, por las siguientes reglas:

1. Para la suscripción de los contratos a que se refiere la presente ley, la entidad territorial deberá acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda establecidos en la Ley 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003 y, los requisitos definidos en la Ley 448 de 1998 sobre aprobación de riesgos y pasivos contingentes. En aquellos casos en que los contratos sean cofinanciados por la Nación se requerirá, además, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

2. Para todos los efectos, los ingresos futuros comprometidos en este tipo de contratos afectarán la capacidad de pago definida en la Ley 358 de 1997 y las normas que la modifiquen y complementen.

3. La entidad territorial deberá identificar la fuente de financiación del contrato de tal manera que los ingresos corrientes comprometidos en la financiación del mismo serán descontados de los ingresos corrientes empleados para calcular los indicadores de capacidad de pago, establecidos en la Ley 358 de 1997. Los recursos de crédito que puedan ser necesarios para financiar las vigencias futuras comprometidas se sumaran al saldo de la deuda que determinen los indicadores de capacidad de pago, fijados en la Ley 358 de 1997.

4. Cuando el proyecto se financie con cargo a ingresos corrientes de libre destinación, los mismos, no podrán ser considerados como de libre disposición en los términos de la Ley 617 de 2000.

5. Solo se podrán desarrollar proyectos de asociación público privada consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial.

**6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.**

7. Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo.

**PARÁGRAFO 1o.** Los contratos que se celebren en virtud de la presente ley deberán registrarse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y reportarse en el Formulario Único Territorial, FUT, y en el Registro Único de Asociación Público Privada, RUAPP.

**PARÁGRAFO 2o.** Para la presentación de estos proyectos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se deberá contar con la validación financiera de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras públicas.”

**“LEY 1753 DE 2015**

(junio 9)

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".*

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**DECRETA:**

**ARTÍCULO 37. DERECHO A RETRIBUCIONES EN PROYECTOS DE APP.** Modifíquese el artículo 5o de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

**“Artículo 5o. Derecho a retribuciones.** El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.

**PARÁGRAFO 1o.** En los esquemas de asociación público-privada podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales. En todo caso, tales aportes no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la presente ley.

Los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada.

**PARÁGRAFO 2o.** En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:

- a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.
- b) El proyecto haya sido estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la remuneración estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades funcionales.
- c) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada unidad funcional.

**PARÁGRAFO 3o.** Complementario a lo previsto en el párrafo anterior, en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, entendiéndose por etapa, cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:

- a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.
- b) Durante el plazo inicial del contrato se ejecuten todas las etapas previstas.

- c) El proyecto haya sido estructurado en etapas sucesivas en el tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio respecto de las cuales se define un alcance específico en el contrato y sus correspondientes niveles de servicio y estándares de calidad.
- d) La retribución al inversionista privado estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio estándares de calidad.
- e) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada etapa.

**PARÁGRAFO 4o.** En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública **del orden nacional**, 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.

El Gobierno reglamentará 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. Adicionalmente, se incluirán en dicha reglamentación las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de dicha explotación económica o enajenación, condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados.

**PARÁGRAFO 5o.** En caso de que en el proyecto de asociación público-privada la entidad estatal entregue al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación, la entidad estatal podrá pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad.

**PARÁGRAFO 6o.** En proyectos de asociación público-privada, podrán establecerse, unidades funcionales 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. El Gobierno nacional reglamentará la materia”.

## 2. Decisión

**PRIMERO.** Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado en esta sentencia, el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 *"por la cual se establece el régimen jurídico de la Asociaciones Público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones"*.

**SEGUNDO.** Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión *"del orden nacional"*, contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 *"por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país'"*.

## 3. Síntesis de la providencia

En esta oportunidad le correspondió, en primer lugar, a la Corte establecer si el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 desconoce la autonomía territorial al prohibir a los mandatarios locales la celebración de contratos de Asociación Público Privadas durante el último año de gobierno y, específicamente, si atenta con la capacidad de autogestión de la que son titulares los alcaldes y gobernadores.

La Sala estableció que la limitación para suscribir esta clase de contratos responde a la restricción para el compromiso del presupuesto de vigencias futuras en el último año de gobierno de las autoridades locales, prevista en los artículos 12 de la Ley 819 de 2003 *"por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones"* y 1º de la Ley 1483 de 2011 *"por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal para las entidades territoriales"*.

Indicó la Corporación que la regla de derecho que contiene la norma acusada no desconoce la autonomía de las entidades territoriales, pues se trata de una restricción que pertenece a la órbita de configuración legislativa, ya que tiene como finalidad garantizar la planeación ordenada, para que los gobernadores y alcaldes ejecuten sus programas con la suficiente antelación, a fin de: (i) hacerlos compatibles con los planes de desarrollo, y (ii) evitar que los gobiernos locales comprometan vigencias futuras, para quienes los sucedan puedan ejecutar sus propios programas de gobierno.

En segundo lugar, le correspondió a la Sala Plena analizar si la expresión demandada "*del orden nacional*", contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, donde se considera que sólo las entidades del orden nacional pueden 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, se desconoce la autonomía que tienen las entidades territoriales para administrar sus recursos fiscales y, en particular para servirse de las Asociación Público Privadas para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

La Corte encontró que la expresión excluye sin justificación válida, a las entidades territoriales la posibilidad de decidir sobre la enajenación de bienes que les son propios, para efectos de la retribución a favor del inversionista privado en las APP, situación que desconoce el derecho de administrar sus recursos, previsto en el artículo 278-3 de la Constitución.

La norma limita la disposición de derechos reales para la retribución a inversionistas privados y de ese modo ignora que por regla general el Congreso carece de potestad para definir la destinación de los recursos endógenos de las entidades territoriales, y en este caso no existía ninguna razón que justificara su injerencia en la disposición de los bienes propios de las entidades locales.

En consecuencia, la Corte declaró (i) exequible el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, "*por la cual se establece el régimen jurídico de la Asociaciones Público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*"; e (ii) inexecutable la expresión "*del orden nacional*", contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 "*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país'*".

#### **4. Salvamento de voto**

El magistrado **Alberto Rojas Ríos**, manifestó su salvamento parcial de voto y argumentó que no comparte la declaratoria de exequibilidad del numeral 6º del artículo 27 porque en su criterio, desconoce autonomía de las entidades territoriales para celebrar estos contratos públicos privados. En su sentir, la protección del presupuesto público no es suficiente para aminalar la autonomía, esta es una restricción sin justificación porque no se trasladan a otros tipos contractuales que también pueden comprometer vigencias futuras.