

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición de iniciar, continuar y concluir procesos de contratación directa / CONTRATACIÓN DIRECTA – Interpretaciones en el marco de la Ley de Garantías Electorales / CONTRATACIÓN DIRECTA – Concepto

La Sala, inicialmente, en su doctrina sobre la Ley 996 de 2005, concebía la contratación directa de una forma más amplia, al definirla, de forma negativa o por exclusión y al amparo de la Ley 80 de 1993, como “cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto [d]el contrato o del órgano que contrata”. Incluso, sostuvo que la expresión “contratación directa” debía entenderse como “cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993”. Sin embargo, más adelante, la Sala empezó a delimitar con mayor precisión el alcance del término “contratación directa”, especialmente a raíz de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo el sistema de selección abreviada, sistematizó las causales de contratación directa y dispuso que las entidades estatales que no estén obligadas a aplicar el Estatuto General de Contratación Pública deben, en todo caso, respetar y aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y estarán sometidas al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades establecido para la contratación estatal. Así, en el concepto 1974 del 26 de noviembre de 2009, la Sala manifestó, sobre este punto: “La expresión ‘contratación directa’, contiene el elemento objetivo de la prohibición, entendido como cualquier mecanismo de escogencia o selección del contratista en el que se prescindiera de un procedimiento público de escogencia, como la licitación pública, (sic) el concurso de méritos, la modalidad de selección abreviada prevista en la ley 1150 de 2007, o cualquier otro similar establecida por la ley”. (...) junto con la evolución de la normatividad sobre la contratación pública y el afinamiento de los criterios doctrinales de la Sala, producto de las múltiples y variadas consultas recibidas sobre la Ley 996 de 2005, se ha llegado a depurar el concepto de “contratación directa”, para estos efectos, precisando que, aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación distinto de la licitación pública, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado, ha establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes. Así, la Sala ratifica en esta oportunidad que, para los efectos de la “Ley de Garantías Electorales” y, especialmente, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes. Finalmente la Sala aclara, en esta ocasión, que la prohibición temporal a la contratación directa impuesta por la norma citada incluye tanto la celebración o suscripción del contrato proveniente de este mecanismo de selección, como el proceso en sí mismo. Por lo tanto, durante la época en que rige esta restricción, las entidades y los organismos del Estado no deben abstenerse solamente de suscribir contratos originados en este procedimiento de selección, sino también de iniciar o continuar, según el caso, este tipo de procesos de selección.

FUENTE FORMAL: LEY 996 DE 2005

PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Concepto / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Régimen contractual / EXPLORACIÓN, INTERVENCIÓN, APROVECHAMIENTO ECONÓMICO Y PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Uso del mecanismo de la Asociación Público Privada APP

Con base en lo dispuesto en los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política, entre otros, el Congreso de la República expidió la Ley 1675 de 2013, cuyo objeto consiste en “establecer las condiciones para proteger, visibilizar y recuperar el Patrimonio Cultural Sumergido, establecido en el artículo 2o de la presente ley, así como ejercer soberanía y generar conocimiento científico sobre el mismo” (artículo 1º). El artículo 2º ibidem define el “patrimonio cultural sumergido” como “todos aquellos bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas delimitadas por líneas de base. Hacen parte de este patrimonio los restos orgánicos e inorgánicos, los asentamientos, cementerios y toda evidencia física de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves o artefactos navales y su dotación, sus restos o partes, dotaciones o elementos yacentes dentro de estas, cualquiera que sea su naturaleza o estado, y cualquiera sea la causa de la inmersión, hundimiento, naufragio o echazón”, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 397 de 1997. (...) El procedimiento de selección que debe utilizar el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, cuando decida contratar con particulares cualesquiera de las actividades descritas en el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013, en relación con el “patrimonio cultural sumergido”, es, en principio, el de la licitación pública, regulado en la Ley 80 de 1993. Esto, además, lo ratifica indirectamente el artículo 13 ibidem, cuando dispone: “ARTÍCULO 13. Procedimientos contractuales. El régimen contractual relacionado con el Patrimonio Cultural Sumergido, además de lo previsto en la Ley 80 de 1993, o las normas que la sustituyan o modifiquen, deberá observar procedimientos internacionalmente aceptados para acometer los trabajos de alta especificidad técnica de que trata la presente ley”. No obstante, el artículo 17 de la misma ley también permite expresamente que, para estos fines, se estructuren proyectos de asociación público privada, conforme a la Ley 1508 de 2012, especialmente cuando la iniciativa del proyecto científico y cultural provenga de un particular, nacional o extranjero. (...) La Ley 1675 y su reglamentación facultan expresamente a la Nación, por intermedio del Ministerio de Cultura, para utilizar el mecanismo de las asociaciones público privadas (APP), con el fin de contratar las actividades de exploración, intervención, aprovechamiento económico y preservación, o cualquiera de ellas, del “patrimonio cultural sumergido”, para lo cual remiten a la normatividad especial que regula dichos esquemas de negocio, que es la Ley 1508 de 2012 y aquellas que la han modificado o adicionado, junto con sus decretos reglamentarios. La aplicación de tales disposiciones a esta clase de APP, en todo lo no previsto de forma especial en el régimen del “patrimonio cultural sumergido”, fue ratificada por el artículo 2.7.3.8 del Decreto 1080 de 2015:

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 63 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 70 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 72 / LEY 1675 DE 2013 – ARTICULO 4 / LEY 1508 DE 2012 / DECRETO 1080 DE 2015 – ARTICULO 2.7.3.2 / DECRETO 1080 DE 2015 – ARTICULO 2.7.3.3

ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA, APP – Modalidades / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APP – Procedimiento para su realización cuando son de iniciativa privada / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APP – Procedimiento para su realización cuando son de iniciativa pública

La Ley 1508 de 2012 establece la posibilidad de estructurar dos (2) modalidades principales de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada. Sin embargo, dado que en cualquiera de las anteriores puede haber o no aporte de recursos públicos, las modalidades de asociación público privada que pueden utilizarse en nuestro país son realmente cuatro (4), a saber: (i) APP de iniciativa pública sin aporte de recursos públicos; (ii) APP de iniciativa pública con aporte de recursos públicos; (iii) APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos, y (iv) APP de iniciativa privada con aporte de recursos públicos. Para los proyectos de asociación pública privada de iniciativa pública, con o sin aportes del Estado, el artículo 9º de la Ley 1508 prescribe que el procedimiento de selección será el establecido en dicha ley, “y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública”. Con base en esta norma legal, el artículo 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015, que subrogó el artículo 12 del Decreto 1467 de 2012, dispuso: “Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen”. Vale la pena mencionar que el artículo 10º de la Ley 1508 permite utilizar, para esta clase de APP, un sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento, conforme al cual “se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección”.

FUENTE FORMAL: LEY 1508 DE 2012 – ARTICULO 9 / LEY 1508 DE 2012 – ARTICULO 10 / DECRETO 1082 DE 2015 – ARTICULO 2.2.2.1.4.1 / DECRETO 1082 DE 2015 – ARTICULO 2.2.2.1.5.6.

ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA, APP – Etapas para la celebración del contrato / ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA, APP – Estructuración y proceso de selección

La celebración de un contrato para instrumentar un proyecto de APP implica la necesidad de llevar a cabo dos grandes procesos: (i) estructuración del proyecto y (ii) selección del contratista. La estructuración del proyecto se refiere a la realización de todos los estudios, pruebas e investigaciones científicas, técnicas, económicas, financieras, sociales y jurídicas que se requieran para determinar la viabilidad del proyecto, es decir, la posibilidad real de ejecutarlo, así como la obtención de los permisos, autorizaciones o licencias exigidas, y la elaboración de un modelo teórico, pero suficientemente detallado del proyecto, que incluya todos los componentes jurídicos, financieros, sociales, técnicos y ambientales, la metodología de ejecución, los costos estimados, las etapas y los plazos previsibles para su realización, los materiales, equipos y mano de obra requeridos, los planos y diseños y, en fin, todos los componentes o elementos que resulten necesarios para acometer materialmente el proyecto por parte del mismo originador (en el caso de las APP de iniciativa privada) o de un tercero. Este proceso se subdivide en dos grandes etapas: a) pre-factibilidad y b) factibilidad, según el grado de completitud, detalle y precisión de los estudios y diseños y, en

general, de la información necesaria para ejecutar el proyecto. Vale la pena aclarar que en las asociaciones público privadas de iniciativa pública, el proceso de estructuración lo realiza íntegramente la entidad pública interesada, ya sea directamente o bien, como ocurre frecuentemente, mediante terceros contratados para la elaboración de los estudios, investigaciones, ensayos, diseños y modelos requeridos. Por el contrario, en las APP de iniciativa privada, la estructuración del proyecto la realiza el originador, a su cuenta y riesgo, aunque, a partir de la presentación del proyecto en fase de pre-factibilidad, tiene la carga de atender las inquietudes, recomendaciones y solicitudes de corrección, aclaración o complementación que le formule la entidad estatal, en aras de obtener la viabilidad del proyecto. (...) Ahora bien, una vez terminada la fase de factibilidad; revisados y aprobados los estudios, diseños y modelos respectivos por parte de la entidad pública interesada, y establecido por parte de esta que el proyecto de APP resulta, no solamente viable (desde el punto de vista técnico, social, legal, económico y ambiental), sino también necesario o conveniente para el interés público y, en particular, para la realización de los fines, planes, objetivos y funciones de dicha entidad, empieza el proceso de contratación propiamente dicho, es decir, el conjunto de etapas, actividades y decisiones tendientes a lograr que el Estado contrate a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que se encargará de ejecutar el proyecto, de acuerdo con las reglas que rigen las asociaciones público privadas y las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En este punto, debe distinguirse entre (i) las asociaciones público privadas de iniciativa pública y las APP de iniciativa privada que requieren el desembolso de recursos públicos, por una parte, y (ii) las asociaciones público privadas de iniciativa privada que no exigen el aporte de recursos públicos, por otra parte, ya que la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015 establecen procedimientos de selección distintos para cada uno de estos dos grupos. En efecto, para el primer conjunto, es decir, las APP de origen público y las APP de origen privado que requieren el desembolso de dineros oficiales, la Ley 1508 y el decreto reglamentario determinan, sin ambages, que el sistema de selección a utilizar es el de licitación pública, con algunas particularidades. No ocurre lo mismo con las asociaciones público privadas de origen privado que no exigen el aporte de recursos del Estado, para las cuales la normatividad citada establece un procedimiento de contratación especial, que coincide, parcial y eventualmente, con el de selección abreviada previsto en la Ley 1150 de 2017.

FUENTE FORMAL: LEY 1508 DE 2012

ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA, APP – Estructuración y proceso de selección en las APP de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos / ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA, APP – Diferencias con el mecanismo de selección abreviada

De lo dispuesto literalmente por los artículos 20 de la Ley 1508 de 2012 y 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, podría entenderse, en principio, que en esta clase de APP, el proceso de selección solo principia después de vencido el plazo previsto en el artículo 19 de la Ley 1508, si dentro de dicho plazo se presentan terceros que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones acordadas entre la entidad pública y el originador. Sin embargo, un análisis más profundo de la cuestión permite concluir que el proceso de selección o, en términos más genéricos, el proceso de contratación se inicia realmente antes, cuando la entidad estatal decide publicar en el SECOP el acuerdo al que ha llegado con el originador, los estudios, la minuta de contrato y sus anexos, por un término de dos (2) meses, prorrogable por otros cuatro (4), en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.11 del

Decreto 1082 de 2015, pues es, a partir de ese momento, que la entidad pública oficializa su interés en contratar la ejecución del proyecto con quien resulte seleccionado, ya sea el originador o un tercero, y que las demás personas, distintas del originador, que se crean en condiciones de acometer el proyecto, pueden manifestar formalmente su interés en hacerlo, asumiendo desde ese instante compromisos frente a la entidad estatal y frente al originador (en este último caso, de reembolsarle el valor de los estudios realizados, en caso de resultar adjudicatarios). Tan cierto es lo anterior, que el artículo 20 de la Ley 1508 y el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015 disponen que los terceros que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, deben entregar una garantía para asegurar la seriedad de su ofrecimiento, “por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto” y acreditar “su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos”, lo cual demuestra que dicha “manifestación de interés” no consiste simplemente en la expresión de una intención difusa o de una posibilidad teórica, sino en la manifestación seria de su voluntad de presentar una oferta, a partir de la cual dichos terceros quedan oficialmente vinculados al proceso de selección. A este respecto, la Sala resalta lo dispuesto por el artículo 2.2.2.1.5.9 del Decreto 1082 de 2015, que establece el plazo dentro del cual la entidad estatal que tramite un proyecto de APP de iniciativa privada debe iniciar el proceso de contratación. Dicha norma estatuye que, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación, a que se refiere el artículo 2.2.2.1.6.2 del mismo decreto, “la entidad estatal competente dará apertura a la licitación pública, cuando se trate de iniciativas privadas que requieran desembolsos de recursos públicos, o realizará la publicación en el SECOP de la información establecida en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos” (se subraya), lo cual confirma que en las APP de iniciativa privada, sin aporte de recursos públicos, el inicio del respectivo proceso de contratación se da con la publicación de la información y la documentación pertinentes en el SECOP, lo cual equivale a la apertura de la licitación pública en las asociaciones público privadas de iniciativa pública y en las APP de origen privado que demandan el desembolso de recursos estatales. Destaca la Sala que, aun cuando este procedimiento puede dar lugar a la conformación de una lista de precalificados y, con base en ella, a que se utilice “la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación” (se resalta), como lo preceptúa el artículo 20, inciso 2º, de la Ley 1508 de 2012, el proceso que se lleva a cabo en este caso no corresponde exactamente al de “selección abreviada”, descrito y regulado en la Ley 1150 de 2007, como pudiera creerse a simple vista, sino que se trata de un procedimiento especial, previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1082 de 2015, que empieza, como se indicó, con la publicación de la información y los documentos en el SECOP, a que se refiere el artículo 19 de la mencionada ley. (...) La Sala hace notar que, tanto en la norma legal (artículo 2º de la Ley 1150) como en la reglamentación, la preselección de los participantes no es un paso anterior a la apertura del procedimiento de contratación denominado “selección abreviada de menor cuantía”, sino que es una etapa de dicho proceso, tendiente a seleccionar el respectivo contratista, que opera como una especie de filtro inicial, para determinar el listado de los participantes que podrán presentar efectivamente ofertas.

FUENTE FORMAL: LEY 1508 DE 2012

ESTRUCTURACIÓN Y SELECCIÓN DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, APP – Principios de publicidad y transparencia

Con el ánimo de obtener la mayor participación posible de terceros interesados, y en desarrollo de los principios de publicidad y transparencia, la Ley 1508 y su decreto reglamentario establecen la imperiosa necesidad de dar suficiente publicidad a la iniciativa de asociación público privada planteada por el originador, así como a la posición de la entidad estatal en relación con la misma, manteniendo en reserva solamente “el modelo financiero estatal” y “los análisis financieros que realice la entidad estatal competente en la evaluación del proyecto”. Para tal efecto, la normatividad mencionada establece los siguientes mecanismos: (i) la realización de una audiencia pública, durante la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad, para lograr la participación de las autoridades y los terceros interesados, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.1.5.6, numeral 1º, del Decreto Reglamentario 1082 de 2015; (ii) la obligación de publicar en el SECOP la información y la documentación principal sobre la iniciativa privada, la estructuración del respectivo proyecto y las condiciones de ejecución del mismo, una vez superada la etapa de factibilidad; (iii) la inscripción de la iniciativa en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas, y (iv) la publicación de la información y de los documentos respectivos en la página de internet de la entidad pública interesada en contratar. Lo anterior, además de desarrollar los principios de publicidad, transparencia, planeación, moralidad e imparcialidad, entre otros, que deben regir la actividad contractual del Estado y, en general, la función administrativa, busca lograr que, mediante una convocatoria pública, participe la mayor cantidad posible de personas interesadas en ejecutar el proyecto de APP, aun en aquellos eventos en los que la iniciativa no surja del Estado, sino de un particular que esté interesado en realizar el proyecto y cuente con la suficiente información y capacidad técnica y financiera para ello. Si bien resulta evidente que en las APP de iniciativa privada, el originador tiene una ventaja importante sobre los otros interesados y potenciales participantes, pues dicho originador es el que tiene la información más completa y detallada sobre el proyecto a ejecutar, y presumiblemente cuenta con los suficientes recursos, experiencia, conocimientos e infraestructura para materializarlo, el legislador colombiano (a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes) quiso otorgar a terceros la posibilidad de participar en este tipo de proyectos, con el fin de dar opciones a la entidad pública contratante y mejorar eventualmente su posición negociadora, para la cual trató de establecer un difícil equilibrio entre: (i) la necesidad de reconocer y estimular la iniciativa y el esfuerzo técnico y económico desplegado por el originador, y (ii) la participación de terceros en el proceso de contratación. Esta intención del legislador fue clara y explícita desde la presentación del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1508 de 2012, documento en el cual se incluían normas similares a las actuales en relación con las APP de iniciativa privada. (...) Merece la pena comentar que el principio de publicidad en esta clase de procesos contractuales aparece doblemente reforzado por la Ley 1675 de 2013, cuando se trata de negocios cuyo objeto se refiera a las actividades que pueden realizarse sobre el “patrimonio cultural sumergido”.

FUENTE FORMAL: LEY 1508 DE 2012 / LEY 1675 DE 2013

ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA, APP – Estructuración y proceso de selección. Diferencias con la contratación directa

Lo explicado hasta este punto permite descartar que el proceso de selección que se realice para escoger el contratista y celebrar el contrato que instrumente un proyecto de asociación público privada, pueda ser calificado como “contratación directa”, ni siquiera en el caso de las APP de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos. En efecto, ni la ley lo califica de esa forma, ni tampoco reúne

las condiciones esenciales para que pudiera tipificarse dentro de esa forma de contratación, según lo explicado en el acápite inicial de este concepto, pues en dicho proceso de selección existen: (i) convocatoria pública y (ii) la posibilidad de que participen pluralidad de oferentes. Lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, en el sentido de que, si transcurrido el plazo de la publicación a que se refiere dicha norma, ningún tercero manifiesta a la entidad estatal competente su interés en ejecutar el proyecto, o se presentan terceros interesados que no cumplan las condiciones exigidas para participar, “se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas” (se resalta), no significa que dicha disposición califique el proceso de selección como una “contratación directa”. Lo que significa es que, agotada esta primera etapa del proceso de selección (en la que hay, como se explicó, convocatoria pública y posibilidad de participación de otros interesados), sin que personas distintas del originador manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, o expresen dicho interés pero no cumplan los requisitos establecidos para participar en la convocatoria, la entidad estatal puede contratar, de una vez, con el respectivo originador. (...) Debe recordarse que en la contratación pública, una cosa es el procedimiento o sistema de selección que se utilice para escoger el potencial contratista, y otra es el resultado de dicho proceso. La “contratación directa” no alude al resultado de los procesos de contratación, sino a un sistema de selección permitido excepcionalmente por la ley, en el que las entidades estatales, desde que abren o inician formalmente el proceso, tienen la clara y expresa intención de contratar con determinada persona natural o jurídica. Esto no significa que en dicho sistema no rija el principio-deber de selección objetiva, pues la entidad estatal no puede escoger el contratista por razones de afecto, afinidad ideológica, religiosa o partidista, familiaridad, compasión, agradecimiento u otras razones de índole personal o subjetivo, sino exclusivamente por motivos de interés público objetivos, demostrables y debidamente justificados, y con fundamento en los estudios y análisis previos que se hayan realizado durante la fase de planeación, todo lo cual se refiere, no solo a la escogencia del sistema de contratación, sino también a la consideración misma de la persona natural o jurídica que deba ser contratista. Por el contrario, no puede decirse que un proceso de selección que se inicie y se lleve a cabo en la modalidad de licitación pública, de selección abreviada o de concurso de méritos, o cualquier otra en la que exista convocatoria pública y posibilidad de participación de varios oferentes, se transforme en un proceso de contratación directa, por el simple hecho de que participe un solo (1) proponente, o que participen varios, pero que solo sea posible adjudicar el contrato a un oferente, debido a que los otros participantes, o las propuestas entregadas por ellos, no cumplan los requisitos de elegibilidad y, en general, los requisitos esenciales definidos por la entidad contratante en los pliegos de condiciones, en la invitación o en el documento que haya servido de apertura al proceso de contratación. En este punto, vale la pena recordar que en un proceso de contratación que se realice en la modalidad de licitación pública, o en las otras modalidades competitivas de selección que permite el Estatuto General de Contratación Pública (distintas, por lo tanto, de la contratación directa), puede adjudicarse el contrato al único proponente que haya participado, tal como lo dispone el artículo 2.2.1.1.2.2.2.6 del Decreto 1082 de 2015, sin que esto convierta el proceso en una “contratación directa”:

LEY DE GARANTIAS ELECTORALES – Autoriza la estructuración y proceso de selección en las asociaciones público privadas APP / ESTRUCTURACIÓN Y SELECCIÓN DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, APP – No se restringen en vigencia de la Ley de Garantías Electorales / ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA PARA LA INTERVENCION, APROVECHAMIENTO ECONÓMICO, PRESERVACIÓN Y DIVULGACIÓN DEL GALEÓN SAN JOSÉ

La Ley 1675 de 2013 permite que las actividades relacionadas con el “patrimonio cultural sumergido” (definidas en su artículo 4º) sean efectuadas directamente por el Estado, o sean contratadas por este con terceros, nacionales o extranjeros, caso en el cual debe utilizar, por regla general, el procedimiento de licitación pública, regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, la misma ley permite expresamente (artículo 17) que el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, contrate dichas actividades, “de conformidad con la Ley 1508 de 2012”, es decir, mediante la estructuración y desarrollo de asociaciones público privadas (APP). En este caso, las reglas de estructuración, los procesos de selección, el contenido del contrato y su ejecución, entre otros aspectos, deben regirse por lo dispuesto en dicha ley y sus decretos reglamentarios, con las particularidades y reglas especiales contenidas en la Ley 1675. En esa medida, la Sala observa que la “contratación directa” no está prevista en la Ley 1508 de 2012 como sistema de selección del contratista que haya de emprender la ejecución de un proyecto de APP, ni siquiera cuando este sea de iniciativa privada y no requiera el desembolso de recursos públicos. Por el contrario, la Sala constata que, tal como están reguladas las asociaciones público privadas en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, tanto las de iniciativa pública como aquellas que surgen de la iniciativa privada (con o sin aportes del Estado), los procesos de selección que deben utilizarse en cada caso involucran: a) convocatoria pública y b) la posibilidad de que participen varios oferentes. El hecho de que en una APP de iniciativa privada y sin aporte de recursos públicos se contrate con el originador, debido a que, dentro del plazo legalmente establecido, no se presenten terceros que manifiesten su interés en realizar el proyecto, o se presenten, pero no cumplan los requisitos exigidos por la entidad estatal, no significa que el proceso de selección que se lleve a cabo se convierta en uno de “contratación directa”. Finalmente, de lo anterior se colige que, bajo la Ley 996 de 2005, no está prohibida la iniciación, estructuración y contratación de proyectos en la modalidad de asociaciones público privadas (APP). En el caso concreto de la consulta, la Sala observa que se trata de un proyecto de asociación público privada (APP) de iniciativa privada, sin desembolso de recursos del Estado, que empezó a estructurarse desde el año 2015 y cuyo objeto consiste, según la información enviada por el Ministerio de Cultura, en realizar las actividades de “intervención, aprovechamiento económico, preservación y divulgación del hallazgo (galeón San José) por parte del concesionario; así como el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública asociada, la cual se compone de un laboratorio para la conservación de materiales y un museo que permita la divulgación y apropiación del patrimonio cultural de la Nación”. Según lo señalado en la consulta, ya se realizó todo el proceso de estructuración del proyecto, en sus fases de pre-factibilidad y factibilidad, cuyos estudios fueron revisados y aprobados por el Ministerio de Cultura, y se llegó a un acuerdo con el originador. En la actualidad, se desarrolla el proceso de selección del contratista, según lo explicado en el acápite anterior, en el cual participa el mismo originador. En este contexto, la consulta recae sobre la eventual interpretación de que el proceso de selección que se realiza constituya una contratación directa y que, por ende, no pueda continuarse, ni suscribirse el contrato resultante, durante el período de veda impuesto por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, especialmente en el evento de que no se presenten terceros interesados que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, o se presenten manifestaciones de interés provenientes de terceros que no cumplan los requisitos exigidos por el Ministerio de Cultura. Los argumentos expuestos detalladamente en los acápites anteriores, así como lo indicado en las conclusiones generales de esta parte del concepto, permiten concluir claramente, sin necesidad de explicaciones adicionales, que el proceso de selección que lleva

a cabo el Ministerio de Cultura, independientemente de su resultado, no corresponde al sistema de “contratación directa”, por lo que no está prohibido continuarlo, ni suscribir el contrato respectivo, durante la época de la restricción establecida por la “Ley de Garantías Electorales”.

FUENTE FORMAL: LEY 1508 DE 2012 / LEY 996 DE 2005 – ARTICULO 33

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00095-00(2382)

Actor: MINISTERIO DE CULTURA

La Ministra de Cultura ha elevado a la Sala una consulta relacionada con la aplicación de la prohibición a la contratación directa, contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005¹, frente a la eventual adjudicación y suscripción del contrato que instrumente el proyecto de asociación público privada (APP) que se tramita, relacionado con el galeón San José.

I. ANTECEDENTES

En primer lugar, la ministra solicita a la Sala dar la mayor celeridad y prioridad posible a esta consulta, dado que se trata de un asunto que ha sido calificado como “*de Estado*” por el señor Presidente de la República. Además, señala que la Procuraduría General de la Nación ha formulado observaciones en el curso de la “vigilancia preventiva” que ejerce sobre este proceso, y que existe, en la actualidad, una convocatoria pública que se cerrará en los próximos días, para la cual considera “*trascendental el concepto que en este escrito se solicita*”.

Como antecedentes principales, la funcionaria consultante informa que el Ministerio de Cultura viene llevando a cabo, desde el año 2015, una “*Asociación Público Privada de iniciativa privada, sin desembolso de recursos públicos, para el desarrollo del proyecto científico del Galeón San José*”, en los términos del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012².

¹ “Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”.

² “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

Asimismo, menciona que, en desarrollo de dicha iniciativa, se han cumplido ya las etapas de pre-factibilidad y factibilidad, y que esta última culminó el pasado 7 de marzo, con la aprobación del estudio de factibilidad y el acuerdo sobre las condiciones del proyecto, con el originador.

Igualmente, indica que ya se realizaron las actividades de divulgación de la futura APP y su inscripción en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas, RUAPP, que administra el Departamento Nacional de Planeación, y se celebró una audiencia pública para la presentación del proyecto, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 15 y 16 de la Ley 1508 de 2012 y las normas pertinentes del Decreto 1082 de 2015³.

De la misma manera, comenta que, en desarrollo de lo prescrito por el artículo 19 de la Ley 1508, el Ministerio de Cultura publicó los términos iniciales del acuerdo en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, incluyendo los estudios y la minuta de contrato, con sus anexos, así como las condiciones que deben cumplir los eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto.

En este punto, la ministra comenta que, conforme a la norma citada, podrían ocurrir tres (3) eventualidades: (i) que no se reciba manifestación de interés alguna por parte de terceros; (ii) que se presenten oportunamente interesados que cumplan las condiciones para ejecutar el proyecto, y (iii) que acudan terceros interesados, pero no cumplan las condiciones para participar en el proyecto.

Asimismo, recuerda que, según el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, si una vez efectuada la convocatoria pública, se presentan, dentro del plazo establecido, interesados que cumplan las condiciones para ejecutar el proyecto, se abrirá un proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para seleccionar al contratista, entre el originador y los terceros interesados que hayan aportado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones exigidas para la ejecución del proyecto.

Por el contrario, en caso de que no se presenten interesados, o ninguno de los que se presente cumpla las condiciones requeridas, se celebrará el contrato que instrumente el proyecto de APP, con el originador.

A este respecto, la ministra observa que la norma citada no hace referencia al mecanismo de selección denominado “contratación directa”, sino al hecho de que, si luego de efectuada la convocatoria pública, no se reciben manifestaciones de interés o las que se reciben no cumplen los requisitos exigidos, la entidad estatal puede contratar con el originador en forma inmediata.

Igualmente, en la consulta se resalta que este procedimiento inicia con una convocatoria pública y termina con la suscripción del contrato, mecanismo de selección previsto en la Ley 1508 de 2012, que no coincide exactamente con ninguno de los procedimientos de selección previstos en las Leyes 80 de 1993⁴ y 1150 de 2007⁵.

³ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional”.

⁴ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

⁵ “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”.

Menciona la funcionaria consultante que si quisiera hacerse un símil entre lo dispuesto por la Ley 1508, para este tipo de asociaciones público privadas, y los procedimientos ordinarios de selección previstos en la Ley 80, sería como si, luego de efectuada una licitación pública, se presentara en ella un solo oferente, caso en el cual podría suscribirse el contrato (aun durante las restricciones de la “Ley de Garantías Electorales”), pues no se trataría de una contratación directa.

Finalmente, la Ministra de Cultura advierte que, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias citadas, el vencimiento del plazo para que se presenten manifestaciones de interés por parte de terceros, en la APP a la cual se refiere esta consulta, se dará dentro del término de la prohibición a la contratación directa, previsto en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

En atención a las consideraciones anteriores, se formula a la Sala la siguiente **PREGUNTA:**

“La suscripción del contrato de asociación público privada con el originador, en el evento de no presentarse ninguna manifestación de interés a la convocatoria pública realizada por el Ministerio de Cultura o de presentarse manifestaciones de interés que no cumplen los requisitos para ejecutar el proyecto, implica realizar una contratación directa que supondría la transgresión al artículo 33 de la Ley 996 de 2005?”

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta al interrogante planteado, la Sala estudiará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) la prohibición de la contratación directa en la Ley 996 de 2005; (ii) la contratación de las actividades relacionadas con el “patrimonio cultural sumergido”; (iii) las asociaciones público privadas, APP, -procedimiento para la realización de APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos-, y (iv) conclusiones generales y análisis del caso concreto.

A. La prohibición de la contratación directa en la Ley 996 de 2005

En múltiples ocasiones, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido al origen, al contexto, a la finalidad, a la estructura, al contenido y a cada una de las prohibiciones, limitaciones y restricciones impuesta por la Ley (estatutaria) 996 de 2005, conocida como “Ley de Garantías Electorales”, incluyendo sus elementos temporales, subjetivos y objetivos o materiales, así como a las excepciones previstas en la misma ley⁶.

En relación con tales aspectos, la Sala remite a lo manifestado en los conceptos citados, en aras de la brevedad y concisión que exige esta consulta.

⁶ Sobre esta materia, pueden consultarse, entre otros, los siguientes conceptos de la Sala: 1706 del 15 de diciembre de 2015, 1712 del 2 de febrero de 2006 (con aclaración), 1717 del 17 de febrero de 2006, 1720, 1724, 1725 y 1727 del 20 de febrero de 2006, 1731 del 14 de marzo de 2006, 1738 del 6 de abril de 2006, 1839 del 26 de julio de 2007, 1845 y 1846 del 4 de septiembre de 2007, 1863 del 15 de noviembre de 2007, 1974 del 26 de noviembre de 2009 (con aclaración de voto), 1985 del 18 de febrero de 2010, 1990 y 1993 del 25 de marzo de 2010, 2011 del 10 de junio de 2010, 2166 del 24 de julio de 2013, 2168 del 2 de septiembre de 2013, 2182 del 12 de diciembre de 2013, 2191 del 3 de diciembre de 2013, 2207 del 1 de abril de 2014, 2212 del 21 de mayo de 2014, 2265 del 10 de septiembre de 2015 y 2269 del 17 de septiembre de 2015.

Con respecto a la prohibición de la contratación directa, en particular, vale la pena recordar que el Capítulo VII de la Ley 996, bajo el título de “REGULACIONES ESPECIALES DURANTE LA CAMPAÑA PRESIDENCIAL”, contiene una serie de prohibiciones, restricciones y limitaciones aplicables a la actividad de las entidades y organismos del Estado, así como a la conducta de los servidores públicos, durante cierto tiempo anterior a la elección presidencial. Dentro de tales prohibiciones está la contenida en el artículo 33, que dispone:

“Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.”

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias”. (Se resalta).

La Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del respectivo proyecto de ley estatutaria, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 153⁷ y 241, numeral 8⁸, de la Carta Política, mediante la sentencia C-1153 de 2005⁹, declaró exequible, en forma condicionada, el artículo 32 (relacionado con la restricción para la vinculación de personal a la nómina estatal), “bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el artículo 9º.” Y en relación con el artículo 33, expresó lo siguiente:

“Igual apreciación se aplica a la restricción de contratación directa por parte de los entes del Estado consagrada en el artículo 33 y a sus excepciones –idénticas a las del artículo 32-. En esa medida, la Sala las encuentra exequibles.

No obstante, la expresión “adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración” es demasiado amplia y, por su considerable indeterminación semántica, termina permitiendo incluir numerosas excepciones que desdibujarían la prohibición original. En esta medida, no se conseguiría la garantía pretendida.

Lo inaplazable e imprescindible son conceptos sometidos a una indeterminación de carácter evaluativo que deriva en que aquello que es impostergable o no prescindible para un sujeto puede no serlo para otro, según su perspectiva. Lo mismo sucede con la expresión normal funcionamiento. La determinación del estado

⁷ “Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla”.

⁸ “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

(...)”.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, expediente PE-024.

de normalidad o anormalidad del funcionamiento de la administración puede oscilar ampliamente.

Por otra parte, para que la garantía sea plena, se hace necesario que la prohibición se aplique para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos manifiesten el interés previsto en el artículo 9°.

Lo anterior lleva a la Sala a declarar la exequibilidad del artículo, con el condicionamiento arriba señalado, a excepción de la expresión arriba citada de manera textual.”

Observa la Sala que el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua (artículo 197 de la Carta Política).

En relación con la prohibición de la contratación directa durante la época indicada por el artículo 33 de la “Ley de Garantías Electores”, vale la pena transcribir lo manifestado por la Sala de Consulta en el concepto 2168 de 2013:

“2. Las restricciones en materia de contratación pública durante la campaña presidencial

En concordancia con el alcance general que trazó el legislador desde la exposición de motivos del proyecto de ley 216 Senado, en la que afirmó que “es claro que en una campaña electoral en la cual el Presidente en ejercicio aparezca como candidato, deben ofrecerse todas las garantías de igualdad posible entre candidatos, y por ello la figura de la reelección presidencial debe ir acompañada de previsiones suficientes que eviten cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección,”¹⁰ se fijó el objeto de ley 996... y se contemplaron una serie de prohibiciones y restricciones dentro de las cuales se encuentra la proscripción de la contratación directa durante la campaña electoral...

Ahora bien, teniendo en cuenta que la contratación pública es uno de los principales instrumentos del Estado para el cumplimiento de sus fines y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados¹¹, y una actividad transversal que permite a todas las entidades estatales el cumplimiento de su misión y funciones, advierte la Sala que no solo para periodos electorales o preelectorales se ha considerado necesario proscribir cualquier forma de contratación que busque favorecer partidos o candidatos políticos, sino que, ordinariamente, esta práctica se sanciona, por una parte, con la declaratoria de nulidad absoluta que hace la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de los contratos que así se celebren (arts. 44 y 45 de la Ley 80 de 1993), y por otra, con sanciones de tipo disciplinario, patrimonial y penal para quienes así contraten.

Resulta importante entonces recordar, que lo que se impone en la gestión contractual, como regla general, son los procesos de selección de carácter abierto, públicos, imparciales, transparentes y objetivos, razón por la cual el legislador ha previsto que la contratación directa sea un mecanismo de selección de carácter excepcional. En ese sentido, solo es posible acudir a la modalidad de contratación

¹⁰ “[16] Gaceta del Congreso No 71 de marzo 2 de 2005, pág. 14”.

¹¹ “[18] Ley 80 de 1993.- Artículo 3. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales (...).”

directa, bajo las causales establecidas en los diferentes literales del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007¹², y a partir del 15 de agosto de 2013 se deberá atender las reglas dispuestas en el capítulo IV del decreto 1510 de 2013...

No obstante estas previsiones legales, la ley 996 de 2005 fue mucho más allá y en procura de la igualdad entre los candidatos, extremó las garantías en materia de contratación, al punto de impedir de por sí la utilización del mecanismo de contratación directa, de forma que no exista siquiera sospecha de que por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos.

(...)

Ahora bien, de la lectura detenida del artículo 33 de la ley 996 de 2005 se destacan las siguientes notas especiales de la restricción:

(i) Los límites temporales de la restricción

La ley 996 de 2005, como se ha señalado en otros pronunciamientos de esta Sala, a partir de su expedición y durante el período electoral que regula, suspende temporalmente las normas ordinarias y especiales de contratación, de manera que el régimen que prevalece sobre la materia es el consagrado en esta, dado su carácter de ley estatutaria¹³.

Como se observa el término que estableció el artículo 33 de la ley 996 de 2005 para que sea aplicable la restricción a la contratación pública a todos los entes del Estado fue de cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta.

No obstante, la Corte Constitucional al ejercer el control previo y automático de constitucionalidad sobre el entonces proyecto de ley estatutaria número 216 Senado y 235 de la Cámara que devino en la ley 996 de 2005, declaró la constitucionalidad

¹² “[19] Numeral 4, Artículo 2, Ley 1150 de 2007. ‘4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) Modificado por el art. 92, Ley 1474 de 2011, Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.

Modificado por el art. 95, Ley 1474 de 2011. En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

(...)

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;

d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;

e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;

g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

(...).”

¹³ “[22] Al respecto ver el concepto 1725 de 20 de febrero de 2006 del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil”.

del artículo 33 en el entendido de que la prohibición a que se refiere esta disposición se hace efectiva, únicamente, para el Presidente o el Vicepresidente de la República desde que manifiestan el interés de presentarse como candidatos, esto es, seis meses antes de la votación en primera vuelta, según el artículo 9 ibídem.¹⁴

Esta limitación temporal a la contratación directa durante la campaña presidencial... requiere que los órganos y entidades que tengan capacidad contractual planifiquen su gestión contractual con suficiente antelación a los periodos de elección presidencial, de forma que no se vea afectada la función administrativa en razón de la restricción impuesta por la ley estatutaria.

(ii) Los sujetos destinatarios de la prohibición

El artículo 33 de la ley 996 hace referencia expresa a los destinatarios de la prohibición, señalando que son “todos los entes del Estado” expresión que envuelve a los diferentes organismos o entidades autorizadas por la ley para suscribir contratos.

El vocablo “todos” que utilizó el legislador, comprende, en consecuencia, sin distinción del “régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía”¹⁵, a la totalidad de los entes del Estado. Es decir, la prohibición cobija a cualquier ente público que eventualmente pueda a través de la contratación directa romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a las elecciones presidenciales.

(iii) El objeto de la prohibición

El ámbito material de la prohibición contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005 está delimitado por la expresión “queda prohibida la contratación directa”.

*La contratación directa es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden contratar mediante un trámite simplificado, ágil y expedito sin necesidad de realizar previamente un proceso de licitación pública o concurso, únicamente en los casos en que expresa y taxativamente señale la ley (numeral 4, artículo 2, ley 1150 de 2007...), y cumpliendo siempre los principios que rigen la contratación pública*¹⁶.

*Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado “contratación directa” es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cual (sic) otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso*¹⁷. *Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, siendo estas, la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada, razón por la cual en ese periodo preelectoral de que trata de (sic) la disposición pueden las entidades públicas seguir contratando bajo estos sistemas.*

Así mismo, recuerda la Sala que la contratación que realicen bajo las restricciones previstas en la ley 996 de 2005, las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán, en virtud del artículo 13 de ley

¹⁴ “[23] Al respecto ver el concepto 2166 de 24 de julio de 2013 del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil”.

¹⁵ “[24] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil”.

¹⁶ “[25] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-

¹⁷ “[26] Al respecto ver el concepto 1712 de 2 de febrero de 2006. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil”.

1150 de 2007, aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, 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.

(iv) Las excepciones aplicables a la restricción de contratación pública

Ahora bien, las únicas excepciones a las disposiciones previstas en la Ley de Garantías se encuentran numeradas taxativamente en el último inciso del artículo 33 de la ley 996 de 2005, dentro de las que se encuentran:

- 1. Lo referente a la defensa y seguridad del Estado;*
 - 2. Los contratos de crédito público;*
 - 3. Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres;*
 - 4. Los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y,*
 - 5. Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.*
- (...)*. (Negrillas del original; subrayas añadidas).

Como se aprecia, en el citado concepto la Sala entendió que la expresión “contratación directa”, a la cual se contrae la prohibición contenida en el artículo 33 de la “Ley de Garantías Electorales”, se refiere, en términos generales, a “*cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes*”, por lo que excluye, entre otros, a los demás sistemas de contratación previstos en la Ley 1150 de 2007, es decir, la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos.

Esta posición fue ratificada luego por la Sala, en los conceptos 2191 del 3 de diciembre de 2013 y 2212 del 21 de mayo de 2014.

Es pertinente aclarar que la Sala, inicialmente, en su doctrina sobre la Ley 996 de 2005, concebía la contratación directa de una forma más amplia, al definirla, de forma negativa o por exclusión y al amparo de la Ley 80 de 1993, como “*cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto [d]el contrato o del órgano que contrata*”¹⁸. Incluso, sostuvo que la expresión “contratación directa” debía entenderse como “*cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993*”¹⁹.

Sin embargo, más adelante, la Sala empezó a delimitar con mayor precisión el alcance del término “contratación directa”, especialmente a raíz de la expedición de la Ley 1150 de 2007 que, entre otras reformas, introdujo el sistema de selección abreviada²⁰, sistematizó las causales de contratación directa²¹ y dispuso que las entidades estatales que no estén obligadas a aplicar el Estatuto General de Contratación Pública deben, en todo caso, respetar y aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1712 del 2 de febrero de 2006.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1727 del 20 de febrero de 2006.

²⁰ Artículo 2.

²¹ *Idem*.

la Constitución Política, y estarán sometidas al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades establecido para la contratación estatal²².

Así, en el concepto 1974 del 26 de noviembre de 2009, la Sala manifestó, sobre este punto: *“La expresión ‘contratación directa’, contiene el elemento objetivo de la prohibición, entendido como cualquier mecanismo de escogencia o selección del contratista en el que se prescindiera de un procedimiento público de escogencia, como la licitación pública, (sic) el concurso de méritos, la modalidad de selección abreviada prevista en la ley 1150 de 2007, o cualquier otro similar establecida por la ley”*. (Resaltamos).

En este mismo concepto, se presentó una aclaración de voto, en la que el Magistrado Enrique José Arboleda Perdomo manifestó:

“La ley 1150 de 2007 en el artículo 2° determinó como “modalidades de selección” del contratista entre otras la de “contratación directa” modalidad de procedimiento de selección que se encuentra regulada por el numeral 4° del citado artículo, y a nivel reglamentario por el decreto 2474 de 2008, en especial los artículos 74 a 83. Con base en esta regulación, el intérprete sabe qué se entiende en el derecho colombiano por “contratación directa.”

Entonces, como la ley 996 no definió lo que se debía entender por contratación directa, debe aplicarse el artículo 23 del Código Civil que ordena tomar como definición la que haya hecho el legislador, que en nuestro caso es el artículo 2° de la ley 1150 de 2007 de 2007...”

De esta forma, junto con la evolución de la normatividad sobre la contratación pública y el afinamiento de los criterios doctrinales de la Sala, producto de las múltiples y variadas consultas recibidas sobre la Ley 996 de 2005, se ha llegado a depurar el concepto de “contratación directa”, para estos efectos, precisando que, aun cuando no coincide única y exactamente con la regulación que de dicho sistema de selección hace el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, tampoco puede afirmarse que sea cualquier procedimiento de contratación *distinto de la licitación pública*, pues esto sería tanto como desconocer que el legislador, no solo en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sino también en leyes especiales e, incluso, en el derecho privado²³, ha establecido sistemas de contratación que implican convocatoria pública y participación de varios oferentes.

Así, la Sala ratifica en esta oportunidad que, para los efectos de la “Ley de Garantías Electorales” y, especialmente, para la prohibición o restricción temporal contenida en su artículo 33, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección o procedimiento de contratación utilizado por las entidades estatales que no incluya la convocatoria pública, en alguna de sus etapas²⁴, ni permita la participación de una pluralidad de oferentes.

Finalmente la Sala aclara, en esta ocasión, que la prohibición temporal a la contratación directa impuesta por la norma citada incluye tanto la celebración o suscripción del contrato proveniente de este mecanismo de selección, como el

²² Artículo 13.

²³ A este respecto, cabe recordar que el artículo 860 del Código de Comercio regula la licitación en el derecho privado.

²⁴ En efecto, vale la pena mencionar que en algunos sistemas de contratación, utilizados por entidades públicas con regímenes especiales, o sujetas al derecho privado, la convocatoria o invitación para contratar puede limitarse a aquellas personas que previamente se hayan inscrito en una lista de precalificados o de simples interesados, o en un determinado registro o banco de datos de proveedores. En estos casos, lo determinante para considerar que dicho sistema no constituye “contratación directa”, es que la convocatoria para inscribirse en forma previa se haga de manera **pública**, y que se permita la participación de una pluralidad de oferentes.

proceso en sí mismo. Por lo tanto, durante la época en que rige esta restricción, las entidades y los organismos del Estado no deben abstenerse solamente de *suscribir* contratos originados en este procedimiento de selección, sino también de iniciar o continuar, según el caso, este tipo de procesos de selección.

B. Contratación de las actividades relacionadas con el “patrimonio cultural sumergido”

Con base en lo dispuesto en los artículos 63²⁵, 70²⁶ y 72²⁷ de la Constitución Política, entre otros, el Congreso de la República expidió la Ley 1675 de 2013²⁸, cuyo objeto consiste en *“establecer las condiciones para proteger, visibilizar y recuperar el Patrimonio Cultural Sumergido, establecido en el artículo 2o de la presente ley, así como ejercer soberanía y generar conocimiento científico sobre el mismo”* (artículo 1º).

El artículo 2º *ibidem* define el “patrimonio cultural sumergido” como *“todos aquellos bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas delimitadas por líneas de base. Hacen parte de este patrimonio los restos orgánicos e inorgánicos, los asentamientos, cementerios y toda evidencia física de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves o artefactos navales y su dotación, sus restos o partes, dotaciones o elementos yacentes dentro de estas, cualquiera que sea su naturaleza o estado, y cualquiera sea la causa de la inmersión, hundimiento, naufragio o echazón”*, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 397 de 1997²⁹.

En sentencia de unificación del 13 de febrero de 2018³⁰, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- se refirió *in extenso* a la evolución de la protección jurídica que se ha dispensado al “patrimonio cultural sumergido”, en el ámbito nacional e internacional. A manera de síntesis, se dijo en dicha providencia:

²⁵ “Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

²⁶ “Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”.

²⁷ “Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”.

²⁸ “Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido”.

²⁹ “Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”. El artículo 6º de esta ley, modificado por el artículo 3º de la Ley 1185 de 2008, define el patrimonio arqueológico de la Nación.

³⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación jurisprudencial del 13 de febrero de 2018, expediente CE-SIJ 25000-23-15-000-2002-02704-01.

“236. A partir del anterior recorrido normativo histórico, se concluye que varios de los objetos que eran considerados inicialmente como «tesoro» y que podían encontrarse en tierra firme o en las profundidades del mar (especies náufragas consideradas erróneamente como tesoros), se distanciaron de ese concepto y tratamiento. En consecuencia, adquirieron una especial protección legal³¹ y constitucional.

237. En efecto, desde antes de la expedición de la actuación administrativa objeto de revisión en este asunto, se les incluyó dentro del concepto de patrimonio histórico de la Nación, el que, si bien inicialmente hacía parte de las «especies náufragas», tenía un tratamiento especial por los tratados internacionales y la legislación interna. Finalmente, estos objetos fueron integrados al concepto autónomo de patrimonio histórico y cultural, y cultural sumergido. Esto es, el corpus iuris inequívocamente indica que son parte del patrimonio de la Nación, y en consecuencia son inalienables, inembargables y no susceptibles de prescripción. Esto permite llegar a las siguientes reglas de interpretación que han de aplicarse al caso sub examine.

- i) El patrimonio cultural y cultural sumergido tiene una protección especial tanto en el ámbito nacional, como en el internacional.*
- ii) Esta protección se remonta a épocas anteriores al inicio de la actuación administrativa objeto de análisis en este asunto.*
- iii) En atención a la especial protección del patrimonio cultural, las normas que lo regulan limitan o desplazan las disposiciones del Código Civil que regulan el «tesoro». Ello en virtud de la prevalencia del interés público.*
- iv) Los bienes que conformen el patrimonio cultural de la Nación no pueden ser considerados «tesoro» por expresa prohibición legal y, en tal virtud, su propiedad no puede ser adquirida por ocupación.³²”.*

Ahora bien, en relación con las actividades que pueden hacerse sobre el “patrimonio cultural sumergido”, el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013 estatuye:

“ARTÍCULO 4. Actividades sobre el patrimonio cultural sumergido. Se autorizan las siguientes actividades, bajo estas definiciones y con estas consideraciones:

- 1. Exploración.** *Toda acción científica, debidamente autorizada, que se desarrolle para buscar y localizar bienes del Patrimonio Cultural Sumergido, cualquiera sea el método que se utilice para ello, bien con buzos, naves (sumergibles o no) o cualquier otro sistema o recurso tecnológico especializado, siempre y cuando no se realice sobre dichos bienes intervención, alteración o modificación de sus condiciones físicas ni del contexto en que se hallen. La entidad o persona autorizada en los términos previstos en esta ley deberá informar al ICANH, al Ministerio de Cultura y a la Dirección General Marítima sobre el resultado de la exploración, y en especial sobre la localización precisa y georreferenciada y sobre las características de los hallazgos. En todos los casos en los cuales se realicen acciones de exploración, la Armada Nacional deberá adelantar labores de vigilancia.*
- 2. Intervención.** *Además de lo señalado en el régimen general del patrimonio arqueológico y para bienes de interés cultural, se considera intervención toda acción científica, debidamente autorizada, encaminada a su conocimiento y conservación, que se realice sobre el Patrimonio Cultural Sumergido, que tenga como finalidad el cambio en la ubicación de los bienes que lo constituyen, su*

³¹ “[243] Decretos Nacionales 655 de 1968, 2349 de 1971 y Resoluciones 891 de 1981 y 148 de 1982 de la Dirección General Marítima y Portuaria”.

³² “[244] En ese sentido, ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 15 de agosto de 1996”.

remoción, extracción o cualquier otra modificación de las condiciones físicas o del contexto donde se hallen.

- 3. Aprovechamiento económico.** Actividades debidamente autorizadas a través de las cuales los bienes del Patrimonio Cultural Sumergido generan ingresos económicos mediante la exhibición, o divulgación al público, sea in situ o en infraestructuras culturales como museos, o cualquier clase de establecimiento cultural. La información recuperada durante las etapas de exploración e intervención, incluidos el registro en cualquier medio y soporte, entre ellos la fotografía y demás semejantes, podrán ser parte del aprovechamiento económico de quien realice estas actividades.

La información producida y el conocimiento generado durante cualquiera de estas actividades será propiedad de la Nación.

Para las actividades de aprovechamiento económico se hará inclusión social y económica de las comunidades aledañas a la zona, particularmente en proyectos de carácter cultural y turístico.

- 4. Preservación.** Cualquier actividad relacionada con el Patrimonio Cultural Sumergido, debe preservar el contexto arqueológico, garantizar la planimetría del yacimiento y disponer de un plan de manejo arqueológico que permita el máximo aprovechamiento de la información arqueológica, así como su difusión y socialización”.

Estas actividades pueden ser realizadas directamente por el Estado, por conducto de las entidades y organismos competentes, o indirectamente, mediante la contratación de personas naturales o jurídicas que tengan la idoneidad científica y técnica, así como la capacidad tecnológica y económica para acometerlas. Así se desprende de lo preceptuado, entre otras normas, por los artículos 10 y 11 ejusdem:

“ARTÍCULO 10. Autorizaciones y contratos relacionados con el patrimonio cultural sumergido. Las autorizaciones para realizar actividades sobre el Patrimonio Cultural Sumergido, sea que impliquen o no expectativas económicas para quien las lleva a cabo, las otorgará el Ministerio de Cultura. Los contratos relacionados con el Patrimonio Cultural Sumergido los celebrará el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, mediante el procedimiento de licitación pública previsto en la Ley 80 de 1993 o las normas que la sustituyan o modifiquen, cumpliendo adicionalmente los requisitos jurídicos, técnicos o de otra naturaleza establecidos en la presente ley y los que se establezcan en el reglamento que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

El Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) mediante convenio con otras entidades gubernamentales que estén en capacidad técnica y económica, y tengan el suficiente conocimiento histórico, podrá adelantar las actividades referidas al Patrimonio Cultural Sumergido de que trata el artículo 4º de esta ley; de tal manera que el Estado Colombiano tenga la primera opción para adelantar estas actividades.

ARTÍCULO 11. Contratos de exploración, intervención y/o aprovechamiento económico. El Ministerio de Cultura podrá contratar, mediante el procedimiento de licitación pública previsto en la Ley 80 de 1993, o las normas que la sustituyan o la modifiquen, con entidades expertas, la realización de una o todas las actividades previstas en el artículo 4º de esta ley”. (Subrayas añadidas).

Como se aprecia, el procedimiento de selección que debe utilizar el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, cuando decida contratar con particulares cualesquiera de las actividades descritas en el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013,

en relación con el “patrimonio cultural sumergido”, es, en principio, el de la licitación pública, regulado en la Ley 80 de 1993. Esto, además, lo ratifica indirectamente el artículo 13 *ibidem*, cuando dispone:

“ARTÍCULO 13. Procedimientos contractuales. *El régimen contractual relacionado con el Patrimonio Cultural Sumergido, además de lo previsto en la Ley 80 de 1993, o las normas que la sustituyan o modifiquen, deberá observar procedimientos internacionalmente aceptados para acometer los trabajos de alta especificidad técnica de que trata la presente ley”.*

No obstante, el artículo 17 de la misma ley también permite expresamente que, para estos fines, se estructuren proyectos de asociación público privada, conforme a la Ley 1508 de 2012, especialmente cuando la iniciativa del proyecto científico y cultural provenga de un particular, nacional o extranjero. La norma citada dispone:

“ARTÍCULO 17. Iniciativa privada. *El Ministerio de Cultura, cuando lo considere conveniente, podrá contratar, de conformidad con la Ley 1508 de 2012, las actividades previstas en el artículo 4º de la presente ley. En este caso, el particular deberá manifestar su interés presentando la investigación histórica respectiva, la factibilidad técnica y financiera, y la evaluación de su impacto ambiental, debiéndose acreditar en todo caso que se cuenta con experiencia suficiente en las actividades relacionadas con el Patrimonio Cultural Sumergido. Adicionalmente, en la manifestación de interés solicitará al Ministerio de Cultura la apertura del respectivo proceso de contratación en el cual tendrá derecho a participar.*

Para efectos de la celebración de contratos, el Gobierno delimitará las áreas sobre las que pueden realizarse procesos de contratación. Todos los datos sobre coordenadas y, en general, sobre la ubicación material de los elementos del Patrimonio Cultural Sumergido, tendrán carácter reservado. Esta disposición es extensiva a la información que sobre la materia reposa actualmente en las entidades competentes”. (Se destaca).

Esta posibilidad fue confirmada por la reglamentación de la Ley 1675, contenida inicialmente en el Decreto 1698 de 2014 e incorporada posteriormente en la Parte VII, Título III, del Decreto 1080 de 2015³³.

Los artículos 2.7.3.2 y 2.7.3.3 de este último decreto disponen claramente que para la realización de las actividades relacionadas con el “patrimonio cultural sumergido”, previstas en el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013, el Ministerio de Cultura puede realizar asociaciones público privadas de iniciativa pública o de iniciativa privada. En punto a estas últimas, los artículos 2.7.3.3 y 2.7.3.4 del Decreto 1080 estatuyen:

“Artículo 2.7.3.3. Asociaciones público-privada (sic) de iniciativa privada. Los particulares que cuentan con información científica, técnica e histórica suficiente sobre el Patrimonio Cultural Sumergido el cual haya sido informado al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), pueden presentar al Ministerio de Cultura una iniciativa de asociación público-privada de iniciativa privada para adelantar una, varias o todas las actividades previstas en el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013.

Artículo 2.7.3.4. Admisibilidad de las asociaciones público-privadas de iniciativa privada. Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada no son admisibles cuando (a) La actividad de exploración de que trata el artículo 4º de la Ley 1675 de 2013 requiere recursos del presupuesto nacional o la asunción de riesgos de

³³ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura”.

cualquier naturaleza por parte de la Nación; y (b) Desconozcan las reglas de remuneración del contratista establecidas en el artículo 15 de la Ley 1675 de 2013.

En todos los demás casos son aplicables las reglas de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, o las normas que modifiquen, adicionen o sustituyan a la Ley 1508 de 2012 y a sus decretos reglamentarios. (Subrayamos).

Como se aprecia, la Ley 1675 y su reglamentación facultan expresamente a la Nación, por intermedio del Ministerio de Cultura, para utilizar el mecanismo de las asociaciones público privadas (APP), con el fin de contratar las actividades de exploración, intervención, aprovechamiento económico y preservación, o cualquiera de ellas, del “patrimonio cultural sumergido”, para lo cual remiten a la normatividad especial que regula dichos esquemas de negocio, que es la Ley 1508 de 2012 y aquellas que la han modificado o adicionado, junto con sus decretos reglamentarios.

La aplicación de tales disposiciones a esta clase de APP, en todo lo no previsto de forma especial en el régimen del “patrimonio cultural sumergido”, fue ratificada por el artículo 2.7.3.8 del Decreto 1080 de 2015:

“Artículo 2.7.3.8. Aplicación de las normas del sistema de contratación pública y de las asociaciones público-privadas. El Ministerio de Cultura aplicará las normas del sistema de contratación pública y de las asociaciones público-privadas en el trámite de las iniciativas públicas y privadas relacionadas con el Patrimonio Cultural Sumergido”.

En consecuencia, para los propósitos de esta consulta, es necesario revisar dicha normatividad, con el fin de determinar cuál es el procedimiento de selección de los contratistas que la ley ordena utilizar en los proyectos de asociación público privada, especialmente cuando la iniciativa es de un particular y no se requiere el desembolso de recursos públicos.

C. Las asociaciones público privadas, APP. Procedimiento para la realización de las APP de iniciativa privada

La Sala, en reciente ocasión³⁴, se refirió al objeto y al propósito general buscado por la Ley 1508 de 2012, al regular la figura de las APP:

“A. Los contratos de concesión bajo el esquema de asociaciones público privadas (APP)

La Ley 1508... regula los esquemas de asociación público privada (APP), que su artículo 1º define 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”.

Esta legislación tiene antecedentes en la experiencia internacional de países como el Reino Unido, donde existe un completo desarrollo de este tipo de negocios para proyectos de carreteras, ferrocarriles, colegios, hospitales, puertos, cárceles, acueductos y edificios públicos, entre otros. Asimismo, aunque de forma parcial para algunos sectores, se destacan países como Francia, España, Irlanda, Canadá, Bulgaria, República Checa, Chile, Uruguay, México y Perú. A estos se suman

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2346 del 15 de agosto de 2017.

Ecuador, República Dominicana, Jamaica, Trinidad y Tobago, El Salvador, Honduras y Panamá, que en los últimos años expidieron o reformaron el marco legal para la participación privada en proyectos públicos³⁵.

Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial, y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros.

*El artículo 2º de la Ley 1508 señala que las concesiones, de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993³⁶, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP, lo que significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas, aunque estas últimas podrían estructurarse mediante contratos distintos al de concesión.
(...)*

El artículo 3º ejusdem (“ámbito de aplicación”) señala que la citada ley es aplicable “a todos aquellos 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, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura”, y precisa que, dentro de tales contratos, pueden estar incluidos aquellos que recaigan sobre la “infraestructura para la prestación de servicios públicos”.

De todas formas, vale la pena aclarar que el párrafo 1º de la misma norma condiciona la realización de proyectos por el esquema de APP, al hecho de que el “monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv”, y el inciso segundo del artículo 4º ejusdem agrega que esta clase de esquemas solo podrá utilizarse “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”, con lo cual resalta, de paso, la importancia del principio de planeación en esta clase de contratos.

El mismo artículo 3º añade que en estos contratos “se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera”.

Con respecto a los procedimientos de selección que deben utilizarse para la celebración de este tipo de contratos, la Sala explicó lo siguiente, en el concepto citado:

³⁵ “[65] Cfr. *Gaceta del Congreso*, 3 de noviembre de 2011, exposición de motivos del proyecto de ley número 160 de 2011-Senado”.

³⁶ “[66] El artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 define así el contrato de concesión: “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”.

*“En punto a los procedimientos de selección y a las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que instrumentan estos esquemas, el inciso cuarto del artículo que se comenta³⁷ preceptúa que tales aspectos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, **salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012**. Esta misma regla se itera en el artículo 9º de la citada ley, para los esquemas de asociación público privada de iniciativa pública.
(...)”*

*Vale la pena aclarar que la Ley 1508 de 2012 **establece dos clases de esquemas de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada, y dispone que en cualquiera de las dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública que pretenda celebrar el contrato, según la forma como se estructure el proyecto. En relación con las asociaciones público privadas de iniciativa privada, el artículo 14 de la citada ley dispone que “[l]os particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes”.** (Negrillas añadidas).*

En efecto, tal como se indicó en el citado documento, la Ley 1508 de 2012 establece la posibilidad de estructurar dos (2) modalidades principales de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada. Sin embargo, dado que en cualquiera de las anteriores puede haber o no aporte de recursos públicos, las modalidades de asociación público privada que pueden utilizarse en nuestro país son realmente cuatro (4), a saber: (i) APP de iniciativa pública sin aporte de recursos públicos; (ii) APP de iniciativa pública con aporte de recursos públicos; (iii) APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos, y (iv) APP de iniciativa privada con aporte de recursos públicos.

Para los proyectos de asociación pública privada de iniciativa pública, con o sin aportes del Estado, el artículo 9º de la Ley 1508 prescribe que el procedimiento de selección será el establecido en dicha ley, “y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública”.

Con base en esta norma legal, el artículo 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015³⁸, que subrogó el artículo 12 del Decreto 1467 de 2012³⁹, dispuso:

“Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen”. (Se resalta).

Vale la pena mencionar que el artículo 10º de la Ley 1508 permite utilizar, para esta clase de APP, un sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento, conforme al cual “se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección”.

En relación con este mecanismo, el artículo 2.2.2.1.4.5 del Decreto 1082 de 2015, que subrogó el artículo 16 del Decreto 1467 de 2012, estatuye:

³⁷ Se refiere al artículo 3º de la Ley 1508 de 2012.

³⁸ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional”.

³⁹ “Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”.

“Artículo 2.2.2.1.4.5. Sistemas de precalificación. Para aquellos proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública cuyo costo estimado sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV), la entidad estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso de selección, sistemas de precalificación. La entidad estatal podrá contratar con los integrantes de la lista de precalificados los estudios adicionales o complementarios que requiera el proyecto, a costo y riesgo de los precalificados.

La conformación de la lista de precalificados no obliga a la entidad estatal a abrir el Proceso de Contratación. Así mismo, la entidad estatal podrá desistir de utilizar la lista de precalificados y proceder a iniciar un proceso de selección abierto, si con posterioridad a la conformación de la lista se evidencia que no se cuenta con por lo menos cuatro (4) precalificados interesados en presentar oferta.

La entidad estatal no adquiere compromiso alguno de pago o retribución por los estudios complementarios requeridos por el proyecto que adelanten los integrantes de la lista de precalificados.

*En caso de adjudicación, el adjudicatario del contrato deberá pagar a los integrantes de la lista de precalificados el valor de los estudios complementarios que haya acordado previamente con la entidad estatal competente.
(...)”.*

Por el contrario, para la realización de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, la Ley 1508 establece los siguientes requisitos y procedimiento:

“Artículo 14. Estructuración de proyectos por agentes privados. Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.

Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable.

Artículo 15. Revisión previa de la iniciativa privada. Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de prefactibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de tres (3) meses para verificar si la propuesta, al momento de ser analizada, es de interés de la entidad competente de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado.

Resultado de esta verificación, la entidad estatal competente podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable para que el originador de la propuesta continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad. Dicho concepto, en caso de ser favorable, permitirá que el originador de la propuesta pueda continuar con la estructuración del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado.

Artículo 16. Evaluación, aceptación o rechazo de la iniciativa privada. Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública.

Artículo 17. *Iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos* (modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015⁴⁰). Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.

En esta clase de proyectos de asociación público-privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

En todos los casos la entidad estatal competente, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11, numerales 11.2 y siguientes de la presente ley”.

(...)

Artículo 19. *Iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.*

En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.

Artículo 20. *Terceros interesados y selección. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.*

⁴⁰ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país’ ”.

En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto". (Subrayas añadidas).

Mediante el Decreto 1467 de 2012, subrogado por el Decreto 1082 de 2015, se reglamentaron las condiciones para la presentación y el estudio de iniciativas privadas para proyectos de APP, con y sin desembolso de recursos públicos; el contenido mínimo que deben tener los estudios de pre-factibilidad y factibilidad que aporten los originadores; el plazo para la presentación de los estudios de factibilidad por parte del originador; los términos con que cuenta la entidad pública competente para revisar los estudios de pre-factibilidad y factibilidad, y para pronunciarse sobre los mismos y sobre la viabilidad de la iniciativa; la inscripción de las iniciativas privadas en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas, RUAPP; el contenido de la respuesta que la entidad estatal competente debe dar al originador en caso de aceptar o rechazar su iniciativa; la determinación del valor y la adquisición de los estudios efectuados por el originador, en caso de rechazo; el plazo para iniciar el proceso de selección que corresponda; las bonificaciones que la ley permite reconocer al originador, en el puntaje de su propuesta, para las iniciativas de asociación público privadas que involucren recursos públicos; la publicación en el SECOP de la documentación atinente a las APP de iniciativa privada que no requieran recursos públicos; el término para recibir manifestaciones de interés por parte de terceros y los efectos de estas; las aprobaciones que se requieren por parte de las autoridades estatales, antes y durante la estructuración de los proyectos; la estimación y asignación de los riesgos; la publicidad de la información y de los documentos que se generen en estos procesos, y la conformación de expedientes, entre otros asuntos.

Para los efectos de esta consulta, consideramos importante referirnos a las siguientes normas del Decreto Reglamentario 1082 de 2015:

“Artículo 2.2.2.1.5.3. Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP). 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 constancia suficiente de su radicación. La Entidad Estatal deberá estudiar la primera iniciativa radicada sobre un proyecto en particular, las demás iniciativas sobre el mismo proyecto solo serán estudiadas en el orden de su radicación, solo si la primera iniciativa no es declarada viable. Una iniciativa privada versa sobre un mismo proyecto cuando comparte infraestructura física, estructura de ingresos u otros elementos, que hagan inviable su implementación simultánea o coexistencia con el proyecto que se compara.
(..)

Parágrafo 1. El Departamento Nacional de Planeación 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...

(...)

Artículo 2.2.2.1.5.6. Evaluación de la etapa de factibilidad y respuesta. Entregada la iniciativa en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente deberá proceder a:

1. Convocar públicamente dentro del mes siguiente a la entrega en etapa de factibilidad a los terceros y autoridades competentes que puedan tener interés en el proyecto a una audiencia pública, con el propósito de recibir las sugerencias y comentarios sobre el mismo.

2. Efectuar la revisión y análisis de la iniciativa presentada, y solicitar si fuera el caso al originador, estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto, evento en el cual se podrá prorrogar el plazo establecido para dicho estudio en los términos del primer inciso del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

3. En el caso de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada adelantados por entidades del nivel nacional, cuyo presupuesto estimado de inversión, sumado a los aportes del Estado a los que hace referencia el artículo 2.2.2.1.3.2 del presente decreto, sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes... o cuando los ingresos anuales estimados del proyecto sean superiores a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes... la entidad estatal competente deberá presentar las conclusiones del estudio de factibilidad y la correspondencia de estos con las eventuales condiciones del contrato, y las sugerencias y comentarios a que se refiere el numeral 1 del presente artículo al ministerio sectorial respectivo. Corresponderá al ministro sectorial, presentar y sustentar ante el Consejo de Ministros las conclusiones de dicho estudio, con el propósito de obtener su concepto sobre el particular.

(...)

4. Emitir respuesta al originador de la iniciativa informando sobre:

4.1. Resultado: Viabilidad o rechazo de la iniciativa privada.

4.2. Monto que acepta como valor de los estudios realizados y forma de pago.

4.3. Condiciones bajo las cuales la entidad estatal competente aceptaría la iniciativa privada.

4.4. Borrador de minuta del contrato y anexos que la entidad estatal competente tendría como base para la elaboración del borrador de pliego de condiciones.

5. Definir y acordar con el originador de la iniciativa, si a ello hubiere lugar, las condiciones bajo las cuales sería aceptada la iniciativa de conformidad con lo previsto en el cuarto inciso del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

(...)

Artículo 2.2.2.1.5.9. Plazo para iniciación del proceso de selección. Dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación de que trata el artículo 2.2.2.1.6.2 del presente decreto, la entidad estatal competente dará apertura a la licitación pública cuando se trate de iniciativas privadas que requieran desembolsos de recursos públicos, o realizará la publicación en el SECOP de la información establecida en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos.

(...)

Artículo 2.2.2.1.5.11. Tiempo mínimo de duración de la publicación. En caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que no requiere desembolsos de recursos públicos a las que se refiere el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, dicha entidad estatal publicará en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) el acuerdo de la iniciativa privada, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por el término de 2 meses, el cual podrá prorrogarse a solicitud de los interesados, si la entidad estatal competente lo estima conveniente hasta por 4 meses más.⁴¹

Artículo 2.2.2.1.5.12. Manifestación de interés por terceros. En caso de presentarse por parte de un tercero una manifestación de interés en la ejecución del proyecto, de conformidad con lo establecido en la publicación a la que hace referencia el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, esta deberá contener además de la expresión clara de su interés, las formas de contacto y los medios de comunicación eficaces a través de las cuales la entidad estatal competente podrá comunicarse con el interesado y la garantía que respalda su interés, por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto. (...)

Si se recibieren manifestaciones de interés dentro del término señalado en el artículo anterior y se cumple con los requisitos previstos en la publicación, la entidad estatal competente, sin consideración al presupuesto estimado de inversión, deberá proceder a conformar la lista de precalificados con quien o quienes manifestaron interés y cumplieron los requisitos establecidos por la entidad en la publicación de la iniciativa y el originador de la iniciativa privada, y con esta lista procederá a adelantar la selección del contratista a través del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación. En caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas.

En caso de que se adelante el proceso de selección abreviada de menor cuantía, una vez conformada la lista de precalificados, se tendrán en cuenta las reglas previstas para la selección abreviada de menor cuantía establecidas en la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentos, con las siguientes particularidades, sin perjuicio de otras que se señalaren en el presente decreto:

1. Los factores de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, en desarrollo del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación serán los señalados en el artículo 2.2.2.1.4.2 del presente decreto.

⁴¹ Vale la pena comentar que este aspecto se encuentra reglamentado, de manera especial, para las APP relacionadas con el “patrimonio cultural sumergido”, en el artículo 2.7.3.11 del Decreto 1080 de 2015, adicionado por el artículo 2º del Decreto 1389 de 2017, así:

“Artículo 2.7.3.11. Publicación de Iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos. Cuando los particulares presenten al Ministerio de Cultura una iniciativa de asociación público privada de iniciativa privada para adelantar una, o todas las actividades previstas en artículo 4º la (sic) Ley 1675 de 2013 y se logre un acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, el Ministerio de Cultura publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop)”.

2. El cumplimiento de los requisitos para la estructuración de proyectos por agentes privados y la aceptación de la iniciativa privada por parte de la entidad estatal competente, a los que se refieren los artículos 14 y 16 de la Ley 1508 de 2012 en los términos previstos en el presente título y las aprobaciones de las que trata la Sección 6 del presente capítulo, serán suficientes para la apertura del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación.

3. Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.

Si el originador no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, la entidad estatal incluirá dentro del contrato que resulte del proceso de selección, la obligación de que el contratista adjudicatario reconozca al originador del proyecto el reembolso de los costos en que este haya incurrido por la realización de los estudios necesarios para la estructuración del proyecto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012.

(...)

(...)

Artículo 2.2.2.1.8.3. De la publicidad. La entidad contratante deberá garantizar la publicidad de los procedimientos, documentos y actos asociados a los procesos de contratación y precalificación de los proyectos de Asociación Público Privada, salvo el modelo financiero estatal que está sometido a reserva legal.

La publicidad a que se refiere este artículo se hará en la página web de la entidad estatal competente correspondiente y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP.

(...)

Artículo 2.2.2.1.8.6. Elaboración y custodia del expediente del proyecto. La entidad estatal competente tiene la obligación de crear un expediente por cada proyecto.

(...)

En los proyectos de iniciativa privada el expediente se deberá iniciar una vez se reciba la primera propuesta del proyecto de parte del originador de la iniciativa privada. Los análisis financieros que realice la entidad estatal competente en la evaluación del proyecto serán confidenciales, y en consecuencia no harán parte del expediente". (Subrayas ajenas al texto).

Estructuración y proceso de selección en las asociaciones público privadas, en general

De las normas legales y reglamentarias transcritas se desprende que la celebración de un contrato para instrumentar un proyecto de APP implica la

necesidad de llevar a cabo dos grandes procesos: (i) estructuración del proyecto y (ii) selección del contratista.

- (i) La estructuración del proyecto se refiere a la realización de todos los estudios, pruebas e investigaciones científicas, técnicas, económicas, financieras, sociales y jurídicas que se requieran para determinar la viabilidad del proyecto, es decir, la posibilidad real de ejecutarlo, así como la obtención de los permisos, autorizaciones o licencias exigidas, y la elaboración de un modelo teórico, pero suficientemente detallado del proyecto, que incluya todos los componentes jurídicos, financieros, sociales, técnicos y ambientales, la metodología de ejecución, los costos estimados, las etapas y los plazos previsibles para su realización, los materiales, equipos y mano de obra requeridos, los planos y diseños y, en fin, todos los componentes o elementos que resulten necesarios para acometer materialmente el proyecto por parte del mismo originador (en el caso de las APP de iniciativa privada) o de un tercero. Este proceso se subdivide en dos grandes etapas: a) pre-factibilidad y b) factibilidad, según el grado de completitud, detalle y precisión de los estudios y diseños y, en general, de la información necesaria para ejecutar el proyecto.

Vale la pena aclarar que en las asociaciones público privadas de iniciativa pública, el proceso de estructuración lo realiza íntegramente la entidad pública interesada, ya sea directamente o bien, como ocurre frecuentemente, mediante terceros contratados para la elaboración de los estudios, investigaciones, ensayos, diseños y modelos requeridos. Por el contrario, en las APP de iniciativa privada, la estructuración del proyecto la realiza el originador, a su cuenta y riesgo, aunque, a partir de la presentación del proyecto en fase de pre-factibilidad, tiene la carga de atender las inquietudes, recomendaciones y solicitudes de corrección, aclaración o complementación que le formule la entidad estatal, en aras de obtener la viabilidad del proyecto.

Sobre la importancia de la estructuración de los proyectos en esta clase de APP, por cuenta del originador, como expresión del principio de planeación en la contratación estatal, el Consejo de Estado manifestó, en reciente sentencia⁴²:

“32.- El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 al regular la estructuración de los proyectos por agentes privados, lo hace sustentado en el principio de la planeación aplicable por expresa determinación del artículo 4 de la misma norma, y con base en los criterios que anteriormente han sido expuestos.

33.- El mencionado artículo 14 establece ciertas reglas que deben explicarse bajo el alcance del principio de planeación: (i) al tratarse de una iniciativa privada el particular originador estructura el proyecto de infraestructura pública, por ejemplo, por su cuenta y riesgo. Esto quiere decir que es el particular originador el que debe suministrar la información, los diseños, los criterios técnicos, los elementos presupuestales, los criterios de demanda y de precios, la definición inicial de los riesgos para estructurar el proyecto; (ii) lo que debe surtirse en una primera etapa o de pre-factibilidad en donde se exige (a) la descripción completa del proyecto, (b) el [o los] diseño [s] mínimo [s] de lo que constituirá la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura; (c) el alcance del proyecto; (d) los estudios de demanda; (e) las especificaciones del proyecto; (f) su costo estimado, y; (g) su fuente de financiación [inciso 3º, artículo 14 Ley 1508 de 2012].

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2018, radicación 110010326000201600101-00 (57.421).

34.- Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto”.

- (ii) Ahora bien, una vez terminada la fase de factibilidad; revisados y aprobados los estudios, diseños y modelos respectivos por parte de la entidad pública interesada, y establecido por parte de esta que el proyecto de APP resulta, no solamente viable (desde el punto de vista técnico, social, legal, económico y ambiental), sino también necesario o conveniente para el interés público y, en particular, para la realización de los fines, planes, objetivos y funciones de dicha entidad, empieza el proceso de contratación propiamente dicho, es decir, el conjunto de etapas, actividades y decisiones tendientes a lograr que el Estado contrate a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que se encargará de ejecutar el proyecto, de acuerdo con las reglas que rigen las asociaciones público privadas y las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En este punto, debe distinguirse entre (i) las asociaciones público privadas de *iniciativa pública* y las APP de *iniciativa privada que requieren el desembolso de recursos públicos*, por una parte, y (ii) las asociaciones público privadas de *iniciativa privada que no exigen* el aporte de recursos públicos, por otra parte, ya que la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015 establecen procedimientos de selección distintos para cada uno de estos dos grupos.

En efecto, para el primer conjunto, es decir, las APP de origen público y las APP de origen privado que requieren el desembolso de dineros oficiales, la Ley 1508 y el decreto reglamentario determinan, sin ambages, que el sistema de selección a utilizar es el de *licitación pública*, con algunas particularidades. No ocurre lo mismo con las asociaciones público privadas de origen privado que no exigen el aporte de recursos del Estado, para las cuales la normatividad citada establece un procedimiento de contratación especial, que coincide, parcial y eventualmente, con el de selección abreviada previsto en la Ley 1150 de 2017, como pasa a explicarse.

Procedimiento de selección en las APP de iniciativa privada, sin desembolso de recursos públicos

De lo dispuesto literalmente por los artículos 20 de la Ley 1508 de 2012 y 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, podría entenderse, en principio, que en esta clase de APP, el proceso de selección solo principia después de vencido el plazo previsto en el artículo 19 de la Ley 1508, si dentro de dicho plazo se presentan terceros que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones acordadas entre la entidad pública y el originador.

Sin embargo, un análisis más profundo de la cuestión permite concluir que el proceso de selección o, en términos más genéricos, el proceso de contratación se inicia realmente antes, cuando la entidad estatal decide publicar en el SECOP el acuerdo al que ha llegado con el originador, los estudios, la minuta de contrato y sus anexos, por un término de dos (2) meses, prorrogable por otros cuatro (4), en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015, pues es, a partir de ese momento, que la

entidad pública oficializa su interés en contratar la ejecución del proyecto con quien resulte seleccionado, ya sea el originador o un tercero, y que las demás personas, distintas del originador, que se crean en condiciones de acometer el proyecto, pueden manifestar formalmente su interés en hacerlo, asumiendo desde ese instante compromisos frente a la entidad estatal y frente al originador (en este último caso, de reembolsarle el valor de los estudios realizados, en caso de resultar adjudicatarios).

Tan cierto es lo anterior, que el artículo 20 de la Ley 1508 y el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015 disponen que los terceros que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, deben entregar una garantía para asegurar la seriedad de su ofrecimiento, *“por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto”* y acreditar *“su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos”*, lo cual demuestra que dicha *“manifestación de interés”* no consiste simplemente en la expresión de una intención difusa o de una posibilidad teórica, sino en la manifestación seria de su voluntad de presentar una oferta, a partir de la cual dichos terceros quedan oficialmente vinculados al proceso de selección.

A este respecto, la Sala resalta lo dispuesto por el artículo 2.2.2.1.5.9 del Decreto 1082 de 2015, que establece el plazo dentro del cual la entidad estatal que tramite un proyecto de APP de iniciativa privada debe iniciar el proceso de contratación. Dicha norma estatuye que, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación, a que se refiere el artículo 2.2.2.1.6.2 del mismo decreto, *“la entidad estatal competente dará apertura a la licitación pública, cuando se trate de iniciativas privadas que requieran desembolsos de recursos públicos, o realizará la publicación en el SECOP de la información establecida en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos”* (se subraya), lo cual confirma que en las APP de iniciativa privada, sin aporte de recursos públicos, el inicio del respectivo proceso de contratación se da con la publicación de la información y la documentación pertinentes en el SECOP, lo cual equivale a la apertura de la licitación pública en las asociaciones público privadas de iniciativa pública y en las APP de origen privado que demandan el desembolso de recursos estatales.

Destaca la Sala que, aun cuando este procedimiento puede dar lugar a la conformación de una lista de precalificados y, con base en ella, a que se utilice *“la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación”* (se resalta), como lo preceptúa el artículo 20, inciso 2º, de la Ley 1508 de 2012, el proceso que se lleva a cabo en este caso no corresponde exactamente al de “selección abreviada”, descrito y regulado en la Ley 1150 de 2007, como pudiera creerse a simple vista, sino que se trata de un procedimiento especial, previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1082 de 2015, que empieza, como se indicó, con la publicación de la información y los documentos en el SECOP, a que se refiere el artículo 19 de la mencionada ley.

De todas formas, como la ley ordena aplicar, en estos casos, la *metodología* del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, vale la pena hacer referencia a las normas que regulan dicho sistema, lo que permitirá confirmar, además, la tesis que la Sala sostiene en este concepto.

En efecto, el mecanismo de selección abreviada fue definido por el artículo 2º, numeral 2º, de la Ley 1150, en los siguientes términos:

“2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual”.

Asimismo, el numeral 2º del párrafo 2º del mismo artículo estatuye:

*“Párrafo 2º. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2o del presente artículo, deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas:
(...)*

*2. Para la selección a la que se refiere el literal b) del numeral 2o del presente artículo, será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez (10). Será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal, adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo sorteo.
(...)” (Subrayas añadidas).*

Se aclara que el literal b) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 se refiere a la causal de selección abreviada denominada “menor cuantía”, la que se determina “en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales”.

A este respecto, el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015 dispone:

“Artículo 2.2.1.2.1.2.20. Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía. Además de las normas generales establecidas en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la selección abreviada de menor cuantía:

1. En un término no mayor a tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de apertura del Proceso de Contratación los interesados deben manifestar su intención de participar, a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

2. Si la Entidad Estatal recibe más de diez (10) manifestaciones de interés puede continuar el proceso o hacer un sorteo para seleccionar máximo diez (10) interesados con quienes continuará el Proceso de Contratación. La Entidad Estatal debe establecer en los pliegos de condiciones si hay lugar a sorteo y la forma en la cual lo hará.

3. Si hay lugar a sorteo, el plazo para la presentación de las ofertas empezará a correr el día hábil siguiente a la fecha en la cual la Entidad Estatal informe a los interesados el resultado del sorteo.

4. La Entidad Estatal debe publicar el informe de evaluación de ofertas durante tres (3) días hábiles”.

La Sala hace notar que, tanto en la norma legal (artículo 2º de la Ley 1150) como en la reglamentación, la preselección de los participantes no es un paso anterior a la apertura del procedimiento de contratación denominado “selección abreviada de menor cuantía”, sino que es una etapa de dicho proceso, tendiente a seleccionar el respectivo contratista, que opera como una especie de filtro inicial, para

determinar el listado de los participantes que podrán presentar efectivamente ofertas.

También resalta la Sala que, con el ánimo de obtener la mayor participación posible de terceros interesados, y en desarrollo de los principios de publicidad y transparencia, la Ley 1508 y su decreto reglamentario establecen la imperiosa necesidad de dar suficiente publicidad a la iniciativa de asociación público privada planteada por el originador, así como a la posición de la entidad estatal en relación con la misma, manteniendo en reserva solamente “*el modelo financiero estatal*” y “*los análisis financieros que realice la entidad estatal competente en la evaluación del proyecto*”.

Para tal efecto, la normatividad mencionada establece los siguientes mecanismos: (i) la realización de una audiencia pública, durante la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad, para lograr la participación de las autoridades y los terceros interesados, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.1.5.6, numeral 1º, del Decreto Reglamentario 1082 de 2015; (ii) la obligación de publicar en el SECOP la información y la documentación principal sobre la iniciativa privada, la estructuración del respectivo proyecto y las condiciones de ejecución del mismo, una vez superada la etapa de factibilidad; (iii) la inscripción de la iniciativa en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas, y (iv) la publicación de la información y de los documentos respectivos en la página de internet de la entidad pública interesada en contratar.

Lo anterior, además de desarrollar los principios de publicidad, transparencia, planeación, moralidad e imparcialidad, entre otros, que deben regir la actividad contractual del Estado y, en general, la función administrativa, busca lograr que, mediante una convocatoria pública, participe la mayor cantidad posible de personas interesadas en ejecutar el proyecto de APP, aun en aquellos eventos en los que la iniciativa no surja del Estado, sino de un particular que esté interesado en realizar el proyecto y cuente con la suficiente información y capacidad técnica y financiera para ello.

Si bien resulta evidente que en las APP de iniciativa privada, el originador tiene una ventaja importante sobre los otros interesados y potenciales participantes, pues dicho originador es el que tiene la información más completa y detallada sobre el proyecto a ejecutar, y presumiblemente cuenta con los suficientes recursos, experiencia, conocimientos e infraestructura para materializarlo, el legislador colombiano (a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes) quiso otorgar a terceros la posibilidad de participar en este tipo de proyectos, con el fin de dar opciones a la entidad pública contratante y mejorar eventualmente su posición negociadora, para la cual trató de establecer un difícil equilibrio entre: (i) la necesidad de reconocer y estimular la iniciativa y el esfuerzo técnico y económico desplegado por el originador, y (ii) la participación de terceros en el proceso de contratación.

Esta intención del legislador fue clara y explícita desde la presentación del proyecto de ley⁴³ que se convirtió en la Ley 1508 de 2012, documento en el cual se incluían normas similares a las actuales en relación con las APP de iniciativa privada, y en cuya exposición de motivos se explicó lo siguiente:⁴⁴

⁴³ Proyecto de ley 160 de 2011 Senado, presentado por el Gobierno Nacional (Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Nacional de Planeación).

⁴⁴ Gaceta del Congreso de la República N° 823 del 3 de noviembre de 2011, página 14.

“Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de crear condiciones que posibiliten y constituyan un aliciente a la presentación de iniciativas privadas, se prevé la posibilidad de otorgarle el derecho al originador de la propuesta de mejorar el ofrecimiento considerado mejor calificado, lo que permitirá a la Administración contar con la mejor propuesta posible, y al originador ver reconocido su esfuerzo en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada”. (Destacamos).

Merece la pena comentar que el principio de publicidad en esta clase de procesos contractuales aparece doblemente reforzado por la Ley 1675 de 2013, cuando se trata de negocios cuyo objeto se refiera a las actividades que pueden realizarse sobre el “patrimonio cultural sumergido”, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 *ibidem*:

“Artículo 16. Publicidad de los procesos contractuales. Sin perjuicio de realizar las publicaciones necesarias para la adecuada divulgación del proceso contractual, con el fin de asegurar la participación en el proceso de selección para adelantar la contratación de actividades sobre Patrimonio Cultural Sumergido, se podrán realizar también publicaciones en medios especializados que permitan divulgar el objeto y las características principales de la convocatoria”. (Se destaca).

Ahora bien, todo lo explicado hasta este punto permite descartar que el proceso de selección que se realice para escoger el contratista y celebrar el contrato que instrumente un proyecto de asociación público privada, pueda ser calificado como “*contratación directa*”, ni siquiera en el caso de las APP de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos. En efecto, ni la ley lo califica de esa forma, ni tampoco reúne las condiciones esenciales para que pudiera tipificarse dentro de esa forma de contratación, según lo explicado en el acápite inicial de este concepto, pues en dicho proceso de selección existen: (i) convocatoria pública y (ii) la posibilidad de que participen pluralidad de oferentes.

Lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, en el sentido de que, si transcurrido el plazo de la publicación a que se refiere dicha norma, ningún tercero manifiesta a la entidad estatal competente su interés en ejecutar el proyecto, o se presentan terceros interesados que no cumplan las condiciones exigidas para participar, “*se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas*” (se resalta), no significa que dicha disposición califique el proceso de selección como una “*contratación directa*”. Lo que significa es que, agotada esta primera etapa del proceso de selección (en la que hay, como se explicó, convocatoria pública y posibilidad de participación de otros interesados), sin que personas distintas del originador manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, o expresen dicho interés pero no cumplan los requisitos establecidos para participar en la convocatoria, la entidad estatal puede contratar, de una vez, con el respectivo originador.

Así lo considera también parte de la doctrina. Por ejemplo, el autor Jorge Enrique Santos R.⁴⁵ manifiesta, sobre este punto:

⁴⁵ SANTOS Rodríguez, Jorge Enrique. “*Las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio en la lógica contractual tradicional*”, en *Contratos Públicos: problemas, perspectivas y*

“3. ETAPA DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA (...)”

a. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN RECURSOS PÚBLICOS

En caso de que la ejecución del contrato se vaya a hacer con recursos privados exclusivamente, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, la entidad estatal competente debe publicar el acuerdo, los estudios y la minuta de contrato y sus anexos en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop), señalando las condiciones para la participación de terceros interesados en la ejecución del proyecto y precisando que, en caso de que no existan otros interesados, adjudicará el proyecto al originador.

El plazo de la publicación se encuentra regulado en el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015...

Si durante el tiempo de publicación ningún tercero manifiesta su interés en ser ejecutor del proyecto, se celebrará el contrato en los términos y condiciones acordadas al final de la declaración de viabilidad del proyecto. En este caso, debe advertirse que, en nuestro criterio, no se trata de una contratación directa como algunos lo han sostenido, pues lo cierto es que terceros tuvieron la posibilidad cierta de ser el contratista, pero declinaron ejercerla”. (Resaltamos).

A este respecto, debe recordarse que en la contratación pública, una cosa es el procedimiento o sistema de selección que se utilice para escoger el potencial contratista, y otra es el resultado de dicho proceso. La “contratación directa” no alude al resultado de los procesos de contratación, sino a un sistema de selección permitido excepcionalmente por la ley, en el que las entidades estatales, desde que abren o inician formalmente el proceso, tienen la clara y expresa intención de contratar con determinada persona natural o jurídica. Esto no significa que en dicho sistema no rija el principio-deber de selección objetiva, pues la entidad estatal no puede escoger el contratista por razones de afecto, afinidad ideológica, religiosa o partidista, familiaridad, compasión, agradecimiento u otras razones de índole personal o subjetivo, sino exclusivamente por motivos de interés público objetivos, demostrables y debidamente justificados, y con fundamento en los estudios y análisis previos que se hayan realizado durante la fase de planeación, todo lo cual se refiere, no solo a la escogencia del sistema de contratación, sino también a la consideración misma de la persona natural o jurídica que deba ser contratista.

Por el contrario, no puede decirse que un proceso de selección que se inicie y se lleve a cabo en la modalidad de licitación pública, de selección abreviada o de concurso de méritos, o cualquier otra en la que exista convocatoria pública y posibilidad de participación de varios oferentes, *se transforme en un proceso de contratación directa*, por el simple hecho de que participe un solo (1) proponente, o que participen varios, pero que solo sea posible adjudicar el contrato a un oferente, debido a que los otros participantes, o las propuestas entregadas por ellos, no cumplan los requisitos de elegibilidad y, en general, los requisitos esenciales definidos por la entidad contratante en los pliegos de condiciones, en la invitación o en el documento que haya servido de apertura al proceso de contratación.

En este punto, vale la pena recordar que en un proceso de contratación que se realice en la modalidad de licitación pública, o en las otras modalidades competitivas de selección que permite el Estatuto General de Contratación Pública (distintas, por lo tanto, de la contratación directa), puede adjudicarse el contrato al único proponente que haya participado, tal como lo dispone el artículo 2.2.1.1.2.2.2.6 del Decreto 1082 de 2015, sin que esto convierta el proceso en una “contratación directa”:

“Artículo 2.2.1.1.2.2.6. Adjudicación con oferta única. La Entidad Estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente título para la subasta inversa, el concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipyme”. (Se destaca).

D. Conclusiones generales y análisis del caso concreto

1. Conclusiones generales

De lo explicado en los acápites anteriores, la Sala extrae las siguientes conclusiones generales, que resultan determinantes para analizar el caso concreto y responder la pregunta formulada:

- (i) El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a las entidades y organismos públicos utilizar el mecanismo de la “contratación directa” durante los cuatro (4) meses anteriores a la votación para elegir Presidente y Vicepresidente de la República en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, de ser el caso.
- (ii) Dicha prohibición se refiere no solamente a la celebración o suscripción de contratos originados en este sistema de selección, sino también a la iniciación o continuación de dicho procedimiento.
- (iii) Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique.
- (iv) La Ley 1675 de 2013 permite que las actividades relacionadas con el “patrimonio cultural sumergido” (definidas en su artículo 4º) sean efectuadas directamente por el Estado, o sean contratadas por este con terceros, nacionales o extranjeros, caso en el cual debe utilizar, por regla general, el procedimiento de licitación pública, regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- (v) Sin embargo, la misma ley permite expresamente (artículo 17) que el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, contrate dichas actividades, “de conformidad con la Ley 1508 de 2012”, es decir, mediante la estructuración y desarrollo de asociaciones público privadas (APP). En este caso, las reglas de estructuración, los procesos de selección, el contenido del contrato y su ejecución, entre otros aspectos, deben regirse por lo dispuesto

en dicha ley y sus decretos reglamentarios, con las particularidades y reglas especiales contenidas en la Ley 1675.

- (vi) En esa medida, la Sala observa que la “contratación directa” no está prevista en la Ley 1508 de 2012 como sistema de selección del contratista que haya de emprender la ejecución de un proyecto de APP, ni siquiera cuando este sea de iniciativa privada y no requiera el desembolso de recursos públicos.
- (vii) Por el contrario, la Sala constata que, tal como están reguladas las asociaciones público privadas en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, tanto las de iniciativa pública como aquellas que surgen de la iniciativa privada (con o sin aportes del Estado), los procesos de selección que deben utilizarse en cada caso involucran: a) convocatoria pública y b) la posibilidad de que participen varios oferentes.
- (viii) El hecho de que en una APP de iniciativa privada y sin aporte de recursos públicos se contrate con el originador, debido a que, dentro del plazo legalmente establecido, no se presenten terceros que manifiesten su interés en realizar el proyecto, o se presenten, pero no cumplan los requisitos exigidos por la entidad estatal, no significa que el proceso de selección que se lleve a cabo se convierta en uno de “contratación directa”.
- (ix) Finalmente, de lo anterior se colige que, bajo la Ley 996 de 2005, no está prohibida la iniciación, estructuración y contratación de proyectos en la modalidad de asociaciones público privadas (APP).

2. Análisis del caso concreto

En el caso concreto de la consulta, la Sala observa que se trata de un proyecto de asociación público privada (APP) de iniciativa privada, sin desembolso de recursos del Estado, que empezó a estructurarse desde el año 2015 y cuyo objeto consiste, según la información enviada por el Ministerio de Cultura, en realizar las actividades de *“intervención, aprovechamiento económico, preservación y divulgación del hallazgo (galeón San José) por parte del concesionario; así como el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública asociada, la cual se compone de un laboratorio para la conservación de materiales y un museo que permita la divulgación y apropiación del patrimonio cultural de la Nación”*.

Según lo señalado en la consulta, ya se realizó todo el proceso de estructuración del proyecto, en sus fases de pre-factibilidad y factibilidad, cuyos estudios fueron revisados y aprobados por el Ministerio de Cultura, y se llegó a un acuerdo con el originador. En la actualidad, se desarrolla el proceso de selección del contratista, según lo explicado en el acápite anterior, en el cual participa el mismo originador.

En este contexto, la consulta recae sobre la eventual interpretación de que el proceso de selección que se realiza constituya una contratación directa y que, por ende, no pueda continuarse, ni suscribirse el contrato resultante, durante el período de veda impuesto por el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, especialmente en el evento de que no se presenten terceros interesados que manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, o se presenten manifestaciones de interés

provenientes de terceros que no cumplan los requisitos exigidos por el Ministerio de Cultura.

Los argumentos expuestos detalladamente en los acápite anteriores, así como lo indicado en las conclusiones generales de esta parte del concepto, permiten concluir claramente, sin necesidad de explicaciones adicionales, que el proceso de selección que lleva a cabo el Ministerio de Cultura, independientemente de su resultado, no corresponde al sistema de “contratación directa”, por lo que no está prohibido continuarlo, ni suscribir el contrato respectivo, durante la época de la restricción establecida por la “Ley de Garantías Electorales”.

En atención a las consideraciones precedentes,

III. La Sala RESPONDE:

La suscripción del contrato de asociación público privada con el originador, en el evento de no presentarse ninguna manifestación de interés a la convocatoria pública realizada por el Ministerio de Cultura o de presentarse manifestaciones de interés que no cumplen los requisitos para ejecutar el proyecto, implica realizar una contratación directa que supondría la transgresión al artículo 33 de la Ley 996 de 2005?

No. Conforme a lo explicado en este concepto, la eventual celebración del contrato que sirva para instrumentar la asociación público privada (APP) con el respectivo originador, en la hipótesis de que no se presente ninguna manifestación de interés por parte de terceros a la convocatoria pública efectuada por el Ministerio de Cultura, o que se presenten manifestaciones de interés que no cumplan con los requisitos exigidos para ejecutar el proyecto, no significa que se realice una contratación directa ni implica, por lo tanto, transgredir la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 (“Ley de Garantías Electorales”).

Remítase a la Ministra de Cultura y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
ESCOBAR**

Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA

Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala