



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRESA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIX - N° 683

Bogotá, D. C., martes, 11 de agosto de 2020

EDICIÓN DE 28 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## CÁMARA DE REPRESENTANTES

### PROYECTOS DE LEY

#### PROYECTO DE LEY NÚMERO 174 DE 2020 CÁMARA

*por medio del cual se dictan disposiciones que modernizan el sistema de transporte terrestre individual de pasajeros, estableciendo las condiciones de seguridad, sana competencia y equitativa participación en el mercado entre todos los prestadores permanentes del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros.*

PROYECTO DE LEY No. \_\_\_\_ de 2020

*Por medio del cual se dictan disposiciones que modernizan el sistema de transporte terrestre individual de pasajeros, estableciendo las condiciones de seguridad, sana competencia y equitativa participación en el mercado entre todos los prestadores permanentes del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros.*

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

TÍTULO PRELIMINAR

DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 1. Objeto.** La presente ley tiene por objeto la modernización del sistema de transporte terrestre individual de pasajeros, a partir de la creación de un marco jurídico que reconozca el transporte permanente mediado por plataformas abiertas, para así establecer las condiciones de seguridad, sana competencia y equitativa participación en el mercado, entre todos los prestadores permanentes del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros.

**Artículo 2. Alcance de la ley.** La presente ley se aplicará a toda la actividad realizada por el sistema permanente de transporte terrestre individual de pasajeros, con excepción del sector privado que preste el servicio de transporte sin la intermediación de una plataforma abierta.

#### Artículo 3. Definiciones.

- Intermediación digital en el transporte terrestre individual de pasajeros:** Para efectos de la presente ley, se entenderá por intermediación digital, la prestación del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros a través de plataformas tecnológicas, diseñadas para interactuar entre los conductores que ofrecen el servicio y los usuarios que desean contratarlo.
- Transporte permanente:** Es el transporte público o privado prestado de manera profesional o frecuente, con el fin de satisfacer las necesidades de movilidad que atiende el sector transporte. El transporte permanente comprende el transporte intermediado por plataformas abiertas (TIPA) y el no intermediado por plataformas abiertas (TSIPA).
- Transporte ocasional:** Se refiere al transporte privado que se brinda sin la intermediación de plataformas abiertas (PAIT) y que no se presta de manera frecuente ni profesional.
- Servicio de transporte intermediado por plataformas abiertas (TIPA):** Es la actividad transportadora pública o privada terrestre individual de pasajeros que se lleva a cabo con la intermediación de una plataforma abierta (PAIT).
- Plataformas abiertas de intermediación del transporte (PAIT):** Son todos aquellos desarrollos tecnológicos o interfaces informáticas que prestan el servicio de intermediación, poniendo en contacto a un conductor que ofrece el servicio de transporte público o privado, con un consumidor que lo requiere, sin cumplir con ninguna característica que la constituiría como una PCIT.
- Operador de plataforma abierta de intermediación del transporte (OPAIT):** Es la persona jurídica autorizada por el Ministerio de Transporte para introducir en el mercado y operar una PAIT dentro del territorio nacional.
- Servicio de transporte sin la intermediación plataformas abiertas (TSIPA):** Es la actividad transportadora terrestre individual de pasajeros, de naturaleza pública o privada, que se lleva a cabo sin la intermediación de una plataforma abierta (PAIT). El TSIPA comprende la prestación de servicios de transporte individual con la asistencia de algún





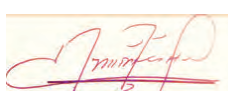


<p>tipo de plataforma cerrada, así como la prestación del servicio que se lleva a cabo sin ningún tipo de plataforma.</p> <p>8. <b>Plataformas cerradas de intermediación del transporte (PCIT):</b> Son todos aquellos desarrollos tecnológicos o interfaces informáticas que prestan el servicio de intermediación, poniendo en contacto a un conductor que ofrece un servicio de transporte público o privado, con un consumidor que lo requiere. Cualquiera de las siguientes características será suficiente para ser considerada una PCIT:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Que al menos el 80% de los usuarios conductores inscritos en la plataforma para la prestación del servicio de transporte tengan un vínculo laboral con el operador de la plataforma.</li> <li>b. Que el número de vehículos en el que se presta el servicio de transporte terrestre individual de pasajeros por medio de la plataforma sea menor a 200.</li> <li>c. Que la plataforma se dedique a la prestación del servicio de intermediación de transporte únicamente con vehículos taxi, vinculados a una empresa de taxi determinada y legalmente constituida.</li> </ul> <p>9. <b>Operador de plataforma cerrada de intermediación del transporte (OPCIT):</b> Es la persona jurídica que opera una PCIT dentro del territorio nacional.</p> <p>10. <b>Usuario contratante:</b> Son aquellas personas naturales o jurídicas que convienen con el operador de la PCIT o con el usuario conductor, en el caso de utilizar una PAIT, la adquisición de un servicio de transporte terrestre individual de pasajeros.</p> <p>11. <b>Usuario pasajero:</b> Son aquellas personas naturales a quienes se presta directamente el servicio de transporte terrestre individual de pasajeros adquirido por el usuario contratante. El usuario contratante y el usuario pasajero pueden concurrir en la misma persona.</p>	<p>12. <b>Usuario conductor.</b> Son las personas naturales que prestan el servicio de transporte terrestre individual de pasajeros mediante la conducción de un vehículo habilitado para tal fin, utilizando una plataforma de intermediación, en la cual se encuentre inscrito.</p> <p><b>Artículo 4. Principio de equivalencia funcional.</b> Toda actividad económica que busque satisfacer la necesidad del transporte terrestre individual de pasajeros al conectar usuarios, operadores y conductores, se entenderá para todo efecto jurídico, como una plataforma de intermediación que debe regirse por las reglas de la presente ley, sin importar el modelo jurídico que adopte para el cumplimiento de su objeto social.</p> <p><b>Artículo 5. Principio de competencia.</b> Deberá garantizarse que el transporte terrestre individual de pasajeros cuente con condiciones equitativas para su participación en el mercado, mejorando la calidad del servicio a conductores y pasajeros, siempre en interés de la libertad empresarial de los operadores, de sus clientes y de la economía en su conjunto.</p> <p><b>Artículo 6. Principio de libre competencia.</b> Es el conjunto de esfuerzos desarrollados por los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado. La Constitución Nacional establece el principio de libre competencia como un derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos que supone responsabilidades y está sometido a los límites que establezca la ley.</p> <p>Se prohíben las prácticas comerciales desleales entre el servicio de taxi, las PAIT y las PCIT. Para garantizar la libre competencia en el mercado de transporte individual de pasajeros, el Estado velará por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra prácticas comerciales desleales. Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales, y/o</li> </ul>
<p>2. Someter las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente para que se pronuncie sobre las reclamaciones, o para que entable las acciones judiciales pertinentes.</p> <p>El Estado deberá revisar permanentemente los modelos de negocio que surjan con las nuevas dinámicas sociales para establecer una reglamentación que las cobije y de esa forma no obstaculizar la innovación y el emprendimiento nacional, ni permitir que surjan comportamientos que distorsionen la sana competencia del mercado.</p> <p><b>Artículo 7. Principio de equidad.</b> Deberá garantizarse que los agentes que participen en el sistema del transporte terrestre individual de pasajeros estén sujetos a condiciones simétricas a su rol en el mercado, para fomentar y asegurar una competencia justa entre ellos, evitando tratos diferenciados sin justificación objetiva.</p> <p><b>Artículo 8. Principio de transparencia.</b> Se refiere a la obligación en cabeza de los OPAIT, de las PAIT o de las OPCIT, de dar a conocer los determinantes de precio y recargos aplicables que integran y justifican el valor final que se cobra al pasajero. Su publicidad se podrá dar por cualquier medio digital, pero en todo caso, ésta deberá ser anterior a la prestación del servicio.</p> <p>Parágrafo: Infracciones y sanciones del incumplimiento del principio de transparencia. En caso de que los agentes en cuya cabeza se encuentra la obligación estipulada en el artículo anterior, desconozcan el principio de transparencia, estarán sujetos a las sanciones que determine la Superintendencia de Industria y Comercio por su incumplimiento.</p> <p><b>Artículo 9. Principio de flexibilidad.</b> El Estado tomará las medidas necesarias para garantizar que el mercado en el sector de transporte terrestre individual de pasajeros sea flexible y adaptable a nuevas tecnologías, modalidades de negocio y demás innovaciones que surjan.</p>	<p>Por lo anterior, deberán establecerse lineamientos que permitan desarrollar, fortalecer, posicionar, proteger y acompañar a los actores que hagan parte de la modernización del sector del transporte terrestre individual de pasajeros.</p> <p><b>Artículo 10. Principio de sustentabilidad.</b> El Estado deberá tomar medidas que permitan el acceso de transportes sustentables al mercado del transporte terrestre individual de pasajeros a nivel nacional. Estas disposiciones deberán conducir al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social sin agotar la base de los recursos naturales renovables que el transporte sostenible utiliza, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para satisfacer sus necesidades.</p> <p style="text-align: center;"><b>TITULO I</b></p> <p style="text-align: center;"><b>TRANSPORTE TERRESTRE INDIVIDUAL DE PASAJEROS PERMANENTE</b></p> <p style="text-align: center;"><b>CAPÍTULO I</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Digitalización y Modernización del Sistema de Transporte Terrestre Individual de Pasajeros</b></p> <p><b>Artículo 11. Principio de digitalización.</b> El Estado facilitará y apoyará al sector de transporte individual de pasajeros en su propia búsqueda hacia la digitalización por medio de políticas flexibles e incentivos que apoyen tal transformación digital.</p> <p><b>Artículo 12. Principio de progresividad.</b> El Estado velará por el desarrollo continuo, sistemático e inteligente del sector de transporte terrestre individual de pasajeros. Para ello, adoptará medidas que busquen la prestación de un mejor servicio cuyo costo sea razonable, sea fácilmente accesible</p>

<p>a todas las personas, efectivo, seguro y eficiente. Tales medidas deberán ser afines a los principios enunciados en los artículos 9, 10 y 11.</p> <p><b>Artículo 13. Información estadística general o datos masivos.</b> La estadística e información general, dato masivo y no personal, no individualizable asociado a la prestación del servicio de las PAIT o PCIT podrá ser compartida de manera gratuita para fines de planeación, movilidad inteligente, flujo de tráfico y formulación de políticas públicas de transporte, los usuarios y consumidores de la PAIT o PCIT deberán estar debidamente informados y manifestar su consentimiento expreso; por tal motivo, las PAIT o PCIT deberán contar con dicha autorización. Las PAIT o PCIT deberán suministrar al Ministerio de Transporte en tiempo real y de manera veraz únicamente la información estadística y dato masivo de manera general no identificable e individualizable con el usuario, así el dato este como anónimo no estará relacionado en ningún caso con el usuario, y garantizará el derecho de libre movilidad de cada persona y sus datos personales los cuales en ningún caso podrán ser usados de manera particular y comercial. Las PAIT o PCIT deberán implementar dentro de sus políticas la protección de datos personales y en todo caso, el tratamiento de los datos suministrados estará regulado por el Régimen de Protección de Datos Personales, además de las reglas especiales que se dispongan. El procesamiento de datos generales no personales ni individualizables con el usuario lo deberá realizar PAIT o PCIT y no la entidad Estatal.</p> <p><b>Artículo 14. Principio general de protección de datos personales y prohibición de su identificación, uso o publicación personal.</b> Se prohíbe el uso, publicación o suministro de información personal, particular y cruce de la misma con la identificación del usuario y toda información privada recolectada y asociada a la prestación del servicio de las PAIT o PCIT la cual no podrá ser alterada, intercambiada o que pretenda identificar individualmente a los usuarios; así mismo, las PAIT o PCIT no podrán suministrar dicha información con fines particulares.</p> <p><b>Parágrafo.</b> Dentro de la información que las PAIT o PCIT, no podrán suministrar se encuentran el nombre, número de identificación personal, datos biométricos, información financiera, imagen,</p>	<p>circulación y movilidad particular de un usuario, información personal relacionada o cruzada con el dato masivo, dato anónimo pero relacionado directamente con un usuario y todos los demás prohibidos por la ley. La información suministrada al Ministerio de Transporte deberá circunscribirse a la estadística general y no personal de que trata este artículo y conforme con la ley 1581 de 2012 y el artículo 189 de la Constitución Política.</p> <p><b>Artículo 15. Reglamentación.</b> El Ministerio de Transporte deberá expedir en un término no mayor de seis (6) meses un reglamento para la protección de datos personales y manejo de estadísticas generales y dato masivo no individualizable con el fin de garantizar los derechos a la libre movilidad y circulación como intimidad de los usuarios la cual garantice el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en la ley 1581 de 2012 y el artículo 189 de la Constitución Política.</p> <p><b>Artículo 16. Prohibición de cláusulas abusivas.</b> En interés de los consumidores y de la libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá garantizar que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos surgidos entre los usuarios y los operadores de PAIT o PCIT.</p> <p><b>Artículo 17. Cláusulas abusivas.</b> Se entenderán como cláusulas abusivas aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.</p> <p><b>Artículo 18. Criterios mínimos para determinar si una cláusula es abusiva.</b> El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración de este, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otros contratos de los que dependa. Igualmente, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.</p>
<p><b>Artículo 19. Cláusulas que se presumen abusivas.</b> Además de lo contemplado en otras disposiciones que versen sobre la misma materia, se entenderán como abusivas, y dará lugar a las sanciones que prevea la Superintendencia de Industria y Comercio, las cláusulas que tengan por objeto o como efecto:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Excluir o limitar la responsabilidad legal de la PAIT o PCIT en caso de muerte o daños físicos del consumidor, debidos a una acción u omisión de la misma;</li> <li>2. Excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto de la PAIT o PCIT en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de cualquiera de las obligaciones contractuales del operador o el usuario conductor;</li> <li>3. Prever una obligación de resultado para el consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones de la PAIT o PCIT está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad;</li> <li>4. Permitir que la PAIT o PCIT retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir de la PAIT o PCIT una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie;</li> <li>5. Imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;</li> <li>6. Autorizar a la PAIT o PCIT a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato;</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>7. Autorizar al conductor a poner fin a un servicio de transporte, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves o urgentes previamente definidos e informados;</li> <li>8. Estipular que el precio del servicio se determine finalizada su prestación o varíe durante su prestación por criterios distintos a los informados al consumidor cuando éste toma el servicio;</li> <li>9. Conceder a la PAIT o PCIT el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferir el derecho exclusivo a interpretar cualquiera de las cláusulas del contrato;</li> <li>10. Obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando la PAIT o PCIT no hubiera cumplido con las suyas;</li> <li>11. Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular, obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándose indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndose una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.</li> </ol> <p>Parágrafo 1: La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas en la presente ley. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.</p> <p>Parágrafo 2: La Superintendencia de Industria y Comercio garantizará que se tengan en cuenta debidamente los siguientes criterios no exhaustivos e indicativos para la imposición de sanciones, cuando proceda:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La naturaleza, gravedad, escala y duración de la infracción</li> </ol>

<p>2. Las acciones emprendidas por el comerciante para mitigar o corregir los daños y perjuicios sufridos por los consumidores</p> <p>3. Toda infracción anterior del comerciante</p> <p>4. Los beneficios económicos obtenidos o las pérdidas evitadas por el comerciante debido a la infracción; si los datos pertinentes están disponibles</p> <p>5. Cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso.</p> <p style="text-align: center;"><b>CAPÍTULO II</b></p> <p style="text-align: center;"><b>Servicio de Transporte Terrestre Individual de Pasajeros Permanente Intermediado por Plataformas Abiertas</b></p> <p><b>Artículo 20. Presunción del servicio permanente.</b> Todo conductor vinculado a una PAIT para la prestación del servicio de transporte (TIPA), será considerado por la ley prestador del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros de manera permanente y deberá regirse por la presente ley sin importar la frecuencia con la que se dedique a dicha actividad.</p> <p><b>Artículo 21. Modificación del artículo 5° de la Ley 336 de 1996.</b> Modifíquese el inciso segundo del artículo 5° de la Ley 336 de 1996 el cual quedará así:</p> <p>“El servicio privado de transporte, es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización y transporte de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades, exclusivas o comerciales, permanentes y/o transitorias, de las personas naturales y/o jurídicas y sin que ello exija la vinculación a una empresa de transporte”.</p>	<p><b>Artículo 22. Protección al consumidor.</b> Las actividades de intermediación de servicio de transporte individual de pasajeros por PAIT no eximen a su operador de las responsabilidades y obligaciones establecidas en la Ley 1480 de 2012.</p> <p><b>Artículo 23. Vigilancia de los precios variables.</b> La Superintendencia de Industria y Comercio deberá vigilar que los precios variables que establezcan las PAIT a través de sus algoritmos no perjudiquen ni vayan en contra de la sana competencia que debe existir entre los agentes del transporte terrestre individual de pasajeros permanente.</p> <p>Para lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá seis (6) meses calendario, a partir de la promulgación de la presente ley, para establecer los parámetros, factores o circunstancias que utilizará como método de evaluación y vigilancia, siempre y cuando estos no transgredan la libertad empresarial de las PAIT, ni afecten su modelo de negocio.</p> <p>Parágrafo: En los parámetros mencionados, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá incluir lineamientos que permitan determinar circunstancias en las cuales las PAIT puedan llegar a incurrir en dumping u otras prácticas que atenten la libertad empresarial y la competencia leal.</p> <p><b>Artículo 24. Obligatoriedad de las pólizas civiles.</b> Serán obligatorias las pólizas de seguros civiles contractuales y extracontractuales para las OPAIT durante la prestación del servicio privado de transporte terrestre individual de pasajeros por medio de plataformas abiertas. Dichas pólizas deberán realizar, como mínimo, los amparos que hayan sido excluidos por el monto de cubrimiento del seguro SOAT, así:</p> <p>1. Póliza de responsabilidad civil contractual, que deberá cubrir al menos los siguientes riesgos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>A. Muerte y gastos funerarios;</li> <li>B. Incapacidad temporal y permanente;</li> <li>C. Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.</li> </ul>
<p>D. Hurto de mayor y menor cuantía</p> <p>E. Gastos de transporte y movilización de víctimas</p> <p>El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv, por persona.</p> <p>2. Póliza de responsabilidad civil extracontractual, que deberá cubrir al menos los siguientes riesgos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>A. Muerte o lesiones a dos o más personas;</li> <li>B. Daños a bienes de terceros;</li> <li>C. Muerte o lesiones a dos o más personas.</li> <li>D. Gastos de transporte y movilización de víctimas</li> </ul> <p>El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv, por persona</p> <p><b>Artículo 25. Fondo de responsabilidad.</b> Sin perjuicio de la obligación de mantener vigentes las pólizas de seguros y requisitos mínimos de funcionamiento señalados por la presente ley, los OPAIT y las empresas de transporte público individual de pasajeros, deberán constituir fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos civiles derivados de la prestación del servicio de transporte, cuyo funcionamiento, administración, vigilancia y control lo ejercerá la Superintendencia Financiera o la entidad de inspección y vigilancia que sea competente, según la naturaleza jurídica del fondo.</p> <p><b>Artículo 26. Autorización de las plataformas abiertas.</b> Para autorizar su introducción al mercado nacional como intermediarias entre conductores y pasajeros, las PAIT estarán sujetas a la autorización previa del Ministerio de Transporte.</p>	<p>Para otorgar la autorización, el Ministerio de Transporte evaluará que las plataformas mencionadas en el párrafo anterior cuenten con las siguientes exigencias como mínimo:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Se debe constituir como persona jurídica para solicitar la autorización de operación ante el Ministerio de Transporte.</li> <li>2. La PAIT debe demostrar que cumple con las siguientes condiciones de calidad, idoneidad y seguridad:             <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Que el pasajero conozca la ruta por la que el conductor se desplaza o desplazará desde el inicio y hasta el destino final.</li> <li>b. Que el pasajero conozca con anticipación los determinantes del precio que tendrá el servicio.</li> <li>c. Contar con tecnologías de geolocalización.</li> <li>d. Ofrecer atención al usuario, soporte técnico o módulo de quejas y reclamos, accesible para conductores y pasajeros.</li> </ul> </li> <li>3. Otras que determine el Ministerio de Transporte</li> </ol> <p><b>Artículo 27. Mínimos de operación de las PAIT.</b> La PAIT deberá garantizar, dentro de su operación, los siguientes mínimos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Garantizar que el usuario conductor tenga el seguro vehicular correspondiente y la revisión técnico mecánica vigente cuando fuese necesario.</li> <li>2. Permitir al pasajero conocer el vehículo (placa, color, modelo y año) e identificar claramente a su conductor (fotografía, licencia de conducir y documento de identidad).</li> <li>3. Los conductores de vehículos deberán contar con licencia de conducción vigente.</li> </ol>

<p>4. Permitir que el pasajero conozca con anticipación los determinantes del precio que tendrá el servicio.</p> <p>5. Contar con tecnologías de geolocalización.</p> <p>6. Informar sobre los términos y condiciones del uso de la aplicación</p> <p>7. Deberá contar con atención al usuario, soporte técnico o módulo de quejas y reclamos, accesible para usuarios conductores y pasajeros.</p> <p>8. Al finalizar el servicio, se entregará al pasajero el comprobante de pago emitido por el operador de la PAIT a través de facturación electrónica, acogida a los lineamientos requeridos por la DIAN para dicho fin.</p> <p>9. Tarjeta de control y de operación en el caso de taxis</p> <p>Parágrafo 1: La Superintendencia de Industria y Comercio será la entidad encargada de vigilar que los OPAIT cumplan y mantengan las anteriores condiciones de idoneidad, seguridad y calidad durante su operación en el territorio nacional, y podrá imponer las sanciones que determine en caso de incumplimiento.</p> <p><b>Artículo 28. Términos y Condiciones.</b> Siempre que un usuario contratante se vincule a una PAIT o una PCIT, la misma deberá facilitar de forma clara y comprensible los términos y condiciones a los que estarán sujetos. Los términos y condiciones contendrán, por lo menos:</p> <p>A. Las características principales de los bienes o servicios que se utilizan en la prestación del servicio</p> <p>B. Los requisitos solicitados al socio conductor para permitirle su vinculación a la PAIT o PCIT, y la forma como será comunicará esta al usuario pasajero</p>	<p>C. El método o sistema que implementa para la determinación del precio del servicio, incluidos los impuestos, gastos adicionales, primas, bonos, penalidades y cualquier otra prestación económica</p> <p>D. Los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, la fecha en que el operador se compromete a ejecutar la prestación del servicio, así como el sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante</p> <p>E. La duración del contrato</p> <p>F. La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables.</p> <p><b>Artículo 29. Modificación al Registro Nacional de Empresas de Transporte.</b> Modifíquese el Registro Nacional de Empresas de Transporte añadiendo la categoría de Transporte Intermediado por Plataformas Abiertas (TIPA), donde deberán registrarse de manera obligatoria todos los operadores cuyas plataformas PAIT hubiesen sido previamente autorizadas por el Ministerio de Transporte para realizar actividades de intermediación entre usuarios conductores y pasajeros en el territorio nacional, según las reglas consagradas en el artículo 28 de la presente ley.</p> <p>El Ministerio de Transporte, dentro de un plazo de seis (6) meses calendario siguientes a la promulgación de la presente ley, deberá reglamentar el procedimiento y los requisitos administrativos para la inscripción de los OPAIT en el Registro Nacional de Empresas de Transporte dentro de su categoría correspondiente.</p> <p>Parágrafo 1: Los OPAIT que no se inscriban en el Registro Nacional de Empresas de Transporte no podrán realizar, bajo ningún título o concepto, actividades de intermediación de servicio de transporte individual de pasajeros dentro del territorio nacional, a pesar de contar con la autorización previa de sus plataformas según los términos del artículo 28 de la presente ley.</p>
<p>Parágrafo 2: Los OPAIT que hayan obtenido autorización previa de sus plataformas bajo los términos del artículo 28 de la presente ley, tendrán un plazo máximo de dos (2) meses calendario para comenzar los trámites de inscripción al Registro Nacional de Empresas de Transporte. De lo contrario, deberán obtener nuevamente la autorización que señala el artículo 28 de la presente ley.</p> <p>Parágrafo 3: Los OPAIT que no estén inscritos en el Registro Nacional de Empresas de Transporte y realicen actividades de intermediación de servicio de transporte individual de pasajeros dentro del territorio nacional, estarán sujetos a las sanciones que determine el Ministerio de Transporte.</p> <p>Parágrafo 4: En caso de que se desee cambiar de OPAIT, se deberá solicitar autorización ante el Ministerio de Transporte, quien aprobará su inscripción en el Registro Nacional de Empresas de Transporte, siguiendo las reglas del presente artículo.</p> <p><b>Artículo 30. Renovación y cancelación del registro.</b> El Ministerio de Transporte podrá cancelar la matrícula de las OPAIT en el Registro Nacional de Empresas de Transporte si comprueba el incumplimiento en cualquiera de las condiciones que le merecieron la inscripción al mismo, de acuerdo con las reglas del artículo 28 de la presente ley.</p> <p>Parágrafo: El Ministerio de Transporte definirá el reglamento, las circunstancias y el procedimiento que utilizará para cancelar el Registro de las OPAIT.</p> <p><b>Artículo 31. Registro Único Nacional de Conductores PAIT.</b> El Ministerio de Transporte, dentro de un plazo de seis (6) meses calendario siguientes a la promulgación de la presente ley, deberá implementar y reglamentar el Registro Único Nacional de Conductores PAIT, donde obligatoriamente deberán inscribirse todas las personas que quieran iniciar actividades de transporte individual de pasajeros a título de usuario conductor a través de una plataforma PAIT.</p> <p>El Registro Único Nacional de Conductores PAIT deberá permitir la identificación plena de los conductores PAIT en línea y en tiempo real, así como del vehículo que cada uno de ellos conduce.</p>	<p>El Registro Único Nacional de Conductores PAIT deberá cumplir con las siguientes exigencias como mínimo:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Garantizar que el trámite de inscripción al Registro se lleve a cabo de una manera accesible y eficiente. La diligencia deberá ser capaz de realizarse completamente en línea.</li> <li>2. El Registro deberá ser de consulta abierta para los ciudadanos, garantizando el acceso en tiempo real a la información, siempre que se ajuste a los lineamientos y exigencias establecidas en la ley de habeas data.</li> </ol> <p>Parágrafo 1: Los OPAIT no podrán permitir la vinculación de usuarios conductores a sus plataformas sin que hayan completado la inscripción al Registro Único Nacional de Conductores PAIT. Los operadores estarán sujetos a las sanciones que determine el Ministerio de Transporte en caso de incumplimiento de lo anterior.</p> <p>Parágrafo 2: Cada conductor sólo se podrán hacer modificaciones a este registro una vez por mes.</p> <p><b>Artículo 32. Información del Registro Único Nacional de Conductores PAIT.</b> Para inscribirse satisfactoriamente en el Registro Único Nacional de Conductores PAIT, el interesado deberá suministrar la siguiente información:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Su nombre completo</li> <li>2. Su cédula de ciudadanía</li> <li>3. Una fotografía reciente</li> <li>4. Su licencia de conducción</li> <li>5. La placa del (os) vehículo (s) con los que prestará el servicio de transporte individual de pasajeros a título de usuario conductor en la plataforma PAIT.</li> </ol>

<p>6. Las demás que determine el Ministerio de Transporte.</p> <p><b>Artículo 33. Vigencia de licencias de conducción.</b> El artículo 22 de la ley 769 de 2002, modificado por el artículo 6 de la Ley 1383 de 2010, modificado por el artículo 197 del Decreto Nacional 019 de 2012, quedará así:</p> <p>“Artículo 22. Vigencia de la Licencia de Conducción. Las licencias de conducción para vehículos de servicio particular tendrán una vigencia de diez (10) años para conductores menores de sesenta (60) años de edad, de cinco (5) años para personas entre sesenta (60) años y ochenta (80) años, y de un (1) año para mayores de ochenta (80) años de edad.</p> <p>Las licencias de conducción para vehículos de servicio público tendrán una vigencia de cinco (5) años para conductores menores de sesenta (60) años de edad y de un (1) año para mayores de sesenta (60) años de edad.</p> <p>Las licencias de conducción se renovarán presentando un nuevo examen de aptitud física, mental y de coordinación motriz, y previa validación en el sistema RUNT que la persona se encuentra al día por concepto de pago de multas por infracciones a las normas de tránsito, debidamente ejecutoriadas”.</p> <p><b>Artículo 34. Licencia de conducción.</b> Toda persona que quiera iniciar actividades de transporte individual de pasajeros a título de usuario conductor a través de una plataforma PAIT, deberá contar como mínimo con licencia de conducción B1.</p> <p>Parágrafo: Si el vehículo con el que se presta el servicio de transporte es un taxi, la licencia de conducción exigida para el mismo será C1.</p> <p><b>Artículo 35. Exámenes médicos psicosenométricos.</b> Los usuarios conductores de PAIT deberán acreditar cada 5 años exámenes médicos que verifiquen sus condiciones físicas, psíquicas y motrices para seguir prestando servicio de transporte individual de pasajeros.</p>	<p>Los exámenes deberán realizarse en un centro de reconocimiento habilitado por el Ministerio de Transporte el cual, una vez obtenido los resultados, los enviará al sistema RUNT para su validación y procesamiento.</p> <p>El sistema RUNT notificará, en caso de haber obtenido resultados satisfactorios en el examen médico psicosenométrico, al usuario conductor, expidiendo una autorización electrónica que certifique que este último cuenta con las condiciones médicas necesarias para continuar prestando servicio de transporte individual de pasajeros en la PAIT a la que se encuentre afiliado.</p> <p>El OPAIT deberá dar de baja al usuario conductor que no cumpla con las condiciones de salud requeridas para prestar el servicio de transporte individual de pasajeros.</p> <p>Parágrafo: El presente artículo no será aplicable para los conductores de taxis. Estos deberán renovar su licencia de conducción de conformidad a lo establecido en el artículo 33 de esta ley.</p> <p><b>Artículo 36. Seguimiento de los exámenes médicos psicosenométricos.</b> Los OPAIT no podrán permitir que sus usuarios conductores presten servicio de transporte terrestre individual de pasajeros a través de sus plataformas, si estos no acreditan la realización de los exámenes médicos psicosenométricos y la debida certificación del sistema RUNT bajo los términos del artículo 35 de la presente ley.</p> <p>En caso de incumplimiento de lo anterior, los operadores de las PAIT estarán sujetos a las sanciones que determine el Ministerio de Transporte.</p> <p><b>Artículo 37. Identificación de conductores autorizados.</b> Las autoridades de tránsito podrán identificar a los conductores autorizados para prestar servicio de transporte individual de pasajeros a través de PAIT, verificando que se encuentren satisfactoriamente inscritos en el Registro Único Nacional de Conductores PAIT, bajo los términos de los artículos 31 y 32 de la presente ley.</p>
<p style="text-align: center;"><b>TÍTULO II</b></p> <p style="text-align: center;"><b>SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR INDIVIDUAL DE PASAJEROS EN VEHÍCULO TAXI</b></p> <p><b>Artículo 38. Eliminación de la restricción al incremento de taxis.</b> Elimínese la restricción de la que trata la sección 7 del capítulo 3 del Decreto 1079 de 2015 del Ministerio de Transporte. El Ministerio de Transporte tendrá seis (6) meses a partir de la promulgación de la presente ley para reglamentar esta medida. A partir de la entrada en vigencia de dicha reglamentación administrativa, los municipios o en quienes estos deleguen las labores de la administración del transporte, no podrán imponer un límite en el número de matrículas o de tarjetas de operación concedidas para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi. Para efectos de la presente ley, llámese “Desmonte del Sistema de Cupos” a la eliminación de la restricción de la que trata este artículo.</p> <p><b>Artículo 39. Fondo Nacional de Aportes Obligatorios de Transporte.</b> Créese el Fondo Nacional de Aportes Obligatorios de Transporte (FONAPOT), como un patrimonio autónomo de carácter fiduciario permanente, sin personería jurídica, sin estructura administrativa, con domicilio el Distrito Capital de Bogotá, adscrito al Ministerio de Transporte y administrado por su Junta Directiva.</p> <p><b>Artículo 40. Objeto y etapas del FONAPOT.</b> El Fondo Nacional de Aportes Obligatorios de Transporte tendrá dos etapas con dos objetos distintos.</p> <p>La primera etapa será la compensatoria, en donde su objetivo será compensar de manera pecuniaria los perjuicios causados por el Desmonte del Sistema de Cupos en favor de aquellos propietarios de vehículos taxi que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, estén habilitados para</p>	<p>prestar el servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi.</p> <p>Una vez se haya surtido esta primera etapa, le sucederá la etapa conservativa, en la que los recursos obtenidos por el FONAPOT serán destinados a la inversión en el mantenimiento de la malla vial, así como en la digitalización y la modernización del sector transporte terrestre individual de pasajeros en las ciudades o municipios de donde provengan los fondos, asignándose de manera proporcional de acuerdo al aporte de cada entidad territorial.</p> <p><b>Artículo 41. Ingresos del FONAPOT.</b> El FONAPOT se compondrá de recursos que provendrán y serán apropiados a partir de las siguientes fuentes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>A. Las plataformas abiertas de intermediación del transporte (PAIT), quienes deberán hacer una contribución correspondiente al 1% sobre el valor facturado por cada Servicio Privado de Transporte Intermediado.</li> <li>B. Las plataformas abiertas de intermediación del transporte (PAIT), las cuales deberán realizar un aporte al momento de hacer el registro que les permita prestar el servicio de intermediación. Este aporte será de 60 SMLMV.</li> <li>C. Los propietarios de nuevos vehículos taxi que ingresen al servicio público, quienes deberán realizar un aporte obligatorio al momento de habilitar su vehículo para la prestación del servicio público de transporte terrestre individual de pasajeros en vehículos taxi. Este aporte lo reglamentará el Ministerio de Transporte para cada municipio. El precio asignado será directamente proporcional a la categorización de municipios y distritos establecido en el artículo 7 de la ley 1551 de 2012, siendo los municipios de sexta categoría los que tengan un menor aporte y los de categoría especial un mayor aporte.</li> <li>D. Los usuarios conductores de PAIT en el sector privado, quienes deberán realizar un aporte obligatorio cuando (i) se registren como conductores de servicio privado de transporte de</li> </ul>

<p>PAIT y (ii) registren sus vehículos para el TIPA en vehículo privado. La suma de estos dos aportes deberán ser equivalentes al costo del aporte al que se refiere el literal C de este artículo para municipios de categoría 1.</p> <p>Parágrafo 1: Una vez cumplida la etapa compensatoria, la contribución correspondiente al literal A de este artículo será eliminada.</p> <p>Parágrafo 2: Los aportes obligatorios a los que se refiere este artículo serán reglamentados por el Ministerio de Transporte en un plazo no mayor a seis (6) meses calendario contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.</p> <p><b>Artículo 42. Órganos del FONAPOT.</b> El FONAPOT tendrá como único órgano de administración a una junta directiva integrada por:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La (el) Ministra(o) de Transporte o su delegado.</li> <li>2. La (el) Viceministra(o) de Infraestructura del Ministerio de Transporte o su delegado.</li> <li>3. La (el) Ministra(o) de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o su delegado.</li> <li>4. La (el) Viceministra(o) de Economía Digital del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o su delegado.</li> <li>5. Tres (3) representantes del gremio Alianza IN.</li> <li>6. Tres (3) representantes del gremio de los taxistas.</li> <li>7. Un (1) representante de la Red Nacional de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio.</li> </ol> <p>Los integrantes de la Junta Directiva serán acreditados ante el Ministro de Transporte o su delegado y por el respectivo superior jerárquico u órgano que lo haya designado para integrar la Junta.</p>	<p>La Junta Directiva del Fondo se reunirá como mínimo seis (6) veces cada año con el fin de evaluar el estado de los recursos y su debida implementación.</p> <p><b>Artículo 43. Compensación a los propietarios de vehículos taxi.</b> Con el fin de compensar el lucro cesante generado a propietarios de los taxis a causa del Desmonte del Sistema de Cupos, durante la etapa compensatoria, el FONAPOT girará mensualmente una suma de dinero a los propietarios de vehículos de taxi a nivel nacional, que será determinada por la Junta Directiva de esta entidad.</p> <p><b>Artículo 44. Beneficiarios de la compensación.</b> Los beneficiarios de la compensación a la que se refiere el artículo anterior serán los propietarios de al menos un (1) vehículo taxi que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, estén habilitados para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi en al menos un (1) municipio donde exista restricción para el ingreso de nuevos taxis por sobreoferta en los términos del artículo 2.2.1.3.7.3 del decreto 1079 de 2015.</p> <p><b>Artículo 45. Condiciones previas para la fijación del monto de compensación.</b> Previo a iniciar los desembolsos a los que se refiere el artículo 43, la Superintendencia de Transporte deberá designar una comisión especial y temporal con el objetivo de desarrollar un estudio de mercado en los municipios donde existe una restricción al ingreso de nuevos taxis al parque automotor por sobreoferta en los términos del artículo 2.2.1.3.7.3 del Decreto 1079 de 2015.</p> <p>Este estudio deberá determinar cuál es el valor comercial que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se paga en el mercado para que el propietario de un vehículo habilitado y registrado para la prestación del servicio público de taxi renueve la tarjeta de operación en favor del vehículo de un tercero. Para efectos de esta ley, la renovación de la tarjeta de operación en la forma que se describe en este artículo llevará el nombre de Cupo.</p> <p><b>Artículo 46. Fijación del monto de compensación.</b> Los montos de la compensación mensual a la que se refiere el artículo 43, se fijarán de manera proporcional al valor del cupo calculado por</p>
<p>la Superintendencia de Transporte para cada municipio. El monto de la compensación dependerá de la cantidad de recursos monetarios que lleguen al FONAPOT. La junta directiva de esta entidad decidirá el monto girado para cada mes, teniendo en cuenta como mínimo las características establecidas en esta ley.</p> <p><b>Artículo 47. Finalización de la etapa compensatoria del FONAPOT.</b> La compensación a la que se refieren los artículos anteriores dejará de causarse en el momento en que el FONAPOT haya girado a cada beneficiario lo correspondiente al 70% del valor de un cupo por cada vehículo que le pertenezca en las condiciones del artículo 44 de esta ley. Los beneficiarios sólo tendrán derecho al valor del cupo que la Superintendencia de Transporte haya determinado para el municipio donde esté registrado el vehículo.</p> <p><b>Artículo 48. Etapa conservatoria.</b> Una vez finalice la etapa compensatoria, la inversión de los fondos del FONAPOT será destinada a la inversión en el mantenimiento de la malla vial, así como en la digitalización y la modernización del sector transporte terrestre individual de pasajeros en las ciudades o municipios de donde provienen los fondos, asignándose de manera proporcional de acuerdo con el aporte de cada entidad territorial.</p> <div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="text-align: center;">  <p><b>CARLOS EDUARDO ACOSTA LOZANO</b> Representante a la Cámara</p> </div> <div style="text-align: center;">  <p><b>JOHN MILTON RODRÍGUEZ</b> Senador de la República</p> </div> </div> <div style="display: flex; justify-content: space-around; margin-top: 20px;"> <div style="text-align: center;">  <p><b>EDUARDO EMILIO PACHECO</b> Senador de la República</p> </div> <div style="text-align: center;">  <p><b>EDGAR ENRIQUE PALACIO MIZRAHI</b> Senador de la República</p> </div> </div>	<div style="display: flex; justify-content: space-around; margin-top: 20px;"> <div style="text-align: center;">  <p><b>JAIRO CRISTANCHO TARACHE</b> Representante a la Cámara</p> </div> <div style="text-align: center;">  <p><b>MARIA CRISTINA SOTO DE GOMEZ</b> Representante a la Cámara</p> </div> </div> <div style="text-align: center; margin-top: 20px;">  <p><b>OSWALDO ARCOS BENAVIDES</b> Representante a la Cámara Departamento Valle del Cauca</p> </div>

<p style="text-align: center;"><b>EXPOSICIÓN DE MOTIVOS</b> <b>PROYECTO DE LEY No. ---</b></p> <p style="text-align: center;"><i>“Por medio del cual se dictan disposiciones que modernizan el sistema de transporte terrestre individual de pasajeros, estableciendo las condiciones de seguridad, sana competencia y equitativa participación en el mercado entre todos los prestadores permanentes del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros”.</i></p> <p><b>(I) Objeto del proyecto de Ley.</b></p> <p>Este proyecto de ley tiene como objeto la modernización de las normas que regulan el sistema de transporte terrestre individual de pasajeros. En ese sentido, esta norma busca establecer para todos aquellos que se encuentren prestando este servicio las mismas condiciones de seguridad promoviendo así una sana competencia y una equitativa participación en el mercado.</p> <p>Adicionalmente, este proyecto de ley pretende dar unos lineamientos generales que todo prestador de transporte individual de pasajeros debe cumplir al momento de elaborar las cláusulas del contrato que va a regular la relación entre él y los usuarios de su servicio.</p> <p><b>(II) Exposición de Motivos.</b></p> <p><b>a. La transformación digital en Colombia</b></p> <p>La cuarta revolución industrial ha transformado completamente a la sociedad moderna, pues ha generado una ruptura en todas las industrias de la economía por medio de la transformación digital. De esta manera, hemos cambiado la forma en la que nos comunicamos, nos relacionamos, nos transportamos y hacemos negocios. Esta industria 4.0 no distingue fronteras, en parte porque su misma naturaleza es precisamente la de desdibujar la línea divisoria entre lo digital y lo físico. Colombia no ha sido ajena a las transformaciones generadas por esta revolución tecnológica, en particular en nuestra economía. Uno de los fenómenos que ha originado esta transformación son las plataformas digitales, las cuales representaban el 0,2% del PIB colombiano para el 2020 (Fedesarrollo, 2020). Así mismo, se calcula que a través de ellas se crean y se conservan 200 mil empleos con un ingreso promedio a los 785 mil pesos mensuales, lo que se traduce en aproximadamente 2.1 billones de pesos al año en ingresos para los colaboradores de las plataformas (Fedesarrollo, 2020).</p> <p>El impacto que ha tenido esta nueva industria no se limita al aumento de ingresos y a la creación de empleos, esto se puede observar en un reciente estudio de Fedesarrollo (2020), donde se concluyó que estas herramientas tecnológicas promueven un mayor cumplimiento fiscal,</p>	<p>incrementan los pagos por medios electrónicos, aumentan la bancarización de los prestadores de servicios, fomentan la formalización empresarial al exigir que sus asociados lleven registro de contabilidad y tramiten registro de Cámara de Comercio y, desde la perspectiva laboral, generan grandes beneficios como la libertad de horario, el acceso al mercado laboral y la apertura de alternativas laborales.</p> <p>Como respuesta a este abrumante crecimiento de las plataformas electrónicas, se considera que el Estado Colombiano debe adoptar una legislación moderna y completa que le permita adaptarse a estos cambios. Uno de los sectores que requiere con mayor prioridad una regulación es el del sector del transporte individual de pasajeros mediado por interfaces digitales, pues representa, junto con el servicio de mensajería, el 85% de los servicios ofrecidos por las plataformas digitales (Fedesarrollo, 2020), y es por esto que es el sector que se decidió regular por medio de la presente ley.</p> <p><b>b. Antecedentes de las plataformas digitales de transporte en Colombia</b></p> <p>En el año 2013 llega a Colombia Uber, la primera plataforma digital que ofrece a sus usuarios servicio de transporte. Dicha plataforma tuvo éxito debido a la calidad en el servicio y sus facilidades de pago.</p> <p>El éxito de UBER ocasionó que Colombia fuera un atractivo para otros empresarios que prestaban el mismo servicio ocasionado la llegada a Colombia de otras plataformas.</p> <p>Lo anterior afectó al gremio de taxistas ya que los usuarios preferían este tipo de plataformas y no su servicio disminuyendo así su cuota de mercado. Por lo anterior este gremio en particular manifestó que ellos estaban en desventaja frente a estas plataformas, especialmente UBER, ya que ellos sí estaban obligados a pagar impuestos y a cumplir con la política de cupos (Reyes, 2015).</p> <p>Así mismo, los taxistas en el año 2015 realizaron varias manifestaciones con el objetivo de que el Gobierno Nacional definiera la situación legal de dichas plataformas, que para ese momento operaban de manera ilegal, y estableciera las condiciones de igualdad entre ellas y los taxistas (Reyes, 2015).</p> <p>En ese sentido, el 27 de noviembre de 2015 se expidió el Decreto 2297 de 2015 <i>“Por el cual se modifica y adiciona el Capítulo 3, Título 1, Parte 2, Libro 2 del Decreto 1079 de 2015, en relación con la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en los niveles básico y de lujo”</i> que lo que pretendía era regular la plataforma de UBER como un servicio de transporte de lujo.</p> <p>Sin embargo, Uber rechaza el decreto 2297 de 2015 ya que “deja por fuera a nuevos jugadores, es decir, a todo aquel que no sea taxista, pues “restringe esta categoría a los actuales propietarios de</p>
<p>taxi amarillos y al sistema de cupos existente”, cupos que “se encuentran monopolizados por particulares y se transan en un mercado informal sin ningún control” (Portafolio, 2016a)</p> <p>Posteriormente, el Gobierno Nacional expide la Resolución 2163 de mayo 27 de 2016 “Por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015 y se dictan otras disposiciones”. No obstante, UBER volvió a expresar su negativa a acogerse a la anterior Resolución ya que, ellos manifiestan que no son una empresa de transporte de lujo (Portafolio, 2016b), sino una empresa de software que presta el servicio de intermediación entre los socios conductores y los usuarios (Uber, 2015).</p> <p>Al no acogerse a la anterior regulación, la empresa Cotech SAS (Taxis Libres) inició una demanda contra UBER, UBER Tech y UBER Colombia ante la Superintendencia de Industria y Comercio por actos de competencia desleal en el mercado de transporte público en Colombia.</p> <p>El 20 de diciembre de 2019, la Superintendencia emite sentencia respecto a la demanda interpuesta por Cotech SAS en la que determinó que estas UBER, UBER Tech y UBER Colombia incurrieron en actos de competencia desleal por violación de normas y desviación de clientela (artículos 8 y 18 de la Ley 256 de 1996) al prestar irregularmente el servicio público individual de transporte (SIC, 2019)</p> <p>Lo anterior permite observar que Colombia necesita modernizar la normatividad que regula el sistema de transporte terrestre individual de personas con el objetivo de que las nuevas formas de prestar este servicio sean cobijadas por la norma y pueda operar de manera legal atendiendo a criterios como la sana competencia y la equitativa participación en el mercado.</p> <p><b>c. Creación de nuevas figuras en materia de transporte</b></p> <p><i>(i) Intermediación.</i></p> <p>Lo primero que se tuvo en cuenta a la hora de regular el servicio de transporte prestado a través de plataformas electrónicas fue asegurarse de estructurar una ley que no asentara más la diferencia entre el sector público y el privado, sino que por el contrario estableciera categorías que permitieran agrupar uniformemente las dos formas de prestación del servicio y creando un entorno de competitividad e igualdad de condiciones para todo el sector. Así mismo, se procuró que todos los servicios regulados en la ley giraran en torno al servicio de intermediación digital del transporte, definiendo este término de manera amplia e incluyente para así abarcar una amplia gama de modalidades en las cuales se llega a prestar este servicio, de forma tal que las sociedades comerciales que se dediquen a estas labores no puedan separarse de la regulación con el pretexto de prestar un servicio distinto al que la ley regula.</p> <p><i>(II) Transporte ocasional y permanente.</i></p>	<p>Se encuentra pertinente tener como principal criterio para la clasificación del sistema de transporte terrestre individual de pasajeros, la frecuencia de la prestación del servicio, así como, el fin buscado con el desempeño del mismo, esto es, categorizar el transporte dependiendo de si su carácter es “permanente” u “ocasional”, siendo ésta última modalidad, objeto de excepción de las regulaciones bajo las cuales se pretende enmarcar el proyecto de ley. Lo expuesto a priori, sabiendo que carece de relevancia regular aquel transporte que es prestado con poca frecuencia y sin el objetivo de hacer de la prestación del servicio, una fuente de ingresos permanente o una actividad profesional para el conductor, entonces, no es necesario colocar cargas gravosas a estas personas naturales. A diferencia de lo ocurrido en el transporte permanente, ámbito hacia el cual sí se deben dirigir las disposiciones legales del presente proyecto de ley, para así, digitalizarlo y modernizarlo.</p> <p><i>(iii) Actores de las plataformas.</i></p> <p>Con un espíritu similar al empleado para categorizar las diferentes modalidades de prestación del servicio de transporte o modelos de negocio, se propone distinguir entre los diferentes actores que interactúan entre sí en la prestación del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros, ya que el usuario contratante no siempre es el que se beneficia del servicio de transporte, como sí lo hace el usuario pasajero y esto, resulta relevante en temas de responsabilidad contractual y extracontractual, al igual que para temas contables y de facturación.</p> <p><i>(iv) Presunción del servicio permanente</i></p> <p>De acuerdo con el artículo 66 del Código Civil “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.</p> <p>Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.” Es decir, se parte de un hecho cierto para predecir un hecho incierto, en este caso el hecho cierto comprende a los conductores que trabajan con plataformas de intermediación cada cierto tiempo y el hecho incierto es la frecuencia con la que brindan el servicio.</p> <p>Para esta ley se realizó una presunción que reconozca como permanentes a los conductores de las PAIT con el objetivo de que estos se encuentren funcionando bajo un marco jurídico sin tener en cuenta la frecuencia con la que se preste el servicio de transporte y se les considere a los</p>



<p>conductores como prestadores permanentes de transporte. Esta necesidad surge debido a que los conductores ocasionales no presentan regulación y tampoco es el objetivo del presente proyecto de ley. Por lo tanto, todos los conductores de las PAIT se vean incluidos dentro de la prestación de servicio de transporte permanente.</p> <p><b>d. Digitalización y Modernización del Sistema de Transporte Terrestre Individual de Pasajeros</b></p> <p>Reconociendo la inmersión del mundo digital en la cotidianidad colombiana en diversos ámbitos, pero de forma precisa en el transporte terrestre individual de pasajeros cuya evolución ha sido variada, es pertinente fijar una normatividad que equilibre las cargas, obligaciones y condiciones de los distintos oferentes del servicio, adecuándose en un marco de igualdad y respeto de la competencia entre estos sujetos, así como en las relaciones con el usuario respecto a la posibilidad de darse la figura de las cláusulas abusivas.</p> <p>Por consiguiente, tratando la temática del Capítulo I del Título I, se evaluará la pertinencia y razón que fundamenta la proposición de este proyecto abordando tres tópicos en los cuales se compendian los artículos, iniciando por los principios que rigen este elemento, continuando con un análisis de la información de las PAIT Y PCIT con fines gubernamentales y finalmente, determinando el tratamiento de las cláusulas abusivas en las relaciones que surjan entre los prestadores y usuarios.</p> <p><i>(i) Principios.</i></p> <p>El principio de digitalización tiene como objeto que el Estado apoye y facilite a través diferentes políticas públicas e incentivos, a todas aquellas personas que busquen acceder al sistema de transporte terrestre individual de pasajeros a través de plataformas digitales cerradas o abiertas de intermediación de transporte.</p> <p>El principio de progresividad se plantea como una garantía de mejoramiento en el transporte, favoreciendo los avances y novedades que hagan de este un óptimo servicio tanto para el usuario como para el prestador; por lo tanto, es una necesidad mantener esta actividad en virtud de su impacto en la sociedad, evitando retrocesos que hagan más gravosa la situación de quienes participan y se benefician de ésta.</p>	<p><i>(ii) Flexibilidad y sostenibilidad del Sistema de Transporte Terrestre Individual de Pasajeros.</i></p> <p>Actualmente existen sistemas novedosos de transporte en el país tales como Uber, Beat, Didi, entre otros. Estas plataformas no se encuentran reguladas y operan en la ilegalidad. El año pasado se suspendió el funcionamiento de la Plataforma Uber debido a un fallo de la Superintendencia de Industria y Comercio el cual recientemente fue revocado por el Tribunal Supremo de Bogotá. Desde la llegada de estas plataformas al país se les ha perseguido en lugar de buscar una regulación que permita incluirlas en el mercado del sector transporte. Los medios de transporte tradicionales han buscado la salida de estas plataformas en lugar de encontrar formas de modernizarse y brindar un mejor servicio a los usuarios.</p> <p>Por otro lado, según el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible la contaminación atmosférica es una de las principales problemáticas del país, siendo esta el tercer factor generador de costos sociales, después de la contaminación del agua y de los desastres naturales, debido a los impactos generados tanto en la salud como en el ambiente. Ahora bien, la magnitud del problema posicionó a Colombia en el 2019 como el sexto país más contaminado de Latinoamérica. Entre las principales causas de este problema y su magnitud, están las emisiones producidas por el transporte en las ciudades, transportes ineficientes que consumen en gran medida combustibles fósiles y causan una dependencia energética del petróleo de la que surge la necesidad de buscar alternativas que sustituyan dichos combustibles de modo que se obtenga una ventaja competitiva para el desarrollo económico y se garantice la seguridad energética del país.</p> <p>Por otra parte, teniendo en cuenta el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano consagrado en el artículo 79 de la Constitución Política; la ley 1964 de 2019 "Por medio de la cual se promueve el uso de vehículos eléctricos en Colombia y se dictan otras disposiciones.", la ley 23 de 1973 la cual busca "prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del Territorio Nacional.", los lineamientos establecidos por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente" y las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en las leyes 99 de 1993 por medio de la cual se establece que "El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.", 164 de 1994, por medio de la cual se incorpora al ordenamiento jurídico interno la "Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", 1844 de 2017 que incorpora al ordenamiento jurídico colombiano el "Acuerdo de París" y demás regulaciones internacionales incorporadas al ordenamiento concordantes</p>
<p>al tema, es imperativo que el Estado tome medidas y estrategias necesarias y suficientes para el cumplimiento de lo ya expuesto.</p> <p>Se propone:</p> <p>El principio de flexibilidad, el cual busca que el mercado sea más incluyente con modelos de negocio innovadores y el uso de tecnología en el sector transporte. Del mismo modo, se persigue que la innovación sea lo que guíe el sistema de transporte y para ello se deben dar circunstancias propicias como lo es la flexibilización del mercado. Adicionalmente, al desarrollar, fortalecer, posicionar, proteger y acompañar a los agentes que contribuyen a la modernización del sector estamos propiciando el desarrollo, emprendimiento y demás elementos que harán del sistema de transporte mucho más versátil y efectivo.</p> <p>El principio de sostenibilidad en el sector del transporte terrestre individual de pasajeros que promoverá la entrada de transporte de cero emisiones y la movilidad sostenible al país, contribuyendo al mismo tiempo al mejoramiento de la calidad del aire y disminución de enfermedades relacionadas con la contaminación atmosférica, siendo así una solución parcial a la problemática.</p> <p><i>(iii) Manejo de información para el uso gubernamental.</i></p> <p>En Colombia la protección de la información personal tiene su punto de partida en el artículo 15 constitucional, siendo secundado por la ley 1581 de 2012, la cual surgió a partir del vacío normativo que dejó la ley estatutaria 1266 de 2008 y sus decretos reglamentarios, dado que su orientación era la protección de datos comerciales y financieros, aunque los principios contenidos allí son de aplicación extensiva a todas las bases de datos personales<sup>[1]</sup> considerando que la función del derecho de habeas data es equilibrar la situación entre el sujeto concernido por el dato y quien tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo<sup>[2]</sup>.</p> <p>De hecho, la Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado el deber de las plataformas virtuales de la protección de los datos personales que administren para evitar el menoscabo de las libertades y derechos, reforzando las medidas para ejecutar tal obligación<sup>[3]</sup>.</p> <p>Sin embargo, en el caso de este proyecto, la recopilación de información que se propone es generalizada nunca individualizada, puesto que tal característica no se reconoce como un elemento decisivo para el bienestar social; de modo que la anonimidad como base de la recopilación es</p>	<p>fundamental y la legitimidad en su adquisición, se deriva del usuario y se materializa con su consentimiento, pero dada la especificidad del ámbito, es necesario una reglamentación al respecto.</p> <p>Ahora bien, los datos que pueden ser recolectados en las PAIT o PCIT tienen la potencialidad de brindar patrones o elementos útiles en la conformación de planes, operaciones o políticas gubernamentales en materia de movilidad debido a que pueden generar criterios de logística, planificación y administración que fortalezcan una mejor distribución urbana tras una evaluación del desplazamiento humano mediante el transporte terrestre, lo cual permitiría crear medidas estructuradas tendientes a integrar distintas formas de transporte.</p> <p>Es propio de las ciudades inteligentes la priorización de la información que permitirá el desarrollo de políticas especializadas en el lugar mediante la información que, a pesar de no ser tan detallada como Big Data, provee visualización de información que colabora a la persecución de los fines de la sociedad<sup>[4]</sup>.</p> <p>Igualmente, la practicidad de adquirir este tipo de información partir de las plataformas virtuales es amplia, debido a que se realiza no sólo la prestación de un servicio sino la adquisición de información para perfeccionar el transporte en general, debido a que las variables son fijadas siguiendo un comportamiento repetitivo, teniendo mayor inmediatez por la capacidad de predicción.</p> <p>En conclusión, la protección de los datos personales es un elemento esencial cuyo desarrollo se puede identificar en las normas que lo avalan, no obstante, algunos datos que puedan adquirir las PAIT o PCIT son de gran utilidad para construir planes de acción frente a las necesidades de las personas a partir de un análisis generalizado del comportamiento social bajo variables idóneas, respetando los lineamientos en materia de habeas data.</p> <p><i>(IV) Cláusulas abusivas.</i></p> <p>Según el artículo 83 de la Constitución Política "todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe". Así mismo, La Corte</p>

<p>Constitucional en varias sentencias entre ellas la Sentencia C 1194 de 2008 explica que "(...) la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada."<sup>[5]</sup></p> <p>En ese sentido, el ordenamiento jurídico establece que, dentro de ninguna clase de contrato, especialmente aquellos denominados contratos de adhesión pueden existir cláusulas que contraríen la buena fe entendida como la confianza y la lealtad que se exige entre las partes, dichas cláusulas reciben el nombre de cláusulas abusivas.</p> <p>La definición de cláusulas abusivas se encuentra en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, dicho artículo establece que "Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos".</p> <p>Teniendo en cuenta que los contratos que actualmente rigen la relación entre los operadores de las plataformas digitales y sus usuarios no tienen protección alguna por parte de la ley, en la mayoría de ellos existen cláusulas abusivas que afectan a los usuarios.</p> <p>Por ello, se hace necesario que exista dentro de las normas que van a modernizar el sistema de transporte terrestre individual de pasajeros un marco general, sobre el cual las plataformas digitales deben elaborar las cláusulas del contrato que va a regular la relación entre ellos.</p> <p>En ese sentido, lo que pretende el proyecto es que los operadores de las plataformas abiertas o cerradas de intermediación de transporte supriman y eviten el uso de cláusulas abusivas dentro de sus contratos.</p> <p>Para tal efecto el proyecto de ley en artículo 17 prohíbe las cláusulas abusivas dentro de los contratos entre los usuarios y operadores; el artículo 18 establece que se entienda por cláusula abusiva; el artículo 19 establece los criterios que sirven para establecer si una determinada cláusula es abusiva o no; y finalmente el artículo 20 establece un listado de aquellas cláusulas que pueden ser abusivas y, adicionalmente, los criterios que la Superintendencia deberá tener en cuenta para la imposición de las respectivas sanciones.</p> <p>Se propone:</p> <p><i>El presente proyecto de ley en el Capítulo I del Título I expone una serie de normas cuya finalidad es brindar una nueva perspectiva al Sistema de Transporte Terrestre Individual</i></p>	<p><i>de Pasajeros para permitir una innovación que, de apertura a nuevos modelos de transporte, desarrollando en un espacio más amplio y organizado tal actividad.</i></p> <p><i>Es por ello, que el actual sistema de transporte no sigue las últimas tendencias y puede convertirse en una carga para quienes hacen parte de este por su obsolescencia, además que los avances tecnológicos otorgan mayor articulación con los requerimientos actuales.</i></p> <p><i>Es así como el principio de la digitalización conecta el presente y el futuro, mientras que el principio de progresividad consolida paulatinamente cada cambio y novedad hacia la calidad, procurando una simetría entre las cargas, condiciones y deberes de sus intervinientes.</i></p> <p><i>Por consiguiente, el proyecto determina un límite a las cláusulas abusivas que se proponen en los vínculos jurídicos que en el sistema se originan, ajustando convencionalmente los términos para perjudicar a quien está en una situación de desventaja; por ello, la proscripción de tales cláusulas en los contratos responde a la realidad y la forma en que esta afecta la buena fe de los usuarios.</i></p> <p><i>Finalmente, el articulado ve en la inmersión de nuevas tecnologías una oportunidad de adquirir información para las actividades ejecutadas por entidades gubernamentales con el fin de clarificar aspectos propios del sistema y con base en este desplegar actuaciones en respuesta a sus exigencias, respetando el derecho de habeas data y el principio de anonimidad en la recolección de datos para tales fines.</i></p> <p><b>e. Modificación al artículo 5o de la ley 336 de 1996</b></p> <p>La ley 336 de 1996 o Estatuto General de Transporte tiene por objeto unificar los principios y los criterios que servirán de fundamento para la regulación y reglamentación del Transporte Público. En su artículo 5º se estipula la definición de servicio privado de transporte como:</p> <p><i>"El servicio privado de transporte es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas. En tal caso sus equipos propios deberán cumplir con la normatividad establecida por el Ministerio de Transporte. Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá</i></p>
<p><i>realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto."</i></p> <p>Sin embargo, el objetivo de este artículo es realizar dos cambios esenciales a la definición anteriormente mencionada en el artículo 5º de la ley 336 de 1996. El primer cambio busca añadir más ámbitos a las actividades que realicen las personas naturales y/o jurídicas. En el artículo vigente se estipulan únicamente las actividades exclusivas, pero en el artículo que promovemos se incluyen actividades comerciales, permanentes y/o transitorias de las personas naturales y/o jurídicas para así incluir más actores a la definición estipulada en el Estatuto General de Transporte.</p> <p>El segundo cambio busca que se incluyan más actores al mercado y estos puedan prestar el servicio de transporte. El artículo vigente estipula que cuando los vehículos que se van a utilizar son propios se tienen que acoger a la normatividad del Ministerio de transporte, pero cuando estos no son propios la contratación del servicio se hace por medio de una empresa de transporte público habilitada por el estado. El nuevo artículo permitirá que se pueda prestar el servicio de transporte sin que se exija una vinculación a una empresa de transporte permitiendo que las plataformas PAIT puedan operar legalmente.</p> <p><b>f. Precios</b></p> <p><i>(i) Vigilancia de precios variables</i></p> <p>El artículo 7 de la ley 256 de 1996 prohíbe expresamente todos los actos de competencia desleal, definiendo lo anterior, como todo acto o hecho que se realice en el mercado y resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial o cuando afecte la libertad de decisión del consumidor. Señala la obligación, para todos los participantes del mercado, de respetar en sus actuaciones el principio de buena fe comercial.</p> <p>Más adelante, el artículo 8 tipifica a la desviación de clientela como uno de los actos desleales derivados de la prohibición del artículo inmediatamente anterior. Se trata de aquellas conductas que tengan como objeto o efecto desviar la clientela de actividades o prestaciones mercantiles, o de establecimientos ajenos, toda vez que dicha desviación sea contraria a los usos honestos en materia industrial o comercial, o a las sanas costumbres mercantiles.</p>	<p>Por su parte el artículo 18 de la misma ley señala también como práctica desleal, la realización en el mercado de ventajas competitivas frente a los competidores que se hayan obtenido mediante la infracción de una norma jurídica. Esta ventaja debe ser significativa.</p> <p>Por último, el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, consagra la actividad económica y la iniciativa privada serán libres, siempre dentro de los límites del bien común.</p> <p>Se propone:</p> <p><i>Exhortar a la Superintendencia de Industria y Comercio a la construcción de parámetros y lineamientos generales que propicien la libre y leal competencia entre los agentes que participan en el mercado del transporte terrestre individual de pasajeros, evitando prácticas que atenten contra las sanas costumbres mercantiles y la buena fe comercial.</i></p> <p>Desde que entró por primera vez una plataforma de intermediación abierta a Colombia en 2013, su operación se ha visto marcada por polémicas y la falta de regulación. Los modelos de negocio de estas plataformas representaron, desde su incursión en el mercado nacional, todo un desafío jurídico, pues parecía que ninguna de las normas que ya existían se adaptaba del todo a las necesidades que generaba la presencia de estas plataformas en el país.</p> <p>Se intentó aplicarle normas excesivamente restrictivas, que pretendían igualar las cargas para todos los agentes que intervenían en el mercado del transporte terrestre individual de pasajeros, sin reconocer o examinar realmente cuáles eran las diferencias de fondo entre ellos. La consecuencia natural de lo anterior sería el daño al modelo de negocio de algunas plataformas abiertas y su exclusión de la economía nacional.</p> <p>De manera concreta, la sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio del 20 de diciembre de 2019, donde se resolvía la controversia entre Cotech S.A. y Uber BV, Uber Technologies Inc. y Uber Colombia S.A.S., condena a Uber a partir de los siguientes argumentos principales: (i) la empresa obtuvo una ventaja competitiva a partir de la infracción de una norma jurídica y (II) a raíz de lo anterior, generó desviación de clientela de sus competidores.</p> <p>La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que Uber obtuvo una ventaja competitiva ilegal, pues durante su operación en Colombia, no se acogió a las regulaciones en materia de transporte que señalaba el Decreto 172 de 2001, normas a las que sus principales competidores - el servicio público de transporte en la modalidad de taxi- sí estaban sujetos. Naturalmente, no cumplir con dicha regulación le permitió a Uber participar en el mercado de la misma manera en que lo hacían las empresas legalmente habilitadas, pero evitando las cargas, restricciones y obligaciones a las que ellas sí estaban acogidas.</p>

<p>Observando el caso desde esa óptica, resulta claro que la conducta de Uber configuraba la práctica de competencia desleal que recoge el artículo 18 de la ley 256 de 1996. En efecto, sí existe actualmente una desigualdad entre las plataformas de intermediación abierta como Uber y el servicio de taxi. Pero dicha desigualdad no se deriva directamente de que las plataformas no cumplan con las exigencias del Decreto 172 de 2001 y disposiciones similares, sino que la regulación que existe hasta el momento no es capaz de proveer una solución jurídica integral que atienda todas las necesidades legales que se generan a partir de la presencia de las plataformas de intermediación abierta dentro del mercado nacional.</p> <p>Actualmente existen varias zonas grises de lo que les está y no les está permitido a estas plataformas en cuanto a los precios que pueden cobrarles a los consumidores, los estándares de seguridad que deben cubrir sus vehículos afiliados, el perfil de sus usuarios conductores y otra serie de ambigüedades que han sido generadas precisamente por la propia falta de regulación del tema. Estas zonas grises han llevado, en últimas, a la visible desigualdad de operación entre las plataformas abiertas y el sector de los taxis, e inclusive ha generado una inminente desprotección al usuario pasajero, pues, al no estar legalizadas completamente estas plataformas en el país, no se le puede asegurar al consumidor que al momento de tomar un servicio se le respeten las garantías de la ley 1480 de 2011.</p> <p>La solución, entonces, no es obligar a estos emprendimientos a abandonar su modelo de negocio, encadenarlos a normativas restrictivas que no fueron pensadas para las innovaciones que trajo consigo el siglo XXI ni imponerles cargas que les impidan desarrollar de manera idónea y libre su objeto social. Sin embargo, también iría directamente en contra de los intereses del Estado, del mercado nacional y del consumidor, dejar sin regulación a las plataformas, no reconocer la ambigüedad legal que actualmente existe y que ha llevado a la desigualdad y al descontento entre los agentes que interactúan y compiten en el mercado del transporte terrestre individual de pasajeros.</p> <p>Por todas las consideraciones anteriores, se propone la creación de lineamientos y puntos de referencia que guíen la operación de las plataformas de intermediación abierta en el mercado nacional. A partir de la construcción de estos parámetros, la Superintendencia de Industria y Comercio sería capaz de cultivar un ambiente de sana competencia y de buenas prácticas empresariales, que permitiría la creación de un marco regulatorio compatible con el modelo de negocio de las plataformas de intermediación abiertas.</p> <p>Estos parámetros generales determinados por la SIC permitirán que los operadores conozcan de antemano cuándo y cómo se configuran prácticas desleales de manera concreta en el mercado en el cual participan, eliminando las zonas grises y ambiguas que no dejaban del todo claro, cuáles eran las reglas de juego que existían para este tipo de plataformas dentro del territorio nacional.</p>	<p style="text-align: center;"><i>(II) Principio de transparencia</i></p> <p>De acuerdo con la ley 480 del 2011 en su artículo 3°, donde se enuncian los derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, incluyendo en su numeral 1.3 el derecho a recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los servicios ofrecidos y, en su numeral 1.7, el derecho de elección de los consumidores sobre los bienes y servicios que requieran. Además, la responsabilidad de los proveedores y productores, presente en el artículo 23, a suministrar información mínima sobre los productos ofrecidos, cuyo contenido mínimo, conforme al artículo 24 en su numeral 2.2 comprenderá el precio, atendiendo las disposiciones del Estatuto del Consumidor; así como la obligación de los proveedores a informar al consumidor el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los servicios, de manera visual, adecuada, especificando el motivo y valor de los mismos, de forma que el consumidor sólo estará obligado a pagar el precio anunciado.</p> <p>Según el artículo 50 de la ley 480 de 2011, los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, conforme al literal c), deben informar en el medio de comercio utilizado cualquier información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error; que se dispone explícitamente al precio total del producto como una de estas informaciones relevantes, la cual debe incluir todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirir el servicio. Que, en el literal d), se exige que previamente a finalizar cualquier transacción de comercio electrónico, el empresario presente al consumidor un resumen de todos los servicios que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por cualquier concepto, al igual que la sumatoria total que deba cancelar; así mismo, que se exige la univocidad y verificabilidad de la aceptación de la transacción por parte del consumidor.</p> <p>Se propone:</p> <p style="text-align: center;"><i>Crear el principio de transparencia como garantía de la información mínima y elección a la que tiene derecho el consumidor, así como exhortar a la SIC a sancionar a sus infractores.</i></p>
<p>De conformidad con las consideraciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Estatuto del Consumidor y demás regulaciones en torno al tema, es obligación de los productores y proveedores o expendedores poner a disposición del consumidor o usuario toda información veraz y suficiente que sea esencial respecto de los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, entre ellos, el precio; de ahí, la relevancia de crear un principio que promueva la publicidad del precio, sus determinantes y recargos, haciendo transparente la prestación del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros.</p> <p>En este sentido, es necesario que la publicidad del precio o, cuando menos, la publicidad de aquellos determinantes que lo constituirán, se dé con anterioridad a la prestación del servicio de transporte, pues, la comunicación oportuna de cualquier información que pueda influir en la decisión del usuario, será relevante para que su consentimiento sea libre, informado y no sea inducido al error (artículo 50, literal c), ley 480 de 2011); el hecho de que el usuario contratante no pueda decidir cuáles precios finales se ajustan o cumplen con sus expectativas o necesidades como consumidor, lo priva de su derecho a la libre elección y a la información mínima del producto, que el Estatuto del Consumidor dispone como obligación de los empresarios o prestadores del servicio de transporte.</p> <p>Así pues, dicho principio tiene por fin evitar esencialmente tres situaciones: Primero, la vulneración del derecho del consumidor a recibir información (artículo 3- 1.3, Estatuto del Consumidor) y, sobre todo, información mínima (artículos 23-24, Estatuto del Consumidor) según lo anteriormente expuesto; segundo, el quebrantamiento del derecho de elección del consumidor (artículo 3- 1.7, Estatuto del Consumidor) pues, al ser el precio, sus componentes y recargos información esencial, su omisión afecta el proceso de decisión del usuario cuando no se le permite contar con los elementos suficientes para elegir libremente y de forma razonable entre los servicios ofrecidos; y tercero, la presencia de información comercial engañosa (artículo 3- 1.4, Estatuto del Consumidor).</p> <p>Con todo, el principio de transparencia busca proteger la autonomía de la voluntad de los usuarios en el momento en que ésta es expresada como la voluntad libre e informada de celebrar un contrato de adhesión para recibir la prestación del servicio de transporte, situación que no se cumple al ignorar el precio y sus componentes a cabalidad; además, lo mínimo que se esperaría por parte de los operadores en un contrato de adhesión, es que las condiciones que propongan sean "claras" para el usuario contratante, de manera que el consumidor pueda verificar que la operación refleja</p>	<p>su intención de adquisición del servicio ofrecido, al igual que las demás condiciones o, de ser su deseo, pueda cancelar la transacción (artículo 50 - literal d; Inciso 2, Estatuto del Consumidor).</p> <p>Asimismo, observando la prohibición sobre cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o en la que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven obligaciones a su cargo (artículo 50 - literal d; inciso 4, Estatuto del Consumidor), resulta importante que la aceptación de la transacción por parte del consumidor sea expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente (artículo 50 - literal d; inciso 3, Estatuto del Consumidor), carácter poco posible y difícil de distinguir cuando el usuario no conoce el precio en su totalidad y, por ende, es conducido al error; además, en caso de demostrarse que el precio fue el elemento esencial para la decisión de consumo del usuario, su expresión de voluntad acaecería como nula y, por tanto, equívoca al no contener su verdadera intención.</p> <p>También, resulta importante que la fuerza obligatoria del cumplimiento de un principio de transparencia —como el aquí descrito—, recaiga sobre las empresas prestadoras del servicio de transporte o de las entidades operadoras de plataformas que intermedian el transporte, pues, el ya ampliamente mencionado Estatuto del Consumidor, reconoce precisamente la asimetría en los vínculos contractuales al defender la "parte más débil", en contratos —como el de adhesión—, celebrados entre empresarios y consumidores. De ahí que, al ser ésta una disposición de cuyo incumplimiento se deriva un daño al usuario, así como una disposición de escaso cumplimiento en la actualidad, se haga inminente motivar mediante una sanción a aquellos en cuya cabeza se encuentra la obligación.</p> <p>Siguiendo el espíritu y buscando un impulso hacia el cumplimiento del objeto y el principio de digitalización del presente proyecto de ley, se promueve que la publicidad de los precios se dé por cualquier medio digital. No obstante, no se deben olvidar aquellos casos en los que, por razones de conectividad, recursos o por el simple modelo de negocio, no existe la intermediación de ninguna plataforma tecnológica para la prestación del servicio de transporte, razón por la cual, sería errónea una aplicación generalizada de esta norma y es necesario exceptuar a aquellos casos en los que no se utilizan medios digitales, permitiéndoles a los conductores publicar los determinantes del precio de manera personal.</p> <p><b>g. Pólizas y seguros</b></p> <p><i>(i) Marco legislativo</i></p>

<p>Teniendo en cuenta que las empresas de Transporte Público Terrestre Automotor Individual de Pasajeros en Vehículos Taxi, se han visto directamente afectadas por la introducción al mercado del transporte intermediado por plataformas sin ningún tipo de regulación en distintas materias - como la de las pólizas y seguros- y que, de acuerdo con el decreto 1079 de 2015, en su artículo 2.2.1.3.3.1 y siguiendo los lineamientos de los artículos 994 y 1003 del Código de Comercio, las empresas de Taxi deben tomar con una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia, las pólizas de responsabilidad civil que las amparen contra los riesgos inherentes a la actividad transportadora; cubriendo la póliza civil contractual la muerte, incapacidad temporal y permanente así como los gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios, todo, en un monto no menor a los 60 SMMLV, por persona y, cubriendo la póliza civil extracontractual, la muerte o lesiones a dos o más personas al igual que los daños a bienes o terceros en un monto asegurable no inferior a los 60 SMMLV. Y que, sin perjuicio de mantener vigentes las pólizas ya señaladas, en el artículo 2.2.1.3.3.4, se faculta a las empresas de transporte a constituir fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio, cuyo funcionamiento, administración, vigilancia y control lo ejercerá la entidad que sea competente según la naturaleza jurídica del fondo.</p> <p>Se propone:</p> <p><i>La obligatoriedad de las pólizas de seguros civiles para el transporte terrestre individual de pasajeros intermediado por plataformas abiertas, durante la prestación del servicio, así como la obligatoriedad de constitución del Fondo de Responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos civiles derivados de la actividad transportadora.</i></p> <p><b>(II) Pólizas Civiles</b></p> <p>Con miras a una inclusión flexible del transporte intermediado por plataformas abiertas al transporte terrestre individual de pasajeros en el que alguna vez predominaba el servicio de taxi y la cual, tenga como prioridad garantizar la seguridad de todos sus actores, se hace necesario igualar las condiciones de seguridad para quienes tienen el interés asegurable y en cuyo favor se contratan las pólizas de seguros, de manera que el consumidor pueda ejercer su derecho de elección entre los servicios que le ofrece el mercado, sin arriesgar en ningún caso su integridad física y material,</p>	<p>ni la de terceros ajenos al servicio de transporte convenido con el conductor. A su vez, dicha igualdad en las condiciones de seguridad cerraría la brecha entre el servicio público de transporte terrestre individual de pasajeros (ampliamente regulado por el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte) y el modelo de negocio de las plataformas abiertas que prestan el servicio de intermediación, el cual, hasta hoy en día, no cuenta con ninguna regulación en el cubrimiento del riesgo inherente a la actividad transportadora.</p> <p>Ahora bien, a pesar de que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito realice amparos inmediatos ante un posible accidente a todos los involucrados en el siniestro, también es cierto que el monto asegurable del SOAT es mínimo ante el cubrimiento que requieren todos los riesgos inherentes a la conducción y, más aún, cuando ésta se lleva a cabo para prestar el servicio de transporte; una actividad que ha sido considerada por la Corte Suprema de Justicia como peligrosa (CSJ Sala Penal, Sentencia SP- 74622016 (45804), Jun. 08/16). De ahí que, resulte inminente darle fuerza obligatoria a las pólizas de seguros civiles contractuales y extracontractuales que realizan un amparo adicional sobre accidentes personales de todos los usuarios del servicio de transporte intermediado por plataformas abiertas, así como sobre terceros o sus bienes, los cuales, en ocasiones, comprenden recursos necesarios para la subsistencia o calidad de vida de las personas (por ejemplo, la incapacidad de un padre cabeza de hogar, los daños a una vivienda familiar o al vehículo de un taxista).</p> <p>No obstante, siguiendo la línea argumental del principio de equidad propuesto por el presente proyecto de ley, no tendría sentido exigir indiscriminadamente los mismos requisitos en cuanto a pólizas y seguros, tanto para el servicio de transporte intermediado por plataformas abiertas, como para el servicio público de taxi, sin reparar en las condiciones simétricas a cada uno de sus roles, ya que, aunque tanto vehículos particulares como de taxi prestan el servicio de transporte individual de pasajeros, es innegable el hecho de que las jornadas de prestación del servicio de transporte público individual son mucho más extensas y frecuentes que las realizadas por vehículos particulares vinculados a plataformas como Uber, Didi, Cabify, entre otras, en las que, en la mayoría de los casos, los conductores se conectan a dichas aplicaciones y realizan viajes con el fin de percibir ingresos adicionales a los de su actividad laboral principal. Así mismo, los vehículos particulares vinculados a plataformas abiertas no son utilizados exclusivamente para la prestación del servicio de transporte, sino que gran parte de su vida útil es dedicada a la realización de las diligencias personales de sus propietarios o conductores.</p>
<p>Por otra parte, cabe aclarar que son los operadores de las plataformas abiertas los civilmente responsables frente a posibles riesgos en la actividad de la conducción, pues, en este sentido se pronunció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al analizar el artículo 2356 del Código Civil, diciendo que la responsabilidad recae en cabeza de quien, al momento de ocurrir el daño, tenga la condición de guardián del bien, es decir, la persona natural o jurídica que, sea o no su dueño, tiene potestad, uso, mando, control o aprovechamiento efectivo del instrumento generador del daño mediante el cual se realiza la actividad peligrosa; de tal forma que si bien los operadores de las plataformas abiertas controlan, comandan y se aprovechan del servicio de intermediación prestado entre conductores y contratantes, esto no ocurre cuando el conductor de un vehículo particular se encuentra realizando diligencias personales o cuando un taxista presta el servicio de transporte sin la intermediación de una plataforma abierta a pesar de encontrarse conectado a la aplicación.</p> <p>Así pues, ninguno de los casos recién planteados debería establecerse como una situación en la cual los operadores se hallen constreñidos a cubrir a sus conductores con pólizas o seguros, pues, de ser así, se contrariaría el principio de equidad aquí propuesto. Por consiguiente, bajo esta justificación objetiva, resulta necesario permitirles a aquellas empresas que de carácter facultativo ya se encuentran amparando a sus usuarios contra todo riesgo, continuar con el cubrimiento durante el curso de los viajes, y, a la vez, obligar a aquellos operadores de plataformas abiertas que hasta la fecha no amparan a sus usuarios con ningún tipo de póliza adicional al SOAT, a destinar ciertos montos asegurables correspondientes a pólizas de seguros civiles contractuales y extracontractuales, para todos los actores de la prestación del servicio de transporte, como mínimo, por el tiempo de duración de cada uno de los viajes. Lo anterior, siempre que los amparos y topes de dichas pólizas temporales sean iguales a los exigidos por el decreto 1079 del 2015 al servicio público de taxi.</p> <p><b>(III) Fondo de Responsabilidad</b></p> <p>Finalmente, con proyección a elevar el cubrimiento y amparo dirigido a los usuarios del sistema de transporte terrestre individual de pasajeros sin distinguir entre el servicio público y privado, y con ánimo de equilibrar las cargas entre el servicio público de taxi (definidas por el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte) y el servicio de transporte intermediado por plataformas abiertas, se cree pertinente designar la obligación a los operadores de plataformas abiertas y cerradas o a las empresas de servicio de transporte público individual, de crear Fondos de Responsabilidad a su cargo como mecanismos complementarios que permitan garantizar a los</p>	<p>usuarios el cubrimiento de siniestros que por sus características o altos valores, puedan llegar a verse excluidos del monto máximo de cubrimiento del SOAT y de las pólizas civiles contractuales y extracontractuales. Además, de establecerse dicho fondo y constituir parte de la jerarquía organizacional de cada una de las empresas, estos no deberían verse limitados por más actuaciones que la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera o la entidad competente según la naturaleza del fondo.</p> <p><b>h. Registro de las PAIT</b></p> <p><i>(i) Marco Legislativo Pre Ambulatorio</i></p> <p>Considerando que el Ministerio de Transporte hace parte de las autoridades de tránsito, de acuerdo con el artículo 3 de la ley 769 de 2002.</p> <p>Que el objetivo del Ministerio de Transporte, señalado por el artículo 1 del Decreto 087 de 2011, es la formulación y adopción de políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los modos de transporte carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo y la regulación técnica en materia de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo, fluvial y férreo.</p> <p>Que son principios rectores de la ley 769 de 2002, "por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones", la seguridad de los usuarios, calidad, oportunidad, cubrimiento, libertad de acceso, plena identificación, libre circulación, educación y descentralización"</p> <p>Que el artículo 8 de la ley 769 de 2002 dispone que El Ministerio de Transporte pondrá en funcionamiento directamente o a través de entidades públicas o particulares el Registro Único Nacional de Tránsito, RUNT, en coordinación total, permanente y obligatoria con todos los organismos de tránsito del país.</p> <p>Que el inciso tercero (3) del mismo artículo autoriza la creación del Registro Nacional de Empresas de Transporte Público y Privado, cuya información y toda la contenida en el RUNT será de carácter público, de acuerdo al artículo 9 de la ley 759 de 2002.</p> <p>Que el Registro Nacional de Transporte es el sistema que integra y actualiza la información relevante de las empresas que prestan el servicio de transporte terrestre.</p> <p>Atendiendo a que las disposiciones contenidas en el Estatuto del Consumidor son de orden público y cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, como señala el artículo 4 de la ley 1480 de 2011.</p>

<p>Que el artículo 5 de la ley de 2011, inciso sexto, define como idoneidad o eficiencia la aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado; y que el artículo 6 de la misma ley señala la obligación de todos los productores de asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como de la calidad ofrecida.</p> <p>Que el artículo 3, inciso 1.1., le da derecho al consumidor a recibir productos de calidad, de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado.</p> <p>Que el artículo 3, inciso 1.2., le da derecho al consumidor a la seguridad e indemnidad, a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores.</p> <p>Que el artículo 3, inciso 1.3., le da derecho al consumidor a recibir información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos.</p> <p>Que el artículo 3, inciso 1.7., le da derecho al consumidor a elegir libremente los bienes y servicios que requiera.</p> <p>Que el artículo 1, inciso 2.2., le da derecho al consumidor a acceder a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.</p> <p>Que el artículo 23 de la ley 1480 de 2011 obliga a los proveedores y productores a suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información.</p> <p>Que el artículo 26 de la ley 1480 de 2011 obliga al proveedor a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor sólo estará obligado a pagar el precio anunciado.</p> <p>Que el artículo 50 de la ley 1480 de 2011 señala que los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán cumplir con lo siguiente:</p> <p>a) Informar en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada su identidad especificando su nombre o razón social, Número de Identificación</p>	<p>Tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono, correo electrónico y demás datos de contacto.</p> <p>b) Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan.</p> <p>c) Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio. Igualmente deberá informar el precio total del producto incluyendo todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo.</p> <p>d) Publicar en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar.</p> <p>g) Disponer en el mismo medio en que realiza comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento.</p> <p>Que la factura electrónica es, de acuerdo al artículo 1.6.1.4.1.2 del decreto 1625 de 2016, el documento que soporta transacciones de venta bienes y/o servicios y que operativamente tiene lugar a través de sistemas computacionales y/o soluciones informáticas que permiten el cumplimiento de las características y condiciones que se establecen de la presente Sección en relación con la expedición, recibo, rechazo y conservación. La expedición de la factura electrónica comprende la generación por el obligado a facturar y su entrega al adquirente.</p> <p>Se propone lo siguiente:</p> <p><i>Que la introducción de las plataformas de intermediación abierta al mercado nacional esté sujeta a la autorización preliminar del Ministerio de Transporte y a la inscripción en el Registro Nacional de Empresas de Transporte, y una vez entren en operación, serán vigiladas por la Superintendencia de Industria y Comercio para asegurar el cumplimiento de mínimos de seguridad, calidad e idoneidad en la prestación de sus servicios de intermediación que garanticen la protección a los consumidores de estas plataformas.</i></p> <p>Hasta el momento no existe ninguna clase de requisitos o autorizaciones que las plataformas de intermediación abierta deban cumplir para entrar en operaciones dentro del mercado colombiano. Por otro lado, las empresas de transporte público y privado legalmente constituidas en el país sí</p>
<p>deben seguir una serie de procedimientos y exigencias para iniciar actividades comerciales en el territorio nacional.</p> <p>La autorización preliminar a cargo del Ministerio de Transporte que se crea a partir del artículo 26 de este Proyecto de Ley, busca ser ese primer filtro de control por el que deben pasar todos aquellos operadores que pretendan iniciar actividades de intermediación de transporte en Colombia. Lo anterior, con el fin de asegurar que las futuras PAIT sean capaces de demostrar que cuentan con las herramientas y recursos necesarios para cumplir no solamente los principios de seguridad de los usuarios, calidad y plena identificación que se recogen en el Código Nacional de Tránsito Terrestre, sino también con las exigencias de calidad, idoneidad y seguridad de productos y servicios que establece el Estatuto del Consumidor.</p> <p>Para pasar este primer filtro, se debe acreditar que la plataforma permita al usuario la plena identificación del vehículo y del conductor que llevará a cabo su servicio de transporte, así como la ruta que éste tomará para desplazarse al destino final. Las anteriores exigencias se tratan de garantías mínimas de seguridad hacia los usuarios pasajeros.</p> <p>También debe acreditarse que el pasajero conozca con anterioridad al inicio del servicio de transporte, los determinantes de precio que se aplicarán al mismo. Esto atiende a la obligación que ya existe en materia de protección al consumidor, concretamente, en el artículo 26 de la Ley 1480 de 2011.</p> <p>Por último, se exige también que la plataforma cuente con un módulo de atención al usuario, soporte técnico o de quejas y reclamos, accesible para conductores y pasajeros. Nuevamente, se trata de una obligación ya vigente para todos los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos o servicios utilizando medios electrónicos, consagrada en el artículo 50 literal g de la Ley 1480 de 2011.</p> <p>Una vez el Ministerio de Transporte confirma que la plataforma cuente con las anteriores exigencias, genera una autorización preliminar al operador, certificando que su plataforma cuenta con las condiciones de seguridad, calidad e idoneidad suficientes para iniciar actividades de intermediación dentro del territorio nacional.</p> <p>Sin embargo, dicha autorización sigue siendo preliminar, y antes de introducirse completamente al mercado, los operadores que hayan aprobado el primer paso deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas de Transporte. Se propone este sistema de dos pasos, pues ambos tienen objetivos totalmente distintos: mientras el primero verifica que las plataformas cuenten con mínimos de protección al consumidor, el segundo -la inscripción al Registro- pretende centralizar información sobre los operadores, poniéndola a disposición del Ministerio de Transporte a través del RUNT. Esto con el objetivo de facilitar labores de control, de coordinación total y permanente</p>	<p>con todos los organismos de tránsito del país, integrando y actualizando la información relevante de las PAIT que prestan servicios de intermediación.</p> <p>Sin embargo, resulta evidente que los operadores de las plataformas abiertas de intermediación no califican en las actuales categorías que contiene el RNET, pues no pertenecen directamente ni al sector del transporte público ni al de transporte privado. Por lo anterior se modifica el Registro y se añade la categoría de Transporte Intermediado por Plataformas Abiertas, la cual responde tanto al modelo de negocio de este tipo de plataformas y las necesidades jurídicas del sector.</p> <p>sorteándose el problema de la clasificación, las plataformas podrán inscribirse en el RNET y de esta manera legalizarse plenamente como intermediadores de servicios de transporte dentro del territorio nacional, quedando habilitados plenamente para realizar actividades comerciales en el país.</p> <p>Sin embargo, dicha habilitación plena no puede ser perpetua o ilimitada. Se considera necesario que las plataformas estén sujetas a la posterior inspección del Ministerio de Transporte, quien deberá vigilar que los OPAIT cumplan y mantengan las condiciones que le merecieron la inscripción al RNET, todo con el objetivo de evitar que los operadores desistan de las obligaciones que señala el artículo 26 del Proyecto de Ley una vez hayan obtenido satisfactoriamente su Registro.</p> <p>De esta manera, el Estado promoverá la conservación de los principios de protección al consumidor, asegurando el mantenimiento de un servicio que cumpla con los mínimos de calidad, idoneidad y seguridad para usuarios conductores y pasajeros. Por lo anterior, se justifica la cancelación de la matrícula al RNET por parte del Ministerio de Transporte a aquellos OPAIT que incurran en incumplimiento de cualquiera de las condiciones que le permitieron la inscripción al mismo.</p> <p><i>(III) Vigilancia y control de las actividades de intermediación de las Plataformas durante su operación.</i></p> <p>Así como el Ministerio de Transporte es la entidad encargada de vigilar e inspeccionar los trámites y procedimientos que se deben surtir para autorizar la entrada al mercado nacional de las plataformas, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá velar por el cumplimiento de ciertos requisitos operativos por los que deberán responder las PAIT.</p> <p>Estos mínimos no atentan contra la libertad empresarial de los operadores o le suponen cargas gravosas o lesivas para su modelo de negocio, toda vez que se trata de características con las que ya cuentan plataformas de intermediación abierta que se encuentran en el país. Se pretende</p>

estandarizar y generalizar dichas características con el objetivo de asegurar la prestación de un servicio de calidad, seguro e idóneo para los usuarios conductores y pasajeros.

En este sentido, para asegurar una protección efectiva, será obligatorio para los operadores verificar que sus usuarios conductores cumplan con condiciones y exigencias legales como (i) poseer los seguros vehiculares correspondientes y la revisión técnico mecánica vigente cuando fuese necesario y (II) contar con la licencia de conducción exigida. Resulta evidente que estas dos condiciones son indisponibles, pues toda persona que pretenda manejar un vehículo debe cumplirlas.

En materia contractual, la plataforma deberá informar sobre los términos y condiciones de uso a los usuarios conductores y pasajeros. Lo anterior responde a la obligación preexistente de hacer conocer al consumidor las condiciones generales del contrato (las cuales deben ser concretas, claras y completas), de acuerdo a los artículos 37 y siguientes de la ley 1480 de 2011.

Por último, se crea la obligación de expedir, al finalizar el servicio, el comprobante de pago emitido por el operador a través de facturación electrónica, que debe expedirse de acuerdo a los lineamientos requeridos por la DIAN para dicho fin. Todo esto con el objetivo de regular y sentar parámetros básicos para la correcta tributación y fijación de impuestos para las plataformas abiertas de intermediación de transporte.

**i. Creación del Registro Único Nacional de Conductores PAIT.**

La creación de un registro especializado que centralice valide y consigne la información de aquellas personas naturales que prestan servicios de transporte a título de usuario conductor en las PAIT permitiría desplegar datos relevantes de manera eficiente, agilizar consultas y trámites y generar mayor control sobre aquellas personas que cumplan todas las exigencias legales para vincularse y participar como conductores de dichas plataformas.

De la misma manera como el Decreto 1047 de 2014 crea en su artículo 8 un sistema de información y registro de conductores que prestan servicio de taxi, se propone la creación del Registro Único Nacional de Conductores PAIT. Se busca que este Registro también sea accesible en línea, en tiempo real y de consulta abierta, garantizando la publicidad de información a la que todos los ciudadanos tienen derecho.

Por otro lado, se pretende también que el trámite para inscribirse a este Registro sea completamente virtual, toda vez que busca evitarse la imposición de cargas injustificadas al usuario conductor que puedan llegar a afectar su actividad con trámites engorrosos y que propicien la burocracia administrativa.

**j. Licencias de conducción**

El artículo 18 de la ley 769 de 2002 señala que la licencia de conducción habilitará a su titular para manejar vehículos automotores de acuerdo con las categorías que para cada modalidad establezca el reglamento. En este sentido, la licencia de conducción de categoría C1 autoriza a su titular como conductor de vehículo de servicio público. De portar esta licencia se desprende la obligación de renovarla cada tres años (sin perjuicio de las disposiciones especiales), con la acreditación de exámenes médicos psicosenométricos que verifiquen las condiciones físicas, psíquicas y motrices del conductor.

Por otro lado, la categoría de licencia B1 autoriza al titular para conducir vehículos particulares, y únicamente debe renovarse cada 10 años (sin perjuicio de las disposiciones especiales). La diferencia entre los tiempos de renovación se justifica, entre otras cosas, porque el conductor de servicio público tiene a su cargo la seguridad de los terceros que lleve en su vehículo, y, por tanto, las condiciones y exigencias médicas a los que deben someterse deben ser más rigurosas.

Lo anterior resulta lógico y comprensible. La pregunta surge, entonces, si los conductores de PAIT deberían igualarse a los conductores de servicio público, exigiéndoles la licencia C1.

Por la misma naturaleza del transporte intermediado por plataformas abiertas resultaría incongruente exigir licencias C1. Y es que este tipo de transporte, como ya se expuso, no es un transporte de servicio público. Es una categoría propia de transporte, que nace de las innovaciones del mercado y que se configura casi como un punto medio entre lo público y lo privado. Los conductores que se unen a las PAIT, en su gran mayoría, son personas particulares que con sus vehículos propios realizan actividades de transporte individual de pasajeros.

No está dentro de los intereses de los usuarios conductores afiliados a plataformas abiertas el prestar un servicio público de taxi. Si así lo quisieran, directamente optarían por vincularse a empresas de transporte público y no a PAIT. Por ello, representaría una carga para los usuarios conductores exigirles la licencia C1, si en últimas, está les permitiría realizar -prestar un servicio público- no se adapta a sus necesidades.

Sin embargo, resultaría a todas luces una desprotección al consumidor no garantizar que el usuario conductor a cargo de su servicio de transporte cuente con las condiciones mínimas de salud para llevarlo a cabo. En este sentido, se propone que, si bien los usuarios conductores que se hayan inscrito en el Registro Único de Conductores PAIT podrán mantener como mínimo una licencia B1, deberán estar sujetos a exámenes médicos psicosenométricos de manera más constante y seguida que los conductores que no se hayan inscrito en dicho Registro, ni presten servicios de transporte a título de usuario conductor en plataformas abiertas.

**k. Desmote del Sistema de Cupos**

*(i) Eliminar la restricción de la que trata la sección 7 del capítulo 3 del Decreto 1079 de 2015 del Ministerio de Transporte.*

La sección 7 del capítulo 3 del decreto 1079 de 2015, determina las necesidades de equipo y asignación de matrículas para el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros en Vehículos Taxi. En esta sección, se establece que sólo podrán ingresar taxis al servicio público de transporte por incremento o por reposición. Cuando se habla de incremento, se está haciendo referencia a “un aumento en el número de vehículos de esa modalidad que operan en la respectiva localidad” y reposición se refiere a “sustituir otro vehículo que se encuentre matriculado en el servicio público.” Es decir, el Estado controla de forma directa el número de vehículos taxi que pueden prestar el servicio dentro de los distintos distritos o municipios.



Imagen tomada de: <https://www.larepublica.co/economia/hay-mas-de-211000-taxis-y-bogota-cuenta-con-cerca-de-49000-propietarios-2951335>

En virtud de lo anterior, esta restricción creó un mercado paralelo sobre la reposición de los vehículos. Así, el derecho a prestar el servicio público de transporte en vehículo taxi tomó el nombre coloquial de “cupu” y de acuerdo con la demanda de personas que quieren prestar el servicio aumenta su valor. Según la revista Dinero, este “cupu” llegó a valer hasta \$150 millones en Bogotá y hoy está en algo cercano a los \$80 millones. Lo anterior, crea un sobreprecio adicional que los propietarios de vehículos taxis deben soportar y los coloca en una evidente desventaja frente a los usuarios de Plataformas Abiertas de Intermediación de Transporte (PAIT).

Lo que se busca con el presente proyecto es eliminar el control estatal sobre el número de vehículos taxis que puedan operar dentro de los distritos o municipios. En consecuencia, deberá ser el mercado, a través de la oferta y la demanda del servicio, el que determine el número de vehículos taxis habilitados para operar, compitiendo en igualdad de condiciones con las plataformas PAIT. De esta manera, se reduce el costo de entrada en operación para los vehículos taxis, puesto que muchas veces el valor del cupu supera el valor del vehículo. Así lo dio a conocer Noticias Caracol el 15 de enero de 2020. Realizando su investigación periodística encontraron lo siguiente: Valor

del Cupo: 73.000.000 de pesos, Matrícula: 500.000, SOAT: 500.000 Póliza: 1.000.000, Carro nuevo: 42.000.000 obteniendo un Total de 117 millones de pesos.

En conclusión, la restricción existente crea un sobrecosto adicional que deben soportar los propietarios de vehículos taxi que quieran emprender como prestadores del servicio a través de la compra y venta del denominado "cupo". La eliminación de dicha restricción torna menos onerosa la prestación del servicio y beneficia todo aquel que quiera emprender en el sector. f

**(II) Creación del Fondo Nacional de Aportes Obligatorios de Transporte (FONAPOT). Dividido en dos etapas, compensativa y conservativa. Ingresos y reglamentación.**

El denominado "cupo" o el derecho a prestar el servicio público de transporte en vehículo taxi se convirtió en un activo intangible que dependiendo de las condiciones del mercado aumenta y disminuye su valor. El artículo 2.2.1.3.5.1 del decreto 1079 de 2015 exige una permanencia en la prestación del servicio no menor de 5 años a partir de la fecha de expedición de la respectiva licencia. A partir del cumplimiento de dicho término, estos podrán solicitar el cambio de servicio y realizar la reposición por un vehículo diferente. En consecuencia, todo propietario de vehículo taxi que cumpla con los requisitos anteriormente mencionados podrá disponer de su derecho a prestar el servicio o "cupo" y así obtener un ingreso determinado por el mercado.

Ahora bien, al eliminar la restricción de que trata la sección 7 del capítulo 3 del Decreto 1079 de 2015, este activo intangible deja de existir, causando un perjuicio, a título de lucro cesante, para aquellos que pudiendo disponer de la reposición del vehículo, ya no podrán hacerlo. Es por ello que resulta imperativo compensar este perjuicio y para lograrlo se propone la creación del Fondo Nacional de Aportes Obligatorios de Transporte.

El Fondo tendrá dos etapas, una compensativa y otra conservativa. La primera busca indemnizar de alguna manera el perjuicio causado por la eliminación de la restricción anteriormente mencionada y la segunda tiene el objetivo de conseguir recursos para la inversión en la malla vial, así como la digitalización del sector transporte terrestre individual de pasajeros.

Fedesarrollo en su informe "Las plataformas digitales, la productividad y el empleo en Colombia" estima que la participación de las plataformas digitales puede estar entre 0.2% y 0.3% del PIB. Para una mayor ilustración se cita el siguiente párrafo:

Las plataformas digitales han pasado a constituir una parte importante y creciente de nuestro diario vivir. A tal punto que difícilmente podemos concebir actividades como desplazarnos, alimentarnos, hacer compras y cumplir con obligaciones familiares y burocráticas sin la existencia de estas. Así mismo, la mayoría de nosotros siente cierta tranquilidad al pensar que podríamos convertirnos en prestadores de servicios de plataformas ante eventualidades como pérdidas de

empleo, crisis económicas o migraciones forzadas; o simplemente, nos agrada saber que existe una fuente alternativa de generación de ingresos adicionales en un entorno de flexibilidad y autodeterminación.

Adicionalmente, de acuerdo con el citado informe, el número de prestadores de servicios de plataformas de transporte y domicilios es cercano a los 200 mil (0.9% de la población ocupada). Además, estos tienen ingresos mensuales de entre 740.000 y \$785.000 al mes.

En este orden de ideas, gravar con 1% el valor facturado por cada servicio privado de transporte intermediado es una contribución mínima y a mediano plazo constituirá una fuente de ingresos considerable. Por otro lado, atendiendo a la naturaleza temporal que tiene la indemnización de los perjuicios causados por la eliminación anteriormente anunciada, esta carga del 1% será igualmente temporal. Es decir, cuando se hubiere cumplido con la etapa compensativa, el gravamen del 1% cesará.

En adición, en virtud de las cifras anteriormente expuestas existe una tendencia de crecimiento dentro de esta industria. De acuerdo con un estudio de PROBOGOTA reportado por el diario La República, se estima que durante el año 2016 en Colombia había 88.000 socios conductores de UBER, 50.000 de Cabify y 30.000 de Di Di. Por lo tanto, resulta pertinente pensar a futuro y aprovechar el ingreso de nuevas plataformas al país, al igual que nuevos usuarios. Es por ello que se busca obtener un aporte obligatorio para todas las plataformas al momento de ingresar a operar en Colombia. Así mismo, un aporte obligatorio para los usuarios que presten el servicio de transporte a través de PAIT.

El valor del denominado "cupo", se encuentra determinado por la demanda que tenga el servicio por parte de las personas que deseen iniciar a trabajar en ese negocio. Como se explicó con anterioridad, el "cupo" actualmente tiene un valor cercano a los 80 millones de pesos. La publicación de la Universidad de Los Andes, "¡Taxi! El modo olvidado de la movilidad en Bogotá", nos ofrece unas cifras pertinentes para analizar la valorización y demanda del sector:

Año	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Valor de cupo	14	22	34	44	40	45	58

Del año 2004 al 2010 el valor del cupo incrementó a medida que aumentaba la demanda. Es decir, la demanda es notable y creciente. Al eliminarse la restricción de que trata la sección 7 del capítulo 3 del Decreto 1079 de 2015, se espera un aumento considerable en propietarios de vehículos taxis al no tener un sobrecosto adicional en el proceso de adquisición y legalización del servicio. Es por ello que resulta una oportunidad aprovechar esta demanda en el sector y exigir un aporte

obligatorio al momento de habilitar su vehículo para la prestación del servicio público de transporte terrestre individual de pasajeros en vehículos taxi.

Todo lo anterior generaría una fuente de ingresos fija para la etapa conservativa y resultará de gran utilidad para todos los colombianos.

A los propietarios de vehículos taxis se les otorgará el 70% del valor de un cupo por cada vehículo que le pertenezca. Lo anterior, tiene fundamento en que los titulares de esta indemnización seguirán generando ingresos a través de la prestación del servicio y además recibirán ingresos mensualmente a razón del FONAPOT. Caso contrario, sería la situación hipotética en la que estos propietarios no sigan trabajando y por consiguiente generando ingresos en virtud de su trabajo.

**(III) Órganos del FONAPOT**

De acuerdo con el Decreto 087 de 2011, el Ministerio de Transporte es el organismo del Gobierno Nacional encargado de formular y adoptar las políticas, planes, programas, proyectos y regulación económica del transporte, el tránsito y la infraestructura, en los modos carretero, marítimo, fluvial, férreo y aéreo del país. En consecuencia, su participación en el FONAPOT es crucial para la correcta aplicación de las etapas compensativas y conservativas. Por ello, actúa de forma amplia en la aplicación, reglamentación y finalización de las etapas.

De acuerdo con la Ley 1341 o Ley de TIC, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es la entidad que se encarga de diseñar, adoptar y promover las políticas, planes, programas y proyectos del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. De acuerdo con lo anterior, su participación en el Fondo va enfocada a incentivar y adoptar de forma correcta la digitalización del sector transporte terrestre individual de pasajeros.

Recientemente, las aplicaciones tecnológicas Beat, Cabify, Didi, Uber, entre otras, crearon un gremio llamado Alianza In para representar sus intereses en Colombia. En subsiguiente, se puede encontrar en este gremio una voz y una visión muy importante para la implementación del fondo. Partiendo del hecho de que la gran mayoría de los recursos de este provendrán precisamente de las PAIT.

La etapa compensativa, como se ha mencionado reiteradamente, tiene como finalidad indemnizar el perjuicio causado por la entrada en vigor de la presente de ley a los propietarios de los vehículos taxis. Ergo, resulta imprescindible que estos tengan una representación en el fondo a partir del Gremio que los representa, así, estos podrán hacer una veeduría continua y permanente de los recursos y asegurarse de la correcta implementación de estos.

El artículo 75 de la ley 1480 de 2011, crea la Red Nacional de Protección al Consumidor y le encarga la función de "difundir y apoyar el cumplimiento de los derechos de los consumidores en


todas las regiones del país, recibir y dar traslado a la autoridad competente de todas las reclamaciones administrativas que en materia de protección al consumidor se presenten y brindar apoyo y asesoría a las alcaldías municipales para el cumplimiento adecuado de las funciones a ellos otorgadas por la presente ley." Consiguientemente, la participación de este órgano es imperativa para lograr una justa partición de todos los actores en la Junta Directiva del FONAPOT puesto que los usuarios de los taxis y de las PAIT son consumidores y los afecta directa e indirectamente.

  
**CARLOS EDUARDO ACOSTA LOZANO**  
 Representante a la Cámara

  
**JOHN MILTON RODRÍGUEZ**  
 Senador de la República

  
**EDUARDO EMILIO PACHECO**  
 Senador de la República

  
**EDGAR ENRIQUE PALACIO MIZRAHI**  
 Senador de la República

  
**JAIRO CRISTANCHO TARACHE**  
 Representante a la Cámara

  
**MARÍA CRISTINA SOTO DE GOMEZ**  
 Representante a la Cámara

  
**OSWALDO ARCOS BENAVIDES**  
 Representante a la Cámara  
 Departamento Valle del Cauca

REFERENCIAS

¿Es hora de revisar la estrategia de cupos en los taxis? (2/10/2020). Revista Dinero. Recuperado de: <https://www.dinero.com/pais/articulo/cuanto-vale-un-cupo-de-taxi-en-bogota/281403>

¿Hay una mafia detrás de los cupos de los taxis? Veo lo que encontró Juan Diego Alvira. (15 de enero, 2020). Noticias Caracol. Recuperado de: <https://noticias.caracoltv.com/bogota/hay-una-mafia-detras-de-los-cupos-de-los-taxis-veo-lo-que-encontro-juan-diego-alvira>

Ana María Sánchez. (lunes, 13 de enero de 2020). Hay más de 211.000 taxis y Bogotá cuenta con cerca de 49.000 propietarios. La República. Recuperado de: <https://www.larepublica.co/economia/hay-mas-de-211000-taxis-y-bogota-cuenta-con-cerca-de-49000-propietarios-2951335>

Corte Constitucional. Sentencia C 1194 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia SU-458 del 21 de junio de 2012. M. P. Adriana María

Reyes Elizabeth. (2015). Las protestas de los taxistas contra Uber colapsan Bogotá. El País. Tomado de [https://elpais.com/internacional/2015/07/29/actualidad/1438183775\\_574762.html](https://elpais.com/internacional/2015/07/29/actualidad/1438183775_574762.html)

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 21478 del 17 de junio de 2019.

Superintendencia de Industria, Comercio y Turismo. (2019). Superintendencia ordena cese de la prestación del servicio de Uber. Tomado de: <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestaci%C3%B3n-del-servicio-de-transporte-uber>

Uber. (2015). Qué es Uber. Tomado de <https://www.uber.com/es-CL/blog/que-es-uber/>

Valencia, Á., & Bohórquez, J. (2012). ¡Taxi! El modo olvidado de la movilidad en Bogotá. Bogotá D. C., Colombia: Universidad de los Andes, Colombia.

Guillén Arango.

Fedesarrollo. (2020). Las plataformas digitales, la productividad y el empleo en Colombia.

Kevin Steven Bohórquez Guevara. (10 de julio de 2019) El negocio de los taxis mueven cerca de \$2,9 billones al año en Bogotá. Kevin Steven Bohórquez Guevara. La República. <https://www.larepublica.co/economia/el-negocio-de-los-taxis-mueve-29-billones-en-bogota-2883002>

Kitchin, R. The real-time city? Big data and smart urbanism. GeoJournal 79, 1–14 (2014). <https://doi-org.ez.unisabana.edu.co/10.1007/s10708-013-9516-8>

Portafolio. (2016a). Reglamentación de taxis de lujo deja por fuera a nuevos jugadores. Portafolio. Tomado de: <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/uber-critica-decreto-taxis-lujo-494913>

Portafolio. (2016b). Mintransporte expide resolución para el transporte de lujo. Portafolio. Tomado de: <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/mintransporte-expide-resolucion-transporte-lujo-496549>

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 176 DE 2020  
CÁMARA**

*por medio de la cual se incentiva la competencia en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, modificando parcialmente los artículos 11, 14, 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012.*

Proyecto de Ley \_\_\_\_ de 2020

**“Por medio de la cual se incentiva la competencia en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, modificando parcialmente los artículos 11, 14, 19 y 20 de la ley 1508 de 2012”**

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**Decreto:**

**Artículo 1º.** Modifíquese parcialmente el artículo 11o de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 11.** REQUISITOS PARA ABRIR PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA, DE INICIATIVA PÚBLICA. En los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:

11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral **serán realizados por el Departamento Nacional de Planeación, en caso que la entidad pública contratante sea de orden nacional, para proyectos desarrollados por entidades territoriales, estará a cargo de la Financiera de Desarrollo Nacional o la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial, según defina la entidad contratante.** Para lo anterior, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

**Artículo 2º.** Modifíquese parcialmente el inciso 7 del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:



**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. **Para los efectos previstos en esta ley, los recursos incorporados a un Plan de Aportes al Fondo de Contingencias en los términos de la Ley 448 de 1998, no son considerados desembolsos de recursos públicos.**

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 3°.** Modifíquese parcialmente el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

**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 **cuatro (4) meses**, 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 4°.** Modifíquese parcialmente el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

**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.

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 de la evaluación, la propuesta presentada por el originador dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que ésta haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa y siete por ciento (97%) 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.** Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

**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 artículo, 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. En el caso en que no se presente ninguna oferta dentro del plazo establecido por la entidad para el efecto en el proceso de selección abreviada con precalificación, se dará aplicación a lo señalado en la presente ley para el evento en que ningún tercero presente manifestación de interés dentro del plazo previsto para el efecto.**

**Si el originador no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, o si dicha opción no está disponible por no haber obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa y siete por ciento (97%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, 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 presente ley.**

**Artículo 5°.** **VIGENCIA.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.

**Parágrafo.** En ningún caso aplicará la presente ley a los procesos de Asociaciones Público Privadas que se encuentren en curso ante las entidades estatales competentes, al momento de su entrada en vigencia.



**CATALINA ORTIZ LALINDE**  
Representante a la Cámara por el Valle del Cauca  
Partido Alianza Verde



**ALVARO HENRY MONEDERO RIVERA**  
Representante a la Cámara por el Valle del Cauca  
Partido Liberal

Proyecto de Ley \_\_\_\_ de 2020

***"Por medio de la cual se incentiva la competencia en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, modificando parcialmente los artículos 11, 14, 19 y 20 de la ley 1508 de 2012"***

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**1. OBJETIVO**

El proyecto de ley presentado a consideración del honorable Congreso de la República busca modificar los artículos 11, 14, 19 y 20 de la Ley 1502 de 2012, con la finalidad de mejorar los lineamientos establecidos para las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada, de manera que promueva competencia y una eficiente asignación de riesgos en las mismas. Lo que repercutirá en el desarrollo óptimo de la infraestructura necesaria para la competitividad del país.

**2. PROBLEMA QUE PRETENDE RESOLVER ESTE PROYECTO DE LEY**

En 2019 Colombia ocupó el puesto 57 entre 141 economías en el índice de competitividad global, en esta medición se sigue evidenciando el rezago general que tiene el país en infraestructura<sup>1</sup>. Con respecto a lo que correspondería a un país con sus características, Colombia cuenta con 26% menos de kilómetros de carreteras<sup>2</sup>, para superar este rezago se han promocionado las Asociaciones Público Privadas (APP), en especial las de Iniciativa Privada en las cuales se entiende que el privado originador es quien desarrolla la propuesta inicial del proyecto y la entidad estatal competente rechaza o prueba<sup>3</sup>.

Hasta finales de 2019 se registraron 777 proyectos de APPs, de los cuales 434 han sido desistidos, rechazados o fallidos (55,8% del total) y 343 se encuentran vigentes en etapa de evaluación o aprobación (44,2% del total); de las vigentes, 263 son de iniciativa privada (76,6%)<sup>4</sup>. El problema es que, debido a las condiciones normativas actuales, de las APP de Iniciativa Privada, no se está garantizando el manejo correcto de los riesgos y la competencia en la adjudicación de megaproyectos estratégicos para el país, que se han contratado a través de IPs, como la Malla Vial del Meta, vía Antioquia-Bolívar, vía Cesar-Guajira, entre otros.

En términos prácticos estamos ante un crecimiento de la contratación directa. A la fecha de los 11<sup>5</sup> proyectos IP adjudicados por la ANI<sup>6</sup>, solo se han presentado terceros

<sup>1</sup> Schwab,K., (2019). The Global Competitiveness Report 2019. World Economic Forum. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf)

<sup>2</sup> Yepes, T., Ramírez, J.M., Villar, L. (2013). INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE EN COLOMBIA. Fedesarrollo. p.1.

<sup>3</sup> El art 5, Ley 1508 de 2012, establece que "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"

<sup>4</sup> Departamento Nacional de Planeación. (2019). Informe trimestre cuatro de 2019 del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP). Boletín No.24.

<sup>5</sup> Respuesta a Derecho de Petición presentado por la UTL de la Representante Catalina Ortiz, 23 de octubre de 2020.

<sup>6</sup> Por participación de entidades, se destaca la mayor contribución por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura con un total de 47 proyectos, seguida por la Alcaldía de Bogotá con 37 iniciativas.

interesados en dos. Estos 11 proyectos, tienen un costo estimado, solo por construcción, de aproximadamente 13 billones de pesos, lo que representa el 1.4% del PIB.

Estos resultados hacen evidente que el marco normativo actual de las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada (APP IP) en Colombia, está generando serios desincentivos a la competencia, lo que a su vez repercute en:

- Dificultades para cerrar financieramente los proyectos (en caso de mala asignación de los riesgos, por lo que el concesionario no tiene la posibilidad de valorar anticipadamente las consecuencias financieras, por lo que no existe forma de sustentar al financiador de un proyecto, que la redistribución resultará suficiente para cubrir los efectos derivados de su materialización (Cámara Colombiana de Infraestructura, 2019<sup>7</sup>),
- Ausencia de reducción de los valores de los proyectos (frente a la experiencia de las iniciativas públicas), producto de la imposibilidad de enfrentar ofertas de proponentes, que presenten soluciones innovadoras y menos onerosas.
- Asimetría en la asignación de riesgos que son evidentes en casos como la vía Cesar-Guajira (corredor para el turismo y exportación de Carbón, liquidada por problemas con consultas previas), la Malla Vial del Meta (corredor para el desarrollo de los Llanos orientales, paralizada hace 4 años, por diferencias frente a riesgos financieros, contrato que deberá renegociarse de acuerdo a laudo arbitral de febrero de 2019<sup>8</sup>) y la vía al Puerto, Trayecto Buga-Buenaventura<sup>9</sup> (corredor de comercio hacia el Pacífico, liquidada por problemas del contrato) y los efectos de una pandemia como el COVID-19.

Esto se encuentra principalmente porque:

- En una Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos, la Ley 1508 permite que el término para recibir a terceros interesados sea tan corto como un mes. (1-6 meses)
- Un mes es a todas luces un desincentivo y poco tiempo para que otros puedan presentar ofertas.
- Adicionalmente la norma permite al privado "originador" mejorar su oferta en caso que no resulte ganador, y a través de un decreto se estableció que esto sería cuando la diferencia con respecto a la mejor propuesta fuera de hasta un 20%.
- Esto termina generando el escenario perfecto para que ningún tercero se presente y termine adjudicándose directamente el proyecto al originador.
- Riesgos: En las APPs- Iniciativa Privada sin desembolso de recursos Públicos, se ha entendido por muchas entidades que todos los riesgos deben ser asumidos por el privado, en la medida en que se interpreta que no hay forma

<sup>7</sup> Cholles, O. (2019). "Cuando el Riesgo suena...". Cámara Colombiana de Infraestructura. Revista Infraestructura & Desarrollo, 93, p10-11.

<sup>8</sup> TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. VS AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI (28 de febrero de 2019). CORTE DE ARBITRAJE CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/23496/5012%20CONCESION%20VIAL%20DE%20LOS%20LLANOS%20S.A.S.%20VS.%20AGENCIA%20NACIONAL%20DE%20INFRAESTRUCTURA%20-%20ANI%2028%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>9</sup> APP IP sin recursos públicos, Proyecto Vía al Puerto, Contrato No.003 de 2016, Corredor Buenaventura-Loboguerrero-Buga. A cargo del Concesionario Vía Pacífico SAS, conformado por Grupo Solarte (67%), Constructora Conconcreto S.A (33%). Contrato terminado anticipadamente en Etapa de Preconstrucción, Liquidada.

que la entidad pueda disponer de un fondo de contingencias (recursos para utilizar en caso de materializarse los riesgos), lo cual encarece la competencia dando como resultado la imposibilidad de reducir costos de los proyectos, dificultades en la financiación y asimetría de los riesgos que quedan pactados, riesgos que al materializarse generan graves consecuencias para la competitividad del país.

- La ley 1508 establece la obligación de justificar cuando una APP realmente es el mecanismo necesario o más eficiente para realizar un proyecto, comparado con el mecanismo de Obra pública. Sin embargo, la norma quedó tan general, que hoy en día, de acuerdo a interpretaciones de entidades como el Departamento Nacional de Planeación (DNP), en las IPs es el privado el que debe realizar este comparativo. Es decir, el mayor interesado en que se realice la APP termina presentando dicha justificación (existiendo un conflicto de intereses autorizado por las interpretaciones legales. Debería ser la Entidad Pública contratante, la que por su conocimiento histórico y de sus proceso tendría la capacidad de demostrar esa necesidad.

### 3. CÓMO PRETENDE RESOLVER ESTE PROBLEMA ESTE PROYECTO DE LEY

Actualmente las APP IP, se rigen principalmente por la ley 1508 de 2012 que estipula en su artículo 19 y 20, que ante Iniciativas Privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, la entidad pública contratante, podrá publicar el proyecto para que terceros puedan manifestar interés, desde un mes hasta seis meses. Tener un mes para conocer proyectos tan técnicos es a todas luces un desincentivo para la participación. A lo que se suma que, la norma permite al privado "originador" del proyecto mejorar su oferta en caso que no resulte ganador, y a través de un decreto<sup>10</sup> se estableció que esto sería cuando la diferencia con respecto a la mejor propuesta fuera de hasta un 20%. Lo que termina generando el escenario perfecto para que ningún tercero se presente y termine adjudicándose directamente el proyecto al originador.

Por lo anterior, se propone modificar el artículo 19 para que el tiempo mínimo de publicación sea de 4 meses, teniendo en cuenta que el límite máximo establecido por la ley son 6 meses y que se requiere un piso mínimo que permita a un tercero manifestar interés en una APP IP sin recursos públicos. Además, se busca modificar el artículo 20 de la ley 1508 de 2012 de manera que la propuesta del originador deba obtener como mínimo un porcentaje igual o superior al 97% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada y no del 80% como está en la normatividad actual. Esto permite incentivar más competencia y que el originador se esfuerce en presentar propuestas más competitivas.

Además, en APPs de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos Públicos, se ha entendido por muchas entidades que todos los riesgos deben ser asumidos por el privado, en la medida en que se interpreta que no hay forma que la entidad pueda disponer de un fondo de contingencias (recursos para utilizar en caso de materializarse los riesgos), lo que termina por un lado imponiendo riesgos que por su naturaleza deberían estar en cabeza del privado (como el riesgo regulatorio) y por otro encarece

<sup>10</sup> Presidente de la República de Colombia (mayo 26 de 2015) Decreto por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional. (Decreto 1082 de 2015). DO: 49523

más la competencia porque un tercero no competirá en condiciones tan extremas, genera una asimetría de riesgos y falta de reducción del valor del proyecto.

Teniendo en cuenta que los recursos que se encuentran en el fondo de contingencias no son derechos económicos a los que tenga acceso el privado y no serán destinados a la ejecución del proyecto, se propone la modificación del inciso 7 del artículo 14, dejando claro la calidad que tiene estos recursos públicos, que en ningún caso deberían entenderse como desembolso de recursos públicos o retribución a favor del privado, a los que hace mención este artículo y tal como ya está permitido.<sup>11</sup>

Adicional a lo anterior, en el numeral 11.3 del artículo 11 de la Ley 1508 de 2012 se establece la **obligación de justificar el mecanismo de asociación público privada como modalidad para la ejecución del proyecto**. Actualmente, de acuerdo a interpretaciones de diferentes entidades, es el privado el que debe realizar este comparativo en las Iniciativas Privadas. Es decir, el mayor interesado en que se realice la APP termina presentando dicha justificación (existiendo un notorio conflicto de intereses), cuando es la Entidad Pública, la que por su conocimiento histórico y de sus proceso tendría la capacidad de demostrar esa necesidad. Por esto se propone modificar el artículo 11 de la ley en mención, de manera que se de total claridad frente a que la justificación que se debe realizar para demostrar que la modalidad más eficiente y necesaria para la ejecución de un proyecto es una APP; la debe hacer el DNP en caso de ser una entidad de orden nacional o para proyectos desarrollados por entidades territoriales, estará a cargo de la Financiera de Desarrollo Nacional o la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial, según defina la entidad contratante.

En conclusión, una vez analizados los resultados de la implementación de la Ley 1508 de 2012 y reglamentaciones que se han desprendido de la misma, se denota la necesidad de incorporar unos ajustes a la norma, con el fin de que ciertas condiciones aplicables a los Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada se permitan generar competencia en este tipo de proyectos.

## 4. CONSIDERACIONES GENERALES

### 4.1. ¿Qué son las APPs?

Las Asociaciones Público-Privadas (APPs) son una herramienta de financiación, creada a partir de la Ley 1508 de 2012, con el fin de generar participación del capital privado en la realización de proyectos que el Estado evalúe como necesarios y los cuales no podrían desarrollarse en las condiciones financieras actuales. El capital privado por lo regular proviene de particulares, que no hacen parte del contrato, pero son quienes prestan el dinero al contratista que ejecutará la obra que sea aprobada por la Entidad Estatal.

<sup>11</sup> De acuerdo con lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, en su artículo 50, "En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definen en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse: La ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley, La modificación del alcance del proyecto, El incremento de peajes y tarifas. La norma claramente dice "entre otros, pero sin limitarse", lo que deja un espacio para utilizar otro tipo de mecanismos que bien podría ser un Fondo de Contingencias.

En el CONPES 3615 de 2009, se define las Asociaciones Público-Privadas como: "una tipología general de relación público-privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento".

De acuerdo con Philippa Roe and Craig Allistair, a través de las Asociación Público-Privada (APP), el estado le cede a un contratista, normalmente a través de un patrimonio autónomo, la construcción, operación y mantenimiento de un bien público, bajo el cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad<sup>12</sup>. Este esquema tiene dos tipos: 1) APP de iniciativa pública, 2) APPs de iniciativa privada. La principal diferencia entre ambos esquemas tiene que ver con quién asume el rol de estructuración del proyecto y la asignación de riesgos, junto con los mecanismos para coberturas de los mismos.

Para el caso de las APP de iniciativa privada, la propuesta inicial es presentada por un privado "originador del proyecto" y el estado dependiendo de sus necesidades, rechaza o aprueba dicha propuesta, previo un análisis y evaluación de esta. Entre los objetivos principales de este tipo de iniciativas se encuentran: mayor eficiencia operacional y constructiva, junto con un alivianamiento de las necesidades fiscales del gobierno central, siempre a través de una cifra positiva de valor por dinero para el contribuyente<sup>13</sup>. En su gran mayoría los proyectos que contemplan las iniciativas privadas son: vías, aeropuertos, puentes, túneles, complejos hídricos, prisiones, colegios públicos, estadios y complejos deportivos.

### 4.2 Antecedentes

La Constitución Política promulgada en 1991 abrió nuevos espacios para la participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, lo cual condujo a la expedición de un número importante de leyes y decretos que dieron vida y regulación a diversos esquemas de participación y colaboración entre el sector público y privado.

En efecto, a partir de la promulgación de estos cuerpos legales se dio inicio, a principio de los años 90, al proceso de atracción de participación privada con la liquidación de entidades públicas monopolísticas en el área de la banca y de algunas empresas industriales y comerciales del Estado. Además se dio inicio a la participación del sector privado en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura de transporte, mediante la adjudicación de concesiones viales, aeroportuarias, portuarias férreas; así mismo en materia de telecomunicaciones, se avanzó en el desarrollo del servicio de telefonía móvil celular, la apertura del mercado de larga distancia a nuevos operadores y una mejor oferta de televisión a través de la concesión de los canales nacionales; mientras que en el sector de energía, a través de la venta de activos en el

<sup>12</sup> Philippa Roe and Craig Allistair. Reforming the private finance initiative. Center for Policy Studies, 2004.

<sup>13</sup> Will Kenton. Private finance initiative. Investopedia, 2019.

sector y la entrada de operadores privados, han hecho posible la mejora en la prestación de los servicios y el aseguramiento de la oferta en el largo plazo.

Estos esquemas de participación privada en proyectos de Infraestructura y servicios públicos han sido utilizados para desarrollar proyectos que no hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones fiscales existentes.

Son múltiples los beneficios alcanzados a través de la vinculación del sector privado, como se resalta en el CONPES 3538, en el cual se concluye que la "inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores".

**4.3. Consideraciones legales**

**4.3.1. Normatividad que regula Ley 1508 de 2012**

Para lograr satisfacer las necesidades actuales de inversión en la infraestructura, resulta trascendental la participación del sector privado, por lo que en enero de 2012, luego de estudiar y analizar modelos exitosos de asociaciones público-privadas en otros países, se expidió la Ley 1508 "por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones". Dicha norma busca, entre otras cosas, incentivar la participación privada en los proyectos que cumplan ciertos requisitos, definiendo una forma de financiación de la infraestructura y sus servicios asociados, en la cual el privado es quien construye la obra y su retribución estará condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, haciendo más eficaz y eficiente el desarrollo de proyectos, por la motivación que tendrá el privado de garantizar el retorno y las utilidades de la inversión realizada.

Esta Ley introduce dos modelos de Asociaciones Público Privadas (APP); la primera de ellas relativa a proyectos de iniciativa pública con recursos públicos, y, la segunda, aquellos que sean estructurados a partir de una iniciativa privada en donde la entidad resulta ser un socio que puede realizar aportes para facilitar la realización de proyectos y el particular es quien hace la inversión a cambio del derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio<sup>14</sup>.

- **Diferencia entre Asociación Público Privadas de Iniciativa Pública y de Iniciativa Privada**

<sup>14</sup>Procuraduría general de la Nación. (2015). Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf>

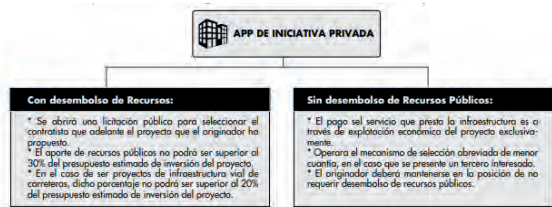
En las APPs de Iniciativa Pública la idea conceptual del proyecto es estructurada por la entidad pública con participación del sector privado. La fuente de pago del proyecto puede ser a través de aportes de recursos públicos, de la explotación económica del APP o una combinación de estas<sup>15</sup>.

En las APPs de Iniciativa Privada la idea conceptual y propuesta proviene del sector privado. En este caso el privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta y riesgo, la estructuración del proyecto sin obligación del público a reconocerle los costos asociados. Las fuentes de pago tienen las siguientes limitaciones<sup>16</sup>:

- Podrá contar con recursos públicos de hasta el 20% del valor de la inversión. En este caso la selección del contratista se realizará a través de licitación pública.
- Cuando el pago del servicio que presta la infraestructura en su totalidad es a través de la explotación económica del proyecto, operará el mecanismo de selección abreviada de menor cuantía.

Dentro de estos proyectos de Iniciativa Privada, existen dos tipos: **proyectos de iniciativa privada con desembolsos de recursos públicos y proyectos de iniciativa privada sin desembolsos de recursos públicos**<sup>17</sup>.

Esquema 1. Tipos de APPs de Iniciativa Privada<sup>18</sup>



Fuente. Programa de Capacitación a las Entidades Territoriales Asociaciones Público Privadas (APP's)<sup>19</sup>

**4.4. Participación privada en el marco del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022<sup>20</sup>**

<sup>15</sup>Departamento Nacional de Planeación.(2013). Abecé Asociaciones Público Privadas. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/1%20ABC%20APP.pdf>

<sup>16</sup> Ibidem

<sup>17</sup>Investor Relation Colombia. Disponible en: [http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-078904%2F%2FidPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-078904%2F%2FidPrimaryFile&revision=latestreleased)

<sup>18</sup> Ibidem

<sup>19</sup> Ibidem

<sup>20</sup> Departamento Nacional de Planeación (2019). Bases PND 2018-2022. Disponible en: <colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/BasesPND2018-2022n.pdf>

Es pertinente mencionar que el Plan Nacional de Desarrollo vigente 2018-2022 contempla la importancia de diseñar, formular e implementar políticas públicas integrales para la promoción, planeación, protección, fortalecimiento y desarrollo del sector empresarial, así como también la eficiencia y facilidad para la cooperación entre el sector privado y el público. La ruta del gobierno nacional para el periodo vigente establece además la importancia de facilitar y mejorar la implementación de asociaciones público-privadas, al promulgar por la reducción de los tiempos de evaluación, al promulgar el uso de este tipo de contratación para el desarrollo de infraestructura pública alrededor del país.

El Plan Nacional de desarrollo 2018-2022 resalta la importancia de vincular de manera activa al sector privado, teniendo en cuenta que es este sector el que más aporta a la transformación de la sociedad. Además, para que Colombia pueda desarrollar su potencial productivo, requiere trabajar conjuntamente con el sector privado como protagonista de la creación de empleo y bienestar en áreas urbanas y rurales<sup>21</sup>.

Dentro de los compromisos esbozados en las bases del Plan de Desarrollo, se destaca la participación de MinVivienda, Min Hacienda y el DNP, en la reglamentación para la implementación de instrumentos innovadores que permitan el financiamiento del desarrollo urbano, tales como: (1) Asociaciones Público-Privadas para la financiación de la infraestructura urbana; y (2) estrategias y alternativas de captura de valor de suelo, como la financiación por impuestos futuros, entre otros. MinVivienda, con el apoyo del DNP, liderará los respectivos pilotos de implementación.

Este plan además aborda temas en manejo de corrupción según el cual para efectos del desarrollo y adaptación en salud de las Asociaciones Público Privadas (conforme al ley 1508 de 2012), y demás alianzas con el sector privado, se adoptará el enfoque de tolerancia cero con la corrupción, acompañado de un análisis integral, que: (1) promueva la sanción oportuna de los responsables de hechos de corrupción; (2) impulse medidas para salvaguardar el logro de los objetivos públicos, blindándose del impacto del corrupción; (3) estructure contratos con medidas preventivas, punitivas y sancionatorias oportunas; y (4) lleven a que cuando se definan unidades de APP o áreas encargadas del tema, estas deban adoptar reglas de integralidad para los funcionarios que participen de alguna forma en este tipo de proyectos.

Finalmente, frente a las Asociaciones público-privadas se sugiere una serie de medidas a implementar para los proyectos de iniciativa privada en donde el originador será quien asuma el riesgo del costo de la etapa de revisión y/o evaluación de la factibilidad.

**4.4.1. Importancia de las APPs para la transformación digital del país según el PND 2018-2022**

En las bases del PND 2018-2022 se menciona la necesidad de lograr activar este mecanismo de financiación, en otras áreas que requieren un crecimiento mayor en Colombia, para que el país pueda alcanzar sus metas en materia de desarrollo económico y tecnológico. A pesar del amplio uso en infraestructura de transporte, de las asociaciones público privadas (APP), previstas en la Ley 1508 de 2012, para vincular capital privado, este ha sido muy poco utilizado en el sector TIC y puede ser de gran utilidad para el despliegue de proyectos e iniciativas, que permitan llevar conectividad a todos los colombianos, cerrar la brecha digital e incentivar la apropiación tecnológica en el marco de la cuarta revolución industrial y como promotor

<sup>21</sup> Bases del Plan Nacional de desarrollo 2018-2022

de la transformación digital<sup>22</sup>. Para tal efecto, el DNP y MinTIC se comprometieron a reglamentar aquellos aspectos normativos que permitan fomentar la estructuración, presentación y ejecución de proyectos que brinden soluciones estructurales y sostenibles en el tiempo.

**5. AVANCE DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS VIGENTES. INFORME CUARTO TRIMESTRE DE 2019. RUAPP<sup>23</sup>**

El Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP), contiene una base de datos administrada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) con información que recopila la información sobre el estado de los proyectos que bajo este esquema se desarrollan a escala nacional y territorial (Ley 1508 de 2012, artículo 25; Decreto Reglamentario 1082 de 2015, artículo 2.2.2.1.5.3)<sup>24</sup>.

De acuerdo al Informe del Cuarto Trimestre de 2019 de este Registro<sup>25</sup>, se han incluido 777 proyectos en el Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP), que, en particular tienen las siguientes características:

- Del total de proyectos registrados, 343 se encuentran en etapas de evaluación o aprobación (vigentes); no obstante, 222 proyectos se encuentran en etapas que superan su plazo máximo de ejecución.
- 434 proyectos han resultado fallidos, desistidos por el proponente, rechazados o declarados desiertos, lo que corresponde al 55,85 % del total.
- Del total de proyectos vigentes 263 son de iniciativa privada, lo que representa el 76,68%, mientras que 80 son de iniciativa pública los que equivalen al 23,32%
- Durante el cuarto trimestre de 2019 se registraron 34 proyectos nuevos, lo que significa el 4,38 % de los proyectos inscritos en el RUAPP, situación que, a su vez, mantiene la dinámica positiva en la generación de iniciativas de proyectos de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público-Privada en el país (Figura 1).

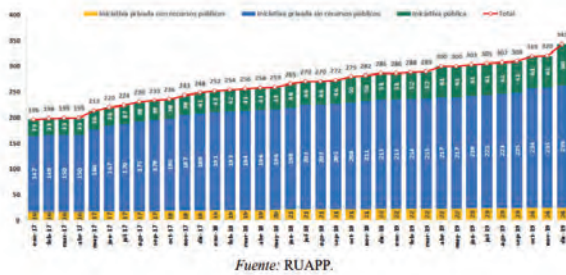
Figura 1. Registros acumulados de RUAPP desde 2017 a 2019, según el tipo de APP

<sup>22</sup> Observación presentada por el Consejo Nacional de Planeación (CNP) sobre la necesidad de fortalecer los instrumentos de APP para la transformación digital.

<sup>23</sup> Departamento Nacional de Planeación. (2019). Informe trimestre cuatro de 2019 del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP). Boletín No.24. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructura/Informe%204T%202019.pdf>

<sup>24</sup> Ibidem

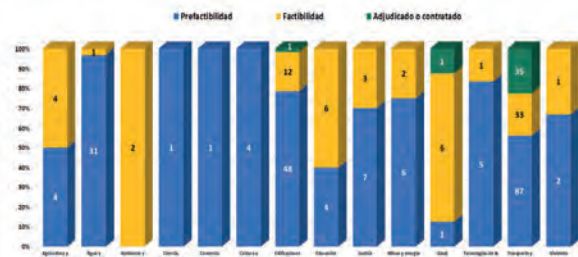
<sup>25</sup> Todas las cifras del RUAPP presentadas en este informe están actualizadas al 31 de diciembre de 2019.



Fuente: RUAPP.

- **Por sectores:** De las iniciativas vigentes, el sector de Transporte y movilidad presenta la mayor participación con el 45,77%, seguido de Edificaciones públicas y renovación urbana con el 18,66% y Agua y saneamiento básico con el 10,20%.
- **Por etapas en las que se encuentran:** A diciembre de 2019, 81 proyectos incluidos en el RUAPP se encuentran en etapa de factibilidad y 10 proyectos se encuentran en etapas de aprobaciones; es decir, el 26,5% de las iniciativas vigentes se encuentran en etapas avanzadas. Además, el 10,8% de los proyectos registrados (37) han sido adjudicados o contratados (figura 2).

Figura 2. Estado de las iniciativas en el RUAPP por sector

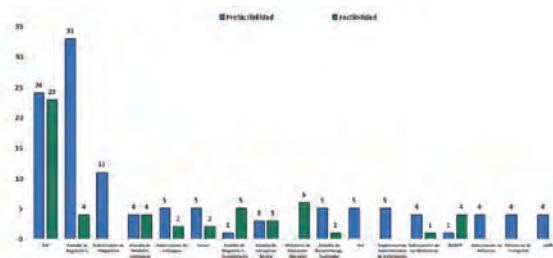


Fuente: RUAPP.

Al cierre del cuarto trimestre de 2019, 215 proyectos se encuentran en etapa de prefactibilidad<sup>26</sup>, y 81 más, en etapa de factibilidad. En relación con los proyectos no realizados, se evidencia que se mantiene la tendencia de los proyectos vigentes, al ser el sector de Transporte y movilidad el de mayor participación (64,29%), seguido del sector de Edificaciones públicas y renovación urbana (22,12%) y Agua y saneamiento

<sup>26</sup> En la etapa de prefactibilidad se toman en cuenta los estados de prefactibilidad en estudio y de prefactibilidad, así como en espera de ingreso a evaluación.

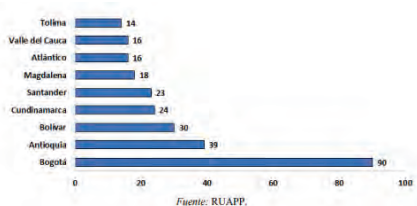
Figura 6. Entidades con mayor registro de proyectos de iniciativa privada en estado de factibilidad y de prefactibilidad



Fuente: RUAPP.

Por localización geográfica, la entidad territorial con mayor participación en el RUAPP es el Distrito de Bogotá, con 90 proyectos – el 26,24 % del total de proyectos vigentes –; le siguen los departamentos de Antioquia con 39 iniciativas (11,37%), Bolívar con 30 (8,75%) y Cundinamarca con 24 (7.00%) (figura 7).

Figura 7. Principales localizaciones de las APPs



Fuente: RUAPP.

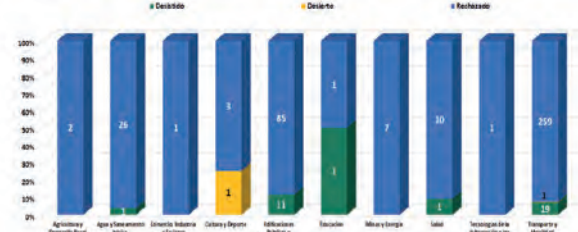
**6. PREOCUPACIONES FRENTE A PROYECTOS ADJUDICADOS ANTE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI<sup>27</sup>**

De acuerdo con información de la Agencia Nacional de Infraestructura, sobre los proyectos de Iniciativa Privada que se adelantaban hasta abril de 2019 se encuentra que, ante esta entidad, que es una de las más importantes en el desarrollo de

<sup>27</sup> Agencia Nacional de Infraestructura. (2019). Presentación Inicativas Privadas.

básico (6,22%). Del total de proyectos no realizados, 33 (7,60%) han sido desistidos por los proponentes, 399 (91,94%) han sido rechazados en etapas de prefactibilidad o factibilidad y únicamente 2 (0,46%) han sido declarados desiertos (figura 3).

Figura 3. Proyectos No realizados hasta 2019



Fuente: RUAPP.

De los proyectos en evaluación, el sector Transporte lidera la cantidad de iniciativas con una participación del 40,54 %, mientras que el 59,46 % restante se distribuye entre los sectores de Renovación urbana, Agua y saneamiento básico, Educación, Justicia y Agricultura y otros (figura 5); con lo anterior, están siendo evaluados 156 proyectos en infraestructura productiva y 140 proyectos en infraestructura social (figura 4).

Figura 4. Proyectos en evaluación hasta 2019



Fuente: RUAPP.

De los 296 proyectos en etapas de prefactibilidad y factibilidad, 241 proyectos corresponden a iniciativas privadas, cifra que corresponde al 7,77% iniciativas con recursos públicos, mientras que el 73,65% equivale a iniciativas sin recursos públicos; 55 proyectos (18,58%) corresponden a iniciativas públicas con recursos públicos.

Por participación de entidades, se destaca la mayor contribución por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura con un total de 47 proyectos, seguida por la Alcaldía de Bogotá con 37 iniciativas; el tercer lugar lo ocupa la Gobernación del Magdalena con 11 proyectos (figura 6).

infraestructura para la competitividad del país, se han radicado alrededor de 171 proyectos, de los cuales 122 han sido rechazados, 37 se encuentran en etapa de evaluación y sólo 11 han sido adjudicados, todos de modo carretero (Tabla 1).

Tabla 1. Asociaciones Público Privadas radicadas ante la ANI

TOTAL IPs radicadas ante la ANI hasta abril 2019			
Etapa	Modo Carretero	Otros Modos	Total
Adjudicados	11	0	11
Factibilidad aprobada	1	0	1
En evaluación	15	22	37
Rechazadas	89	33	122

Fuente: ANI, Presentación Inicativas Privadas

De los 11 proyectos que fueron adjudicados tienen un valor de alrededor de 13,7 billones de pesos. Lo que equivale al 1,4% del PIB Nacional en 2019. De estos proyectos solo tres cuentan con un avance mayor al 50% de la obra y proyectos fueron liquidados, la vía Cesar- Guajira y el Proyecto Vía al Puerto (que comprende el trabajo Buga-Buenaventura) (Tabla 2).

Tabla 2. Proyectos de IPs adjudicados por la ANI

Proyectos de APPs de Iniciativa Privada adjudicados por la ANI hasta abril 2019			
Proyecto	Inversión Capex*	Fecha de adjudicación	Estado actual
GICA	\$ 1,360	abr.-15	Construcción, avance 43%
CESAR- GUAJIRA	\$ 263	jun.-15	Liquidada, por imposibilidad de instalación de peajes
MALLA VIAL DEL META	\$ 1,550	jun.-15	No ha iniciado construcción
CHIRAJARA- VILLAVICENCIO	\$ 2,800	jul.-15	Construcción, avance 71%
CAMBAO- MANIZALES	\$ 640	ago.-15	No ha iniciado construcción
ANTIOQUIA- BOLIVAR	\$ 1,400	nov.-15	Construcción, avance 52%
NEIVA - GIRARDOT	\$ 850	dic.-15	Construcción, avance 47%
VIAS DEL NUS	\$ 1,170	mar.-16	Construcción, avance 61%
VÍA AL PUERTO (Buga-btura)	\$ 1,180	ago.-16	Liquidada. El Riesgo sobrepasa el límite del contrato
TERCER CARRIL BOGOTÁ- GIRARDOT	\$ 2,010	oct.-16	Construcción, avance 2,8%
ACCENORTE	\$ 540	abr.-17	Construcción, avance 31%
Total	\$ 13,763		

\*Miles de millones de pesos 2017

Fuente: ANI, Presentación Inicativas Privadas

Los dos proyectos de infraestructura que fueron liquidados, aún continúan con su estructuración, sin contarse aún con un mecanismo de contratación definido para cada uno. Lo que resulta preocupante sabiendo la importancia para la competitividad del País que tienen estos dos proyectos.

Por un lado la Vía Cesar- Guajira buscaba interconectar eficientemente los departamentos del Cesar y la Guajira, para servir de modo alterno para el transporte de carbón, con motivo de la apertura de nuevas minas y el crecimiento de la producción de este mineral, lo cual es esperable que ocurra en los próximos años, y para disminuir los índices de accidentalidad, propiciar el turismo en la región del valle de Upar y el sur de la Guajira, consolidar una comunicación eficiente con la frontera Colombo – Venezolana y fomentar el progreso económico y social de la zona.

Por otro lado, la Vía al Puerto, representa el corredor Buenaventura – Loboguerrero – Buga, corresponde a la sección final del corredor vial de dobles calzadas Bogotá–Buenaventura, el cual es considerado como uno de los más importantes ejes de la red vial nacional. Su objetivo es conectar el principal puerto marítimo de Colombia sobre la costa Pacífica -Puerto de Buenaventura– con el interior del País.

**7. MARCO NORMATIVO**

**Tabla 3.** Marco Normativo de las Asociaciones Público Privadas

Norma	Descripción	Título de la Norma
Ley 1508 de 2012	Define los conceptos y lineamientos de los proyectos de inversión con iniciativa pública y privada, los montos de la inversión y la estructura de cada proyecto.	Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.
Decreto 1467 de 2012	Establece los procedimientos para la contratación a través del sistema de APPs.	Decreto Reglamentario de la Ley 1508 de 2012
Resolución 3656 de 2012	Adopta la metodología del comparador público privado.	Por el cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismos de APPs, como una modalidad de ejecución de proyectos de qué trata la Ley 1508 de 2012 el Decreto 1467 de 2012.
Decreto 1610 de 2013	Límites para fijar vigencias futuras.	Reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.
Ley 1682 de 2013	Artículo 65 registro en el SECOP de APP de infraestructura de transporte.	Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias
Decreto 100 de 2013	Conformaciones listas de precalificados	s Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012.

Decreto 1510 de 2013	Artículo 112 Garantías Independientes en cada Unidad Funcional de AP	Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.
Documento Copes 3760 de 2013	Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales.	Este documento presenta los lineamientos de política del programa de cuarta generación y programa para el desarrollo de concesiones de autopistas 2006 – 2014.
Decreto 2043 de 2014	Se refiere a contribuciones, conformación de listas de precalificado, valoración de obligaciones contingentes.	Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012.
Decreto 1026 de 2014	El gobierno nacional reglamenta las formas que podrán establecer los proyectos de APPs, unidad de funcionamiento de Tramos de túnel en los cuales habrá disponibilidad parcial.	Por el cual se reglamenta la forma en que podrán establecerse en proyectos de Asociación Público Privada, Unidades Funcionales de Tramos de Túneles, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 1682 de 2013*
Decreto 1553 de 2014	Derecho a retribuciones en proyectos APP, Sistemas de precalificación.	Por medio del cual se modifica el Decreto 1467 de 2012 "una vez puesta en marcha las APPs, reglamentadas por el decreto 1476 de 2012 es necesario incorporar nuevos ajustes".
Decreto 0301 de 2014	Derecho a retribuciones en proyectos APP, desembolso de recursos públicos.	Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012
Decreto 063 de 2015	Requisitos en procesos de selección de proyectos de APP del sector de agua potable, retribuciones, niveles de servicios.	Por el cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico
Decreto 1082 de 2015	Define Indicadores de gestión, estándar de calidad, nivel de servicio, específico, medibles, oportunos, pertinentes, viables, unidad funcional, Fondos públicos.	Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional.
Ley 1753 de 2015	Construir una Colombia en paz, equitativa y educada, en armonía con los propósitos del Gobierno nacional. Mejores prácticas y estándares	Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"

	internacionales. Organizar un modelo de planificación, de largo plazo y un desarrollo sostenible.	
Resolución 1464 de 2016	Ajusta procedimientos para evaluar y priorizar los proyectos de Asociación Pública Privada.	Por la cual se establecen los requisitos y parámetros que deberán cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de proyectos de Asociación Pública Privada para solicitar el concepto previo en el artículo 20 y 16 de la Ley 1753 de 2015.
Decreto 2100 de 2017	Derecho a retribuciones por unidades funcionales.	Por el cual se sustituye el artículo 2.2.2.1.2.2. Del Decreto 1082 de 2015, relacionado con el derecho a retribuciones en proyectos de Asociación Público Privada
Ley 1882 de 2018	Modifica Artículo 5º de la Ley 1508 de 2012, modificada por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 Derechos sobre inmuebles. Modifica Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 terminación anticipada de contrato.	Por el cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, de la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones.
Decreto 1974 de 2019	Por el cual se adiciona a la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	

Fuente. Contraloría de Bogotá D.C<sup>29</sup>, y DNP

**8. MARCO JURISPRUDENCIAL**

<sup>29</sup>Contraloría de Bogotá D.C. (2018) ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APPS EN BOGOTÁ EN LOS SECTORES SOCIALES. Disponible en: <http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Estructurales/Planeaci%C3%83n/2018%20Informe%20de%20Asociaciones%20P%C3%83Blico%20Privadas%20en%20Bogot%C3%A1.pdf>

**Jurisprudencia Corte Constitucional**

<b>Sentencia C595/2014: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial)</b>  <b>M.P Jorge Pretelt</b>	Considera el demandante que la norma acusada, al conferir al originador del proyecto la posibilidad de presentar una propuesta adicional para mejorar la que formuló inicialmente, vulnera el principio de jerarquía superior de la constitución, lo mismo que sus principios de igualdad y de la función administrativa, al igual que el derecho al debido proceso. Para la corte, el originador no se encuentra en la misma situación de los terceros que manifiestan su interés en ejecutar el proyecto, porque lleva a cabo trabajos y hace importantes inversiones en las etapas de prefactibilidad y factibilidad que no son realizadas por los demás. Es decir, que no son grupos comparables y que el trato diferenciado censurado no lesiona el principio de igualdad. <b>Exequible.</b>
<b>Sentencia C050/2015: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 8.</b>  <b>M.P. Luis Ernesto Vargas</b>	Para el actor, la norma acusada, al establecer una exclusión del ámbito de aplicación de esta ley, en lo relativo a la participación de las sociedades de economía mixta y de las demás empresas allí referidas vulnera los principios de igualdad, libre competencia económica, régimen de los servicios públicos y la cláusula del Estado Social de Derecho. La sala encontró que los cargos formulados en este caso no cumplan los requisitos que la jurisprudencia ha establecido como necesarios para que pueda dictarse un fallo de mérito, entre ellos, la certeza y la suficiencia de las acusaciones planteadas. Para la corte, el asunto es una controversia interpretativa en relación con los alcances de la norma, lo que excede el propósito de la acción pública de inconstitucionalidad. <b>La sala se declara inhibida para emitir pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda.</b>
<b>Sentencia C623/2016: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28.</b>  <b>M.P. Gabriel Eduardo Mendoza</b>	El demandante considera que el legislador desconoció el principio de unidad de materia, al incluir medidas relacionadas con el régimen presupuestal de las empresas sociales del estado que no han celebrado, participado o ejecutado contratos bajo esquemas de asociación público privada en una ley cuyo objetivo es, precisamente, establecer el régimen jurídico de las APPs. Al encontrar que el aparte acusado vulnera el principio de unidad de materia por no existir conexidad causal, temática, sistemática y teleológica con la ley 1508/02, <b>la corte decide declarar inexecutable.</b>

Fuente. UTL Catalina Ortiz. Información. Congreso Visible<sup>29</sup>

**9. RESULTADOS DE LA FALTA DE COMPETENCIA EN LAS ASOCIACIONES**

**9.1. Ausencia de terceros interesados en los proyectos**

<sup>29</sup>Congreso Visible.org. "Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. [Asociaciones público privadas]". Disponible en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-establece/6506/#click>

Teniendo en cuenta que, de acuerdo al informe para el último trimestre de 2019 de la RUAPP, la ANI se destaca como la entidad con mayor contribución en el desarrollo de APPs, vigentes actualmente, con un total de 47 proyectos. Se elevaron solicitudes de información ante esta entidad para profundizar en los proyectos que está manejando la entidad.

En el análisis realizado con información suministrada por la ANI, a través de respuesta suministrada por la entidad el 9 de octubre de 2019 se pudo evidenciar la falta de competencia que surgen en las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada (APP IP):

De 11 APPs IP, que desde 2013 a abril de 2019 han sido adjudicadas por la ANI (2 están en etapa de preconstrucción, 7 en construcción y 2 terminadas anticipadamente por problemas), sólo en 1 (18,2% del total de APPs IP adjudicadas por la ANI) se han presentado terceros interesados, que corresponden a la Vía Accesos Norte 1 y Vía Bogotá -Girardot, ambas en etapa de construcción (Figura 7).

Figura 7. APPs de Iniciativa Privada adjudicadas en la ANI, con terceros interesados



Fuente. UTL Catalina Ortiz

Solo en una de estas fue ganador el tercero interesado, que es la vía Bogotá-Girardot, pero este consorcio se encuentra investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), con cargos por colusión o cartelización empresarial y otras prácticas anticompetitivas que habrían ocurrido en el proceso de selección contractual adelantado por la ANI. No se puede dejar de lado que para la construcción del denominado Tercer Carril Bogotá - Girardot el presupuesto oficial es superior a \$2.9 billones de pesos.

Frente a la investigación que adelanta la SIC, la entidad asegura que "las empresas de la Estructura Plural integrada por CONALVIÁS; INFRACON e ICEIN como ORIGINADOR no solo fueron derrotadas, sino que se vieron imposibilitadas jurídicamente para presentar una contraoferta, habida cuenta de la forma tan precisa y calculada como se estructuraron de forma conjunta y complementaria las ofertas que presentaron las empresas coludidas o cartelizadas"<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Superindustria formula Pliego de Cargos por colusión o cartelización empresarial en el proceso de selección para la APP del Tercer Carril Bogotá - Girardot. (14 de agosto de 2018). SIC. Disponible en: [sic.gov.co/noticias/superindustria-formula-pliego-de-cargos-por-colusion-o-cartelizacion-empresarial-en-el-proceso-de-seleccion-para-la-app-del-tercer-carril-bogota-girardot](https://sic.gov.co/noticias/superindustria-formula-pliego-de-cargos-por-colusion-o-cartelizacion-empresarial-en-el-proceso-de-seleccion-para-la-app-del-tercer-carril-bogota-girardot)

Han surgido muchas críticas alrededor de la investigación que se adelanta en el único proyecto adjudicado por la ANI a un privado diferente al originador, pues contrario a alentar la competencia podría desincentivar aún más que terceros se presenten, por la excesiva protección al originador de los proyectos. Incluso en enero de 2020 la delegatura que llevaba la investigación al interior de la Superintendencia le recomendó al superintendente Andrés Barreto archivar toda la investigación en contra de la constructora antioqueña<sup>31</sup>.

La falta de competencia, derivada del marco normativo actual repercute en: dificultades para cerrar financieramente los proyectos de Iniciativa Privada, altos costos, soluciones con mínima innovación y en caso de ocurrencia de problemas, serias dificultades para encontrar otro interesado en continuar el proyecto, como ocurre con la vía Cesar-Guajira (corredor para el turismo y exportación de Carbón, liquidada por problemas con consultas previas) y la vía al Puerto, Trayecto Buga-Buenaventura (corredor de comercio hacia el Pacífico, liquidada por problemas del contrato).

**9.1.1. Beneficios dirigidos al Originador para promover IPs, sin sacrificar la competencia.**

Para promover la originación de proyectos de APP de Iniciativa privada, en muchos países se han creado estrategias que consisten en ciertos beneficios dirigidos al originador, sin sacrificar la competencia. Por ejemplo Sudáfrica le da un acceso automático a la etapa de la oferta Mejor y Final, en Indonesia el gobierno o el postor ganador le paga una cuota de desarrollador por la estructuración del proceso, en Chile recibe un bono de oferta, y varios estados en la India utilizan el enfoque de desafío suizo<sup>32</sup> y en Senegal da una compensación<sup>33</sup>.

**9.2. Asimetría en la asignación de riesgos**

**9.2.1. Problemas en Asignación de Riesgos Regulatorios en APPs<sup>34</sup>**

En febrero de 2020, la Cámara Colombiana de Infraestructura (CCI) publicó un informe sobre el manejo de los Riesgos en las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada en los proyectos Aeroportuarios. En este informe la CCI señala que si bien la Ley 1508 de 2012 (la cual crea el régimen de APPs), busca que los riesgos sean asignados de la mejor forma, esto no está ocurriendo en sectores como el Aeroportuario, ejemplo de ello es que el gobierno expidió el CONPES 3807 de 2014 en el cual se establece que riesgos como el regulatorio deben ser asignados al Privado.

El problema de asignar riesgos como el regulatorio a los privados es que resulta ineficiente por la simple razón de que no se encuentra dentro de la esfera de facultades

<sup>31</sup>Recomiendan a la SIC archivar investigación contra Conconcreto por caso tercer carril Bogotá-Girardot. (enero 8 de 2020). Valora Analitik. Disponible en: <https://www.valoraanalitik.com/2020/01/08/recomiendan-a-la-sic-archivar-investigacion-contra-conconcreto-por-caso-tercer-carril-bogota-girardot/>

<sup>32</sup> PPP Reference guide, 2014, p198

<sup>33</sup> PPP Law of 1st March 2004 (section 18)

<sup>34</sup> Cholles, O. (2019). "Cuando el Riesgo suena...". Cámara Colombiana de Infraestructura. Revista Infraestructura & Desarrollo, 93, p 10-11. Disponible en: [https://issuu.com/camaracci/docs/infraestructura\\_desarrollo-edicion93/12?rdsd\\_srcid=2038327](https://issuu.com/camaracci/docs/infraestructura_desarrollo-edicion93/12?rdsd_srcid=2038327)

de un privado, por el contrario, el ámbito regulatorio pertenece sin lugar a duda a la esfera pública. Este riesgo no puede ser valorado ni cuantificado en el modelo financiero del concesionario lo que termina generando costos injustificados para cualquiera de las partes.

Cuando se habla de riesgos regulatorios se refieren a posibles cambios normativos o reglamentarios que afecten el equilibrio económico del contrato (Conpes 3807). Este informe menciona además un estudio de la CEPAL (2002), donde establece que asignar el riesgo regulatorio al privado desincentiva la financiación de proyectos.

Para el caso de proyectos aeroportuarios de iniciativa privada, la imposibilidad de cuantificar el riesgo regulatorio es uno de los escollos en la financiación de un proyecto aeroportuario, pues el concesionario no solo no tiene control sobre el riesgo, sino que tampoco tiene la posibilidad de valorar anticipadamente las consecuencias financieras por cambios normativos. La incertidumbre de este riesgo es de tal magnitud, que no existe forma de sustentar al financiador de un proyecto que la redistribución resultará suficiente para cubrir los efectos derivados de su materialización.

También se hace referencia al estudio de la OCDE: "From Lessons to Principles for the use of Public-Private partnerships", en el cual se concluye que es deber del Estado asegurar la competencia e integridad de la obtención del Proyecto de APP. La competencia es un elemento esencial para el éxito de las APPs, esta debe estar presente tanto como para la elección de las ofertas como para cuando el contrato ha concluido y el proyecto ya es operacional. La competencia se asegura con una asignación de riesgos efectiva. Si no hay competencia esto resulta siendo un incentivo negativo para que el servicio que brinde el privado reduzca su eficiencia y por ende se reduzca o elimine el beneficio de utilizar una asociación público-privada.

**9.2.2. Casos que evidencian el resultado de la asimetría en asignación de riesgos que inciden en la falta de competencia.**

La liquidación del contrato de dos de los corredores más importantes del país (Cesar-Guajira y Vía al Puerto), no debe pasar desapercibida, pues los problemas actuales en su contratación demuestran que uno de los resultados de la falta de competencia en estos proyectos, es la asimetría en la asignación de riesgos, notorio cuando se materializan estos y se hace necesario terminar el contrato o renegociar contratos que ya estaban en ejecución (como ocurrió con la Malla Vial del Meta)

Los costos de esta asimetría los termina asumiendo el Estado pues por un lado, ante casos como la Malla Vial del Meta, se obliga a través de un laudo arbitral a renegociar el contrato frente a riesgos financieros que fueron mal asignados desde el principio (lo que probablemente inició en que no participaran terceros interesados) para evitar que esta obra tan importante para el país, termine liquidándose anticipadamente.

Por otro lado, en casos como la vía Cesar- Guajira, el Estado termina asumiendo los costos del mantenimiento de las obras realizadas para evitar que se deteriore la malla existente, pues el proyecto se liquidó estando en etapa de construcción, por imposibilidad de cobro del peaje (parte fundamental del contrato). Para finalizar, ante casos como el de la liquidación de la Vía al Puerto, el Estado asume el retraso en el

progreso de la competitividad del país, que paradójicamente es uno de los objetivos principales por los que se promueven las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada.

• **Vía al Puerto, Contrato No.003 de 2016, Corredor Buenaventura-Loboguerrero-Buga<sup>35</sup>.**

En el caso de la Vía al Puerto, esta vía fue contratada en 2016 a través de una APP IP sin recursos públicos, con un costo estimado de 1,18 billones de pesos<sup>36</sup>. En este proyecto se pactó como condición indispensable para que el privado pudiera ejecutar la obra, que el ESTADO debía entregar la infraestructura correspondiente a la segunda calzada entre Mediacaño-Loboguerrero. Pero esta vía (Mediacaño-Loboguerrero) se encontraba pactada como una adición de otro contrato diferente (Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión 005 de 1999), con tan mala suerte que un Tribunal Arbitral declaró la nulidad de esta adición el 16 de diciembre de 2016, es decir el proyecto de la doble calzada Mediacaño- Loboguerrero no era viable.

En un efecto dominó, la doble calzada Buga-Buenaventura se cayó y hasta el día de hoy los Colombianos seguimos esperando que el Estado resuelva qué va a pasar con esta vía que conecta el corredor comercial desde el interior de Colombia hacia el Pacífico. Pero antes surgen muchas preguntas. **¿Quién está asumiendo el costo en la competitividad del País originado por todos los retrasos de esta vía? ¿Quién querrá asumir este proyecto, si solo se contaba con un interesado en participar, siendo este el mismo creador del proyecto que se cayó?**

• **Vía Cesar- Guajira Contrato No.006 - 2015**

Las vías comprendidas en este Proyecto tienen una longitud total estimada origen-destino de 350 kilómetros y en su recorrido atraviesa los departamentos del Cesar y La Guajira.

El proyecto quedó detenido por cuenta de un proceso de consultas previas, ordenado por la Corte Suprema de Justicia. A raíz de esto la empresa Construcciones El Cóndor le reportó a la Superfinanciera que, llegó a un acuerdo con la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) para liquidar el contrato de concesión entre estos dos departamentos, debido a que perdió buena parte del recaudo de peajes, lo que imposibilita continuar la construcción y mantenimiento.

El valor total del contrato era de \$1,65 billones y esperaba terminarse el 23 de julio del 2019. En materia contractual, se estableció que si la concesión se veía obligada a no recaudar alguno de los tres peajes de la carretera por un lapso mayor a 90 días, se consolidaba una de las cláusulas contractuales para la liquidación mutua. En diferentes medios de comunicación, la ANI ha manifestado que ahora ve la posibilidad de volver a estructurar otra APP, pero que esta vez sería de **iniciativa pública. ¿Cuántos años**

<sup>35</sup> APP IP sin recursos públicos, Proyecto Vía al Puerto, Contrato No.003 de 2016, Corredor Buenaventura-Loboguerrero-Buga. A cargo del Concesionario Vía Pacífico SAS, conformado por Grupo Solarte (67%), Constructora Conconcreto S.A (33%). Contrato terminado anticipadamente en Etapa de Preconstrucción, Liquidada.

<sup>36</sup> Contrato No.003 de 19 de agosto de 2016

**más deberá esperar Colombia por tener esta vía de gran trascendencia para el comercio internacional de Carbón y el Turismo en el Caribe?**

• **Malla Vial del Meta - Contrato de Concesión No. 004 del 5 de mayo de 2015**

El proyecto malla vial del Meta se encuentra paralizado debido a la diferencia entre las partes por los riesgos financieros que, en su momento, generó la disminución drástica del tráfico de vehículos, del cual un laudo arbitral del 28 de febrero de 2019<sup>37</sup> responsabilizó al Gobierno y al concesionario y los convocó a reunirse para renegociar las obras que se deben ejecutar.

La disminución de paso de vehículos, especialmente pesados, que es el que más registra por la caída de los precios del petróleo entre 2014 y 2017, y el que más genera ingresos para este proyecto, ocasionó que la Tasa Interna de Retorno (TIR); es decir, la rentabilidad del proyecto, empezaría a mostrar índices negativos que provocaron que las entidades bancarias no financiaran la iniciativa<sup>38</sup>.

Sabiendo que las APPs son herramientas para la financiación de proyectos, la alternativa que consideró el tribunal más viable, era renegociar el contrato para obtener el cierre financiero del mismo e iniciar la etapa de construcción. Renegociar el contrato implica que los términos frente a los cuales se pactó el costo de la obra y las contraprestaciones que recibe el privado por su ejecución, podrían elevarse para retribuir la inversión realizada. Este caso muestra de manera evidente, la asimetría en materia de riesgos que se está generando en APPs de Iniciativa Privada.

**9.2.3. Interpretación problemática del uso del fondo de contingencias en APPs de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos:**

**9.2.3.1. ¿Qué es el fondo de Contingencias?**

El Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales (FCEE), es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Fidupervisora, en la cual las Entidades Estatales deberán consignar sus aportes<sup>39</sup>.

**9.2.3.2. ¿Qué es una contingencia por proyectos desarrollados por APPs?**

Aquellas en virtud de las cuales la Entidad Estatal estipula contractualmente a favor de un contratista una obligación pecuniaria por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, en la cual se compensa al contratista por medio de prórrogas en la duración del contrato o el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados<sup>40</sup>.

La mitigación de los riesgos asumidos obliga a las entidades estatales a realizar provisiones, mantener el equilibrio económico y prever siempre la ocurrencia cuando

<sup>37</sup> <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/23496/5012%20CONCESI%C3%93N%20VIAL%20DE%20LOS%20LLANOS%20S.A.S.%20V.S.%20AGENCIA%20NACIONAL%20DE%20INFRAESTRUCTURA%20-%20ANI%2028%202%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>38</sup> Periódico el Tiempo (18 de noviembre de 2019) Disponible en: <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/obras-de-la-malla-vial-del-meta-suspendidas-por-desacuerdos-434654>

<sup>39</sup> Realizado por Minhacienda, DNP, Grupo Banco Mundial. Programa de Capacitación a las Entidades Territoriales, de Asociaciones Públicas Privadas (APPs). Consultado el 14 de Julio de 2020. Disponible en: [http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)

<sup>40</sup> Ibidem

la probabilidad sea evidente por reiteración en proyectos bajo el mismo objeto. La asignación, tipificación y estimación de los riesgos hacen parte de los documentos para la elaboración de los pliegos de condiciones y deberá discutirse entre los entes públicos y privados, con el fin de establecer la asignación de riesgos definitiva para el proyecto.

En los proyectos de cuarta generación, 4G: En primera instancia, los riesgos asumidos por la ANI serán cubiertos por el fondo de contingencias, cuyos aportes deben ser apropiados año a año dentro del presupuesto de servicio de deuda de la agencia. Como segundo mecanismo de mitigación, se creará una subcuenta dentro del patrimonio autónomo, que se fundeará con los excedentes de las demás subcuentas. Para llevar a cabo el proceso de valoración de las obligaciones contingentes, la ANI deberá acudir en primera instancia a datos históricos de proyectos similares. En el evento en que no se cuente con datos históricos o que los mismos [sic] no sean los adecuados, se podrá recurrir a otras alternativas para lograr el mismo objetivo, como pueden ser paneles de expertos, estudios o publicaciones relevantes, siempre que se cumpla con criterios mínimos de credibilidad de los resultados obtenidos (CONPES 3760, 2013: 60).

**9.2.3.3. ¿Qué es el plan de aportes para el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales (FCEE)?**

Es el valor presente de la contingencia, distribuido durante el periodo en el cual el riesgo se puede materializar. Mediante dicho plan se logra constituir el Cronograma de aportes que deberá realizar la Entidad, con el objetivo de contar con recursos suficientes en caso de materialización del riesgo<sup>41</sup>.

**9.2.3.4. Interpretación que han dado algunas entidades al Uso del fondo de contingencias en Iniciativas Privadas que no requieren desembolso de recursos públicos:**

En el Programa de Capacitación a las Entidades Territoriales, de Asociaciones Públicas Privadas (APPs) Realizado por Minhacienda, DNP, Grupo Banco Mundial e International Consultants SL. Se encuentra de manera explícita que: " Si dada la probabilidad y el impacto económico del riesgo, éste se ubica dentro del área más oscura, se procederá a hacer aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, creado por la Ley 448 de 1998, lo anterior en el caso que sea una APP con desembolso de recursos públicos, **en caso contrario deberá hacerse uso de los mecanismos de compensación de riesgos reglamentados por el Decreto 2043 de 2014**"

De acuerdo con lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, en su artículo 5o, "En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definan en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse:

- (i) La ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley,
- (ii) La modificación del alcance del proyecto,
- (iii) El incremento de peajes y tarifas

<sup>41</sup> Realizado por Minhacienda, DNP, Grupo Banco Mundial. Programa de Capacitación a las Entidades Territoriales, de Asociaciones Públicas Privadas (APPs). Consultado el 14 de Julio de 2020. Disponible en: [http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)

(iv) Subcuentas y excedentes del patrimonio autónomo".<sup>42</sup>

Lo anterior puede generar de manera evidente confusión en las entidades públicas, ante APPs de Iniciativas privadas sin desembolso de recursos públicos. Pues de acuerdo a lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, se definen cuatro mecanismos de compensación, pero claramente dice "entre otros, pero sin limitarse", lo que deja un espacio para utilizar otro tipo de mecanismos que bien podría ser un Fondo de Contingencias. Pero ante ese vacío, y bajo la interpretación dada en documentos como el Programa de Capacitación a Entidades Públicas, donde básicamente se genera interpretación sobre este fondo, "sólo aplicado a APP con desembolso de recursos públicos", se convierte en un incentivo para que haya una deficiente asignación de riesgos.

La deficiente asignación de riesgos en APPs de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos se promueve en la medida en que, la entidad pública contratante, prefiere asignar la mayor cantidad de riesgos al privado, para evitar tener que asumir responsabilidades por los mismos, pues entiende que no puede hacer uso del fondo de contingencias, para asumir el peso de encabezar un riesgo. Incluso a costa de que ese riesgo por su característica pueda ser mejor gestionado por la entidad pública que por el privado (como un riesgo regulatorio).

**10. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 1508 DE 2012**

**10.1. Propuesta de Modificación del artículo 11o. de la ley 1508 de 2012- Frente al Comparador Público Privado.**

En el numeral 11.3 del artículo 11 de la Ley 1508 de 2012 se establece la **obligación de justificar el mecanismo de asociación público privada como modalidad para la ejecución del proyecto**. Actualmente, de acuerdo a interpretaciones de diferentes entidades, es el privado el que debe realizar este comparativo en las Iniciativas Privadas.

Esto ha sido interpretado por las entidades gubernamentales bajo el entendido que el privado deberá realizar un comparador público- privado, que permita dar evidencia que la mejor opción para cierto proyecto, es una APP. Lo que a todas luces, suena insensato teniendo en cuenta que en una APP de iniciativa privada, es el privado el más interesado en que pueda surtir el proyecto a través de la misma.

Lo anterior, desconfigura totalmente las recomendaciones que organizaciones como la OCDE han dado frente a asegurar un sistema de evaluación sólida en las APPs, dada su complejidad, **utilizando un comparador prudente del sector público y directrices transparentes y coherentes con respecto a los elementos no cuantificables en el juicio sobre la relación calidad-precio**<sup>43</sup>.

Además, no se puede olvidar que de acuerdo a la OCDE, el comparador tiene en cuenta los riesgos que son transferibles a una parte privada probable, y **los riesgos**

<sup>42</sup> Presidente de la República de Colombia (Octubre 15 de 2014) Decreto por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012. (Decreto 2043 de 2014). DO: 49305

<sup>43</sup> OCDE. (2011). From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnerships. 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials. Disponible en: [oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf](http://oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf)

**que el gobierno conservará, la relación calidad-precio incluye aspectos cualitativos y, por lo general, implica un elemento de juicio por parte del gobierno.**

Por esto lo anterior, se propone modificar el artículo 11 de la ley en mención, de manera que se de total claridad frente a que la justificación que se debe realizar para demostrar que la modalidad más eficiente y necesaria para la ejecución de un proyecto es una APP; la debe hacer el DNP en caso de ser una entidad de orden nacional o para proyectos desarrollados por entidades territoriales, estará a cargo de la Financiera de Desarrollo Nacional o la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial, según defina la entidad contratante. Lo cual garantiza que se utilizará un criterio imparcial y que se cuantifiquen de manera coherente la relación calidad-precio.

Artículo Actual- Artículo 11o Ley 1508 de 2012	Modificación propuesta al artículo 11o Ley 1508 de 2012
<p>ARTÍCULO 11. REQUISITOS PARA ABRIR PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICA PRIVADA, DE INICIATIVA PÚBLICA. En los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:</p> <p>11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamenta el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.</p> <p>11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.</p> <p>11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad</p>	<p>ARTÍCULO 11. REQUISITOS PARA ABRIR PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICA PRIVADA, DE INICIATIVA PÚBLICA. En los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:</p> <p>11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamenta el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.</p> <p>11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.</p> <p>11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral <b>serán realizados por el Departamento Nacional de Planeación, en caso que la entidad pública contratante sea de orden nacional, para proyectos desarrollados</b></p>

<p>con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.</p> <p>11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.</p> <p>11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.</p>	<p><b>por entidades territoriales, estará a cargo de la Financiera de Desarrollo Nacional o la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial, según defina la entidad contratante.</b> Para lo anterior, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.</p> <p>11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.</p> <p>11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.</p>
---	--

**10.2. Propuesta de modificación del artículo 14. Para promover una eficiente asignación de riesgos en APPs de Iniciativa Privada sin recursos públicos.**

A raíz de la confusión que puede generar en las entidades públicas, ante APPs de Iniciativas privadas sin desembolso de recursos públicos, pues de acuerdo a lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, se definen cuatro mecanismos de compensación, pero claramente dice "entre otros, pero sin limitarse", lo que deja un espacio para utilizar otro tipo de mecanismos que bien podría ser un Fondo de Contingencias. Pero ante ese vacío, y bajo la interpretación dada en documentos como el Programa de Capacitación a Entidades Públicas, donde básicamente se genera interpretación sobre este fondo, "sólo aplicado a APP con desembolso de recursos públicos", se convierte en un incentivo para que haya una deficiente asignación de riesgos.

La deficiente asignación de riesgos en APPs de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos se promueve en la medida en que, la entidad pública contratante, prefiere asignar la mayor cantidad de riesgos al privado, para evitar tener que asumir responsabilidades por los mismos, pues entiende que no puede hacer uso del fondo de contingencias, para asumir el peso de encabezar un riesgo. Incluso a costa de que ese riesgo por su característica pueda ser mejor gestionado por la entidad pública que por el privado (como un riesgo regulatorio).

Esto repercute, por un lado, en la dificultad de lograr viabilizar financieramente un proyecto de este tipo. Incluso en un análisis realizado por la Cámara Colombiana de Infraestructura, sobre el sector aeroportuario, se menciona que "para el caso de proyectos aeroportuarios de iniciativa privada, la imposibilidad de cuantificar el riesgo regulatorio es uno de los escollos en la financiación de un proyecto aeroportuario, pues

el concesionario no solo no tiene control sobre el riesgo, sino que tampoco tiene la posibilidad de valorar anticipadamente las consecuencias financieras por cambios normativos. La incertidumbre de este riesgo es de tal magnitud, que no existe forma de sustentar al financiador de un proyecto que la redistribución resultará suficiente para cubrir los efectos derivados de su materialización"<sup>44</sup>.

Por otro lado, esta confusión, encarece la competencia dando como resultado la imposibilidad de reducir costos de los proyectos, dificultades en la financiación y asimetría de los riesgos que quedan pactados, riesgos que al materializarse generan graves consecuencias para la competitividad del país<sup>45</sup>.

En general, incentivar la mala asignación de riesgos por dicha interpretación, olvida que las APPs en sí mismas son mecanismos de financiación, por lo que tanta incertidumbre en la definición de la magnitud y costo de un riesgo, ocasiona directamente mayores dificultades en la búsqueda de financiadores de los proyectos, lo que impide el avance de la APP en la medida en que no logra ser ni económica ni financieramente factibles los proyectos.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se propone realizar modificación parcial al artículo 14.

**i. Modificación artículo 14.**

Este artículo aborda, entre otros temas, el modelo financiero y análisis de riesgos, que deberá contener la propuesta de estructuración de proyectos presentada por el originador, en el caso de Asociaciones público privadas de Iniciativa Privada.

La modificación que se propone al inciso 7o del artículo, busca dejar claridad frente al uso del Fondo de Contingencias como mecanismo que se dispone para la correcta asignación de los riesgos en las APPs de Iniciativa Privada que no requieren desembolso de recursos públicos. Por lo que los recursos de este fondo no se entenderán como desembolso de recursos públicos, en la medida en que como se ha explicado ampliamente, no constituyen ningún tipo de retribución o derecho económico desembolso de recursos para el privado y que en virtud del Decreto 2043 de 2014, cabe espacios para otros mecanismos que permitan manejar los riesgos dentro de este tipo de APPs.

Artículo Actual- Artículo 14 Ley 1508 de 2012	Modificación propuesta al artículo 14 Ley 1508 de 2012
<p><b>ARTÍCULO 14. ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS POR AGENTES PRIVADOS.</b> 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</p>	<p><b>ARTÍCULO 14. ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS POR AGENTES PRIVADOS.</b> 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</p>

<sup>44</sup> Cholles, O. (2019). "Cuando el Riesgo suena...". Cámara Colombiana de Infraestructura. Revista Infraestructura & Desarrollo, 93, p10-11.

<sup>45</sup> De acuerdo con lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, en su artículo 5o, "En las iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definen en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse: La ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley, la modificación del alcance del proyecto, el incremento de peajes y tarifas. La norma claramente dice "entre otros, pero sin limitarse", lo que deja un espacio para utilizar otro tipo de mecanismos que bien podría ser un Fondo de Contingencias.

<p>reserva a consideración de las entidades estatales competentes.</p> <p>El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>	<p>reserva a consideración de las entidades estatales competentes.</p> <p>El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>
--	--

<p>fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.</p> <p>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.</p>	<p>establecidos en la presente ley. <b>Para los efectos previstos en esta ley, los recursos incorporados a un Plan de Aportes al Fondo de Contingencias en los términos de la Ley 448 de 1998, no son considerados desembolsos de recursos públicos.</b></p> <p>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.</p>
---	--

**10.3. Propuesta de Modificación de los artículos 19 y 20 de la ley 1508 de 2012- Para promover la participación de terceros interesados en APPs de Iniciativa Privada.**

Falta de participación de terceros interesados en APPs de Iniciativa Privada. En el análisis realizado con información suministrada por la ANI, el 9 de octubre de 2019 se pudo evidenciar la falta de competencia que surgen en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada (APP IP): De 11 APPs IP, que desde 2013 a abril de 2019 han sido adjudicadas por la ANI (2 están en etapa de preconstrucción, 7 en construcción y 2 terminadas anticipadamente por problemas), sólo en 1 (18,2% del total de APPs IP adjudicadas por la ANI) se han presentado terceros interesados, que corresponden a la Vía Accesos Norte 1 y Vía Bogotá -Girardot, ambas en etapa de construcción.

Solo en una de estas fue ganador el tercero; pero en la única APP IP, en la que el tercero fue ganador, que es la vía Bogotá-Girardot, se encuentra investigada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), con cargos por colusión o cartelización empresarial y otras prácticas anticompetitivas que habrían ocurrido en el proceso de selección contractual adelantado por la ANI. No se puede dejar de lado que para la construcción del denominado Tercer Carril Bogotá - Girardot el presupuesto oficial es superior a \$2.9 millones de pesos.

Esta evidente falta de competencia en las APPs de Iniciativa Privada, es generada entre otras razones, por el marco normativo actual, que permite generar condiciones que dan una excesiva favorabilidad al privado originador, desincentivando la participación, sobre todo en aquellas IPs que no requieren desembolso de recursos públicos, que prácticamente representan la mayor cantidad de IPs que se han presentado en Colombia. Por ello, se considera pertinente modificar los artículos 19 y 20, de manera que se abra oportunidades para participación de terceros.

**i. Modificación artículo 19, para ampliar el tiempo mínimo de publicación de los proyectos de APP de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos.**

Actualmente el artículo 19 de la ley 1508 de 2012 establece que si la APP de Iniciativa Privada sin recursos públicos, no resultan terceros interesados en el proyecto, se adjudica de manera directa. Además, que cuando se ha logrado el acuerdo entre la



entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir desembolso de recursos 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".

Tener como tiempo mínimo de publicación de un proyecto de APP de Iniciativa Privada sin recursos públicos, un mes, conociendo las implicaciones técnicas que requiere este tipo de proyectos, además que el originador conoce todos los aspectos del mismo, pero terceros posiblemente interesados no conocen nada previo y deben entrar a evaluar de manera profunda la propuesta, termina incentivando con mayor razón a que no haya competencia.

Por ello, se propone que el tiempo mínimo de publicación sea de 4 meses, teniendo en cuenta que el límite máximo establecido por la ley son 6 meses.

Artículo Actual- Artículo 19 Ley 1508 de 2012	Modificación propuesta al artículo 19 Ley 1508 de 2012
<p><b>ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS.</b> 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".</p> <p>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.</p> <p>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.</p>	<p><b>ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS.</b> 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 cuatro (4) meses 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".</p> <p>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.</p> <p>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.</p>

--	--

**ii. Modificación artículo 20, frente al derecho del originador de mejorar la oferta del proponente mejor calificado, en proyecto de APP de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos.**

De acuerdo con el artículo 20 de la ley 1508 de 2012, puede suceder que un tercero manifieste 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 desembolso de recursos públicos para la ejecución del proyecto. En dicho caso, se realizará el proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes. Si la oferta de alguno de los terceros oferentes es calificada como la mejor, el originador del proyecto podrá presentar una oferta que mejore la del tercero, en un plazo máximo de 10 días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de la propuesta. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

En el Decreto 1082 de 2015, se encuentra la reglamentación frente al derecho que tiene el originador para igualar la oferta de un proponente que sea la mejor calificada. De acuerdo con el artículo 2.2.2.1.5.12. del decreto 1082 de 2015, puede igualar al tercero que resulte mejor calificado siempre que haya tenido como mínimo un puntaje igual o superior al 80% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, en un plazo máximo de 10 días hábiles desde la publicación del informe definitivo de evaluación.

De manera que, tal como está actualmente la normatividad vigente, se permite igualar cuando la diferencia entre la mejor propuesta y la del originador sea del 20%. Lo cual genera suficientes desincentivos para que terceros interesados se presenten, al conocer que tienen una altísima probabilidad de salir derrotados por el originador del proyecto, incluso presentando propuestas que rentablemente puedan ser mucho mejores.

En razón de esto se propone modificar el artículo 20 de la ley 1508 de 2012 de manera que se establezcan limitaciones a la capacidad de mejorar la oferta por parte del originador. De manera que la propuesta del originador deba obtener como mínimo un porcentaje igual o superior al 97% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada y no del 80% como está en la normatividad actual. Esto permite incentivar más competencia y que el originador se esfuerce en presentar propuestas más competitivas.

Artículo Actual- Artículo 20 Ley 1508 de 2012	Modificación propuesta al artículo 20 Ley 1508 de 2012
<p><b>ARTÍCULO 20. TERCEROS INTERESADOS Y SELECCIÓN.</b> 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</p>	<p><b>ARTÍCULO 20. TERCEROS INTERESADOS Y SELECCIÓN.</b> 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</p>

<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p><b>Si como resultado de la evaluación, la propuesta presentada por el originador dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que ésta haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa y siete por ciento (97%) 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.</b> Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.</p> <p><b>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.</b></p> <p><b>Para efectos de lo previsto en el presente artículo, 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. En el caso en que no se</b></p>
--	--

	<p><b>presente ninguna oferta dentro del plazo establecido por la entidad para el efecto en el proceso de selección abreviada con precalificación, se dará aplicación a lo señalado en la presente ley para el evento en que ningún tercero presente manifestación de interés dentro del plazo previsto para el efecto.</b></p> <p><b>Si el originador no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, o si dicha opción no está disponible por no haber obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa y siete por ciento (97%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, 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 presente ley.</b></p>
--	--

**10.4. Evaluación de Impacto Fiscal**

El presente proyecto no tiene impacto fiscal, pues no compromete recursos públicos de las entidades estatales contratantes de las APPs, ni genera obligaciones que puedan llegar a comprometerlos.

Frente a las modificaciones propuestas de cara al uso del fondo de contingencias, en ningún momento se crea una obligación, sino que se da claridad al marco normativo vigente, de manera que las entidades públicas tengan la posibilidad de hacer uso del fondo de contingencias para asumir los riesgos que por su naturaleza deban estar en cabeza suya. Teniendo en cuenta que los recursos de este fondo, si bien son públicos no se pueden considerar como desembolsos de recursos dirigidos al privado para la ejecución de la obra, pues estos solo se activan una vez se materializa el riesgo.

**11. OBSERVACIONES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS**

Diferentes organismos internacionales tales como la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo económico, CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) han exhortado a los gobiernos a constituir un marco jurídico eficaz y coherente con las necesidades y particularidades propias de las asociaciones

público-privadas. Para la obtención de resultados óptimos, a través de las Asociaciones público-privadas, es indispensable que los gobiernos cuenten con medidas fuertes para asegurar la transparencia, competencia, eficacia y viabilidad de los proyectos y de todas las etapas

**11.1. De Lecciones a Principios para el uso de Asociaciones Público-Privadas - OCDE**

Según la OCDE, las APPs se están convirtiendo en una herramienta cada vez más importante para la prestación de servicios públicos, tanto en lo que respecta a los activos de infraestructura (puentes, carreteras) como a activos más complejos (prisiones, servicios públicos), pero deben tenerse en cuenta entre otros temas que<sup>46</sup>:

1. El sector público debe ser un actor fiscal prudente. Corresponde al responsable de la toma de decisiones asegurarse de que la APP sea asequible, que represente una relación calidad-precio adecuada y que cualquier riesgo fiscal, tales como pasivos contingentes, son limitados.
2. Las demandas de inversión de determinados sectores como el transporte, la salud y la educación deben evaluarse prudentemente entre sí, de modo que los proyectos que se persiguen sean aquellos que produzcan el mayor retorno de la inversión para la sociedad en su conjunto.
3. Por último, los responsables de la toma de decisiones deben equilibrar los riesgos asumidos por el sector privado y los que mantiene el sector público. **También requiere decidir cuál debe ser el precio adecuado de dicha transferencia.** No existe necesariamente una solución adecuada a estas compensaciones; dependerá de las circunstancias concretas de cada proyecto.

**i. Comparador Público - Privado**

Por la complejidad de las APPs requieren un sistema sólido de evaluación de la relación calidad-precio utilizando un **comparador prudente del sector público** y directrices transparentes y coherentes con respecto a los elementos no cuantificables en el juicio sobre la relación calidad-precio. También implica poder clasificar, medir y asignar el riesgo a la parte que mejor puede gestionarlo y requiere prácticas contables y presupuestarias sólidas.

Los gobiernos deben ser capaces de evaluar si un proyecto cuenta efectivamente con la relación calidad-precio. La relación calidad-precio es una medida o concepto relativo. El punto de partida para tal cálculo es el comparador del sector público.

Un comparador del sector público compara el costo actual neto de las ofertas para el proyecto de asociación público-privada con la forma más eficiente de ejecución, de acuerdo con un proyecto de referencia del sector público adquirido tradicionalmente. El comparador tiene en cuenta los riesgos que son transferibles a una parte privada probable, y los riesgos que el gobierno conservará, la relación calidad-precio incluye aspectos cualitativos y, por lo general, implica un elemento de juicio por parte del gobierno. Por lo tanto, el comparador del sector público sirve como un costo

<sup>46</sup> OCDE. (2011). From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnerships. 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials. Disponible en: [oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf](https://www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf)

hipotético ajustado por el riesgo de la ejecución pública de la especificación del Proyecto.

**ii. Distribución de riesgos en las APPs**

En principio, el riesgo debe estar en cabeza de la parte que se encuentre mejor capacitada para manejarlo. Es decir, la parte que pueda manejar el riesgo al menor costo posible. Esto puede ser la parte que pueda prevenir la ocurrencia del riesgo de la mejor forma o la parte que pueda manejar el riesgo una vez ocurra de la mejor parte. Los riesgos que pueden ser manejados son llamados endógenos, los que no pueden ser manejados puede ocurrir que una o más partes no tengan la facultad de manejarlos. Para las partes que no pueden manejar el riesgo, estos son llamados exógenos (por ejemplo, el riesgo político y tributario es exógeno para el privado y endógeno para el público, la fuerza mayor es exógena para todas las partes).

Después de la evaluación fundamental de los costos comparativos, un elemento clave en la decisión de utilizar las APP es la transferencia del riesgo del gobierno al socio privado. El riesgo es identificado, valorado y retenido por el sector público o transferido al socio privado a través de un mecanismo de pago apropiado y condiciones específicas del contrato. El riesgo debe asignarse donde se pueda gestionar mejor. Por "mejor" gestión se entiende la parte para la que menos costo tiene evitar que el riesgo se haga realidad, o la parte para la que menos costo tiene para hacer frente a las consecuencias del riesgo realizado.

Es necesario fortalecer la capacidad de redactar y negociar contratos de APP en el sector público. **Especialmente dada la naturaleza a largo plazo y los grandes costos de transacción asociados con las APP.**

**iii. APPs, consecuencias fiscales y el principio de unidad presupuestal**

El uso de APP reduce la flexibilidad del gasto y, por lo tanto, la eficiencia potencialmente asignativa, ya que el gasto se bloquea durante varios años. Dado que los gastos de capital en los presupuestos nacionales a menudo se contabilizan como un gasto cuando el desembolso de inversión se produce realmente, la adopción de la ruta APP permite a un gobierno iniciar la misma cantidad de inversiones en un año mientras registra menos gastos para ese mismo año. Por otro lado, la obligación de pagar una tasa anual aumentará los gastos en el futuro, reduciendo el margen para nuevas inversiones en los próximos años. El gasto público también podría verse afectado si el gobierno proporciona garantías declaradas o implícitas al proyecto APP y, por lo tanto, incurre en pasivos contingentes.

**El sistema de presupuesto y contabilidad del gobierno debe proporcionar un registro claro, transparente y verdadero de todas las actividades de APP de manera que se garantice que el tratamiento contable en sí no cree un incentivo para tomar la ruta APP. Los críticos encuentran que en algunos casos los sistemas permiten evitar normales controles del gasto y utilizar asociaciones público-privadas para eludir los límites máximos de gasto y las normas fiscales.**

Las APP sólo deben llevarse a cabo si representan una relación calidad-precio y cuentan con disponibilidad presupuestal. Sin embargo, hay quienes argumentan que

las APP deben utilizarse para invertir en tiempos de contención fiscal. El argumento de restricción fiscal para las asociaciones público-privadas está impulsado por las presiones para que los gobiernos reduzcan el gasto público para cumplir con las metas fiscales políticas, legisladas y/o ordenadas por tratados.

Sin embargo, al responder a las restricciones fiscales, los gobiernos no deben eludir el VFM (Value for money) y la disponibilidad presupuestal. Las APP también pueden crear consecuencias fiscales futuras si violan el **principio de unidad presupuestal**, es decir, que todos los ingresos y gastos deben incluirse en el presupuesto al mismo tiempo. **Los proyectos potenciales deben compararse con otros proyectos competidores y no considerarse de forma aislada para evitar dar prioridad a la consideración y aprobación de ciertos proyectos.** El argumento de preferir las APP a otros tipos de inversión como medida anticíclica también es difícil de sostener, ya que las APP a menudo tardarán más en ejecutarse que las formas tradicionales de inversión.

**iv. Disponibilidad presupuestal o Asequibilidad en las APPs**

En el contexto de una APP, la asequibilidad se relaciona con la capacidad de pagar por mantener el Proyecto, ya sea la capacidad de los usuarios para pagar por los servicios o la de la autoridad que ha identificado la necesidad de construir el activo. El análisis de asequibilidad es el análisis que permite verificar que los pagos contemplados en la estructura APP ya sea del socio público o de los usuarios, i) están justificados en vista de la capacidad de los usuarios para pagar por los servicios, ii) son compatibles con los recursos financieros a los que estos pagadores tienen acceso (ya sea existente o potencialmente disponible), iii) son una compensación justa en vista de los costos de inversión y operación requeridos para la implementación del servicio<sup>47</sup>.

Una asociación público-privada puede hacer que un proyecto sea asequible si mejora la relación calidad-precio en comparación con la realizada a través de la contratación pública tradicional, y sólo si el aumento de la VFM<sup>48</sup> hace que un proyecto que no encaja en una restricción presupuestaria intertemporal del gobierno en contratación pública lo haga con una APP. **Algunos países se ven tentados a ignorar la cuestión de la asequibilidad debido al hecho de que las APP pueden estar fuera del presupuesto como se explica a continuación.**

**v. La Competencia como parte integral de las APPs**

La competencia por el mercado y la competencia en el mercado son parte integral del éxito de las APP. Por lo tanto, un mercado competitivo es necesario cuando se licitan ofertas, pero también una vez que se ha celebrado el contrato y la APP está operativa. Esto es particularmente importante en los casos en que el privado que actúa en la APP se convierte posteriormente en un proveedor monopolístico en un área determinada.

**La competencia ayuda a garantizar la transferencia efectiva del riesgo**, que el sector privado desarrolle soluciones óptimas y que se ofrezcan precios más agudos.

En su ausencia, el gobierno asume efectivamente el riesgo, independientemente de las condiciones establecidas en el contrato APP y sin mayor opción. Un único socio privado potencial, podría aprovechar su posición monopolística, reduciendo la eficiencia con la que presta el servicio y reduciendo o eliminando los verdaderos beneficios de las asociaciones público-privadas en relación con la contratación tradicional.

En los mercados en los que la competencia está ausente después de la adjudicación del contrato, el mercado debe ser al menos impugnable – por lo tanto, el socio privado debe saber que siempre existe la posibilidad de que los socios privados alternativos entren en el mercado.

**11.2. Riesgos de Corrupción presentes en las APPs - BID<sup>49</sup>**

De acuerdo con el Informe Efectos de la corrupción en los contratos de Asociaciones Público-Privadas del Banco Interamericano de Desarrollo. Los proyectos de APP presentan, al menos, cuatro momentos que demandan medidas específicas anticorrupción:

- a. **La decisión de escoger una APP en lugar de alguno de los modelos tradicionales para la ejecución del proyecto:** Así, en la fase de prelicitación se considera clave evitar actos de corrupción destinados a manipular la transferencia de riesgos o sobrevalorar las eficiencias que aporta el sector privado con la finalidad de promover un proyecto por APP que no deberían serlo.

Esto lleva a que algunos autores desaconsejen la transferencia de riesgos y la unión de la construcción, la operación y el mantenimiento de la obra en contextos de elevada corrupción o debilidad institucional (Mortimort y Pouyet, 2008).

- b. **La preparación, el desarrollo y la aprobación del proyecto:** Asimismo, se sugiere garantizar la aplicación de metodologías robustas de comparador público-privado y también incrementar la transparencia durante la fase de pre licitación (UNECE, 2017), incluyendo la etapa de preparación, desarrollo y aprobación del proyecto (Reynaers y Grimmelikhuisen, 2015).

- c. **El proceso de selección del contratista y la adjudicación del contrato de APP:** Los procedimientos licitatorios competitivos, transparentes y con tiempos adecuados y razonables se han impuesto como el mecanismo más apropiado para reducir las oportunidades de corrupción durante el proceso de selección del contratista (Reynaers y Grimmelikhuisen, 2015; Loxley, 2012; lossa y Mortimort, 2011). Ello ha llevado, por ejemplo, a que algunos organismos internacionales hayan emitido manuales de buenas prácticas para la contratación pública en proyectos de APP (Banco Mundial, 2018).

- d. **La ejecución, gestión, supervisión y extinción de la relación contractual:** las oportunidades de corrupción en la fase post-licitación son incluso mayores que en las fases previas. A los dos años desde su firma, aproximadamente el 30% de los contratos se renegocia (Guasch, 2004), lo que genera nuevas oportunidades

<sup>49</sup> Michel, R., Parts, J & Losada, R., (2018). ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS Y CORRUPCIÓN: EL "ANTES" Y EL "DESPUÉS" DEL ILÍCITO. Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: Documento para discusión No. IDB-DP-625. p5-7. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Efectos-de-la-corrupci%C3%B3n-en-los-contratos-de-asociaciones-p%C3%BAblico-privadas-Consecuencias-de-un-enfoque-de-tolerancia-cero.pdf>

<sup>47</sup> European Commission (2017). FREQUENTLY ASKED QUESTIONS CEF Transport Blendin Call. Disponible en: [https://ec.europa.eu/inea/sites/inea/files/faqs\\_blending\\_batch\\_1\\_20170505.pdf](https://ec.europa.eu/inea/sites/inea/files/faqs_blending_batch_1_20170505.pdf)

<sup>48</sup> Value-for-money

para hechos de corrupción, esta vez bajo reglas generalmente menos claras, accesibles y transparentes. **Asimismo, al efectuarse sin competencia, las renegotiaciones tienden a generar soluciones poco ventajosas** puesto que desaparece el mecanismo competitivo que genera una licitación transparente y abierta para la participación de múltiples oferentes (Demsetz, 1968)

Según Guasch, "raramente un Gobierno ha denegado una petición de adenda, si la consecuencia era la cancelación del proyecto o la resolución del contrato. Solo un 3% de los proyectos APP en el mundo se han cancelado. Eso da lugar a una racionalidad inexorable por parte del operador privado, a confiar en que el Gobierno aceptará sus peticiones de adendas, sobre todo si se ha lubricado con coimas el sistema o a los funcionarios con poder de decisión" (Guasch, 2017).

### 11.3. Fondos de Contingencia - Banco Mundial<sup>50</sup>

Dependiendo de la asignación de los riesgos, los proyectos APP crean pasivos directos y contingentes para el sector público. Los pasivos contingentes surgen cuando los compromisos son desencadenados por un evento incierto como el número previsto de usuarios que no se están realizando, cierto nivel de ingresos no alcanzado, un evento de fuerza mayor sucediendo o en caso de incumplimiento del SPV (Vehículo de Propósito especial, utilizado por el Privado)<sup>51</sup>. Estos son los riesgos fiscales asumidos por el sector público.

Por definición siempre hay un componente público en una APP. La forma que adopte este componente dependerá del país y del proyecto y puede ir desde el apoyo financiero, hasta el apoyo indirecto o contingente, el apoyo en especie (como el suministro de tierras o equipos), mecanismos financieros más amplios que puedan apoyar el programa APP del país o alentar a los mercados financieros a prestar en proyectos.<sup>52</sup>

- **Productos Financiados:** El gobierno puede decidir proporcionar apoyo directo al proyecto, por ejemplo, a través de subsidios/subvenciones, inversión de capital y/o deuda. Estos mecanismos son particularmente útiles cuando el proyecto no logra en su propio mérito la bancabilidad, la viabilidad financiera o está sujeto a riesgos específicos que los inversores o prestamistas privados no están bien situados para gestionar. En los países en desarrollo donde más se necesita financiación privada, estas limitaciones pueden requerir más apoyo gubernamental del que se requeriría en los países más desarrollados. El apoyo financiado implica que el gobierno comprometa apoyo financiero a un proyecto, tales como:

- Apoyo directo – en efectivo o en especie (por ejemplo, para sufragar los costos de construcción, para adquirir tierras, para proporcionar activos, para compensar los costos de licitación o para apoyar el mantenimiento importante);

<sup>50</sup> Aslan, C & Duarte, D. (2014). How do countries measure, manage, and monitor fiscal risks generated by Public-Private Partnerships? Chile, Peru, South Africa, Turkey. World Bank Group. Policy Research Working Paper, wps7041. Disponible en: <http://pubdocs.worldbank.org/en/540491510086164484/PDM-Publication-ContingentLiabilities-HowDoCountriesMeasureManageAndMonitorFiscalRisksGeneratedByPubl.pdf>

<sup>51</sup> La parte privada está representada por un vehículo de propósito especial (SPV) que suele ser total o parcialmente responsable de desarrollar, construir, mantener y operar el activo durante un período contratado. El SPV busca el financiamiento, firma el contrato con el gobierno y con subcontratistas para construir la instalación y luego la mantiene.

<sup>52</sup> World Bank Group. (17 de marzo de 2019). Government Support in Financing PPPs. Disponible en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/government-support-subsidies/en>

- Renuncia a tasas, costes y otros pagos que de otro modo tendría que ser pagados por la empresa del proyecto a una entidad del sector público (por ejemplo, autorizar las vacaciones fiscales o una exención de responsabilidad fiscal);
- Financiación del proyecto en forma de préstamos (incluida la deuda intermedia) o de inversión de capital (o en forma de financiación de la brecha de viabilidad);
- Y
- La financiación de las tarifas en la sombra de las carreteras y la razón de las tarifas que deben pagar algunos o todos los consumidores (en particular, los menos capaces de pagar) dicen en los proyectos de agua y electricidad para reducir el riesgo de demanda que asume la empresa del proyecto.

Pocos proyectos de APP son viables sin algún tipo de apoyo técnico o financiero del gobierno. La financiación eficiente de los proyectos de APP puede implicar el uso del apoyo gubernamental, para asegurar que el gobierno asuma riesgos que pueda gestionar mejor que los inversores privados y para complementar proyectos que sean económicamente pero no financieramente viables.

- **Productos Contingentes:** El gobierno puede optar por proporcionar mecanismos contingentes, es decir, cuando el gobierno no está proporcionando financiación, sino que está asumiendo ciertos pasivos contingentes, por ejemplo, proporcionando:
  - Garantías, incluidas las garantías de deuda, los tipos de cambio, la convertibilidad de la moneda local, las obligaciones del comprador de las adquisiciones, la recaudación arancelaria, el nivel de las tarifas permitidas, el nivel de demanda de servicios, la compensación por terminación, etc.;
  - Indemnizaciones, por ejemplo, contra el impago por parte de entidades estatales, por déficit de ingresos o sobrecostos;
  - Seguros;
  - La cobertura del riesgo del proyecto, por ejemplo, el clima adverso, los tipos de cambio de divisas, los tipos de interés o los precios de los productos básicos;
  - O
  - Deuda contingente, como la financiación para la contratación (donde el proyecto sólo puede obtener deuda de tenor corto, el gobierno promete hacer que la deuda esté disponible a una determinada tasa de interés en una fecha determinada en el futuro) o apoyo a los ingresos (donde el gobierno promete prestar dinero a la empresa del proyecto para compensar las caídas de ingresos, suficiente para satisfacer las obligaciones de servicio de la deuda).

A pesar de que los pasivos contingentes son una fuente significativa de riesgo fiscal, en algunos casos éstos sólo se incluyen en el presupuesto si la probabilidad de activación se incrementa hasta cierto límite:

## 11. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

### 11.1. Reino Unido sobrecostos y falta de competencia detectados en APPs

El Reino Unido define una asociación público-privada como "...acuerdos tipificados por el trabajo conjunto entre los sectores público y privado. En su sentido más amplio, pueden abarcar todo tipo de colaboración a través de la interfaz del sector público-privado, lo que implica un trabajo colaborativo y el intercambio de riesgos para ofrecer políticas, servicios e infraestructura". (HMT, Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value, marzo de 2008). El tipo más común de APP en el Reino Unido es la

Iniciativa de Finanzas Privadas. Una Iniciativa de Financiación Privada es un acuerdo por el cual el sector público contrata para comprar servicios, generalmente derivados de una inversión en activos, del sector privado a largo plazo, a menudo entre 15 y 30 años. Esto incluye concesiones y franquicias, donde un socio del sector privado asume la responsabilidad de prestar un servicio público, incluyendo el mantenimiento, la mejora o la construcción de la infraestructura necesaria.

Según Deloitte Ireland (2009), "los proyectos de infraestructura constituyen el mayor sector por número de acuerdos a nivel internacional, seguido de la sanidad y la educación, mientras que el Reino Unido es, con mucho, el país líder en la ejecución de proyectos, seguido por el resto de Europa en segundo lugar".<sup>53</sup>

#### Críticas

Por otro lado, de acuerdo con la investigación publicada por Oxford Academic, "Public-Private Partnerships in Developing Countries: The Emerging Evidence-based Critique", algunos proyectos se evitan porque parecen demasiado grandes y complejos, lo que conduce a costosas preparaciones de ofertas y a sobrecostos y costos resultantes de prolongadas negociaciones contractuales. Esto puede explicar las conclusiones de Zitron (2006), que demostró que, en promedio, **sólo tres licitadores compiten por cada contrato de APP (de iniciativa privada) en el Reino Unido, y que había menos de tres licitadores en una cuarta parte de los contratos**. Los gobiernos pueden compensar total o parcialmente a las empresas por sus costos de licitación, pero, por supuesto, esto aumenta el costo de la opción APP en relación con la opción tradicional de contratación pública.<sup>54</sup>

### 11.2. Bélgica costos altos de preparación de las APPs

Según Schepper, Haegendonck y Dooms (2015), se ha suscitado un acuerdo generalizado entre los profesionales y académicos frente a los costos de preparación de APPs, concluyendo que resultan más altos que los costos de preparación asociados con la contratación pública tradicional. **En muchos casos, estos costos son tan altos que desalientan a los licitadores potenciales a competir por proyectos y, en algunos casos, socavan la lógica básica de rentabilidad de las APP** y tienen un impacto negativo en la viabilidad económica y financiera de los proyectos. El estudio de Schepper de 172 proyectos de infraestructura pública en Bélgica encontró procesos de licitación mucho más largos y complejos asociados con las APP que con los proyectos adquiridos a través de métodos públicos tradicionales.

### 11.3. Ecuador y problemas de competencia en APPs

De acuerdo con la tesis, del Ingeniero Andrés Ramón, "Análisis del desarrollo del modelo de asociaciones público-privadas en Colombia: recomendaciones para su aplicación en proyectos de infraestructura productiva en Ecuador" En el contexto de América Latina, "Ecuador presenta la peor calificación (20/100) en esta área de acuerdo al Reporte Benchmarking PPP Procurement 2017. Esto da cuenta de que existe muy poca claridad, imparcialidad y transparencia en el proceso de contratación de APP, en contraste con las buenas prácticas reconocidas en este ámbito. Pese a que la Ley Orgánica de Incentivos APP en su artículo 12 para la selección del privado establece que las bases administrativas para el concurso público se registrarán por los

principios de transparencia, igualdad, concurrencia y publicidad, esto no se cumple por las Entidades Contratantes".

Es evidente en este país la falta de competencia, propiciado sobre todo por la inexistencia de un procedimiento normado que especifique cómo proceder cuando existe un único oferente. Por ejemplo, en esta tesis se revisaron los pliegos y la documentación del proceso de contratación del proyecto vial "Río Siete-Huaquillas" se pudo notar que se presentó un solo oferente al concurso. Por lo que en conformidad al cumplimiento de todos los requisitos establecidos y tras obtener el mayor puntaje se le adjudicó el contrato. Sin embargo, recibir una sola oferta puede ser problemático y merece su atención a través del Marco Regulatorio. Sea cual sea la causa, la competencia es crucial para obtener una buena relación calidad-precio, ya que muy aparte de todas las evaluaciones realizadas durante la preparación de la APP, el proyecto debe estar sujeto a una "prueba final de mercado". De todos modos, para que el proceso de licitación sea válido se deberá asegurar que el único proponente cumpla plenamente con todos los requisitos y el valor ofertado sea razonable en comparación con el valor del mercado (Banco Mundial & PPIAF, 2016).

Para el caso del proyecto en mención, todos los parámetros fijados por la Entidad contratante se cumplieron a cabalidad, pero se debe indicar que los valores ofertados están al límite de los rangos máximos establecidos, lo cual pudo haber resultado en mayores beneficios económicos para la Entidad contratante si hubiera existido otros competidores en el proceso licitatorio.

### 11.4. Filipinas - Fondo de contingencias<sup>55</sup>

En Filipinas el Departamento de Finanzas propone la inclusión de una partida presupuestaria nacional que tendrá en cuenta los pasivos contingentes del gobierno en proyectos de asociación público-privada (APP), de acuerdo con lo comentado por la Tesorera Nacional Rosalia V. de León. La propuesta tiene contemplada una cantidad inicial de alrededor de 30 mil millones de P. Pero esto todavía está en discusión con el DBM (Departamento de Presupuesto y Gestión).

Según explica la funcionaria, la partida corresponde a un "fondo de espera" (parecido al fondo de contingencia manejado en Colombia), para los pasivos del gobierno que pudieran surgir de los acuerdos que se generan de los proyectos de APP. De acuerdo con la Tesorera Nacional, "Si los pasivos no se activan, entonces no gastaremos nada. Estamos dispuestos a ponerlo [en el presupuesto] porque estamos seguros de que nunca se activará".

El programa de APPs fue lanzado en 2010 en Filipinas, ha sido uno de los proyectos emblemáticos de la administración Aquino, pero ha suscitado muchas críticas debido a los retrasos en la implementación.

Hasta el momento sólo se han otorgado tres acuerdos de APPs: el enlace de la autopista Daang Hari-Luzon del Sur; el Proyecto de Infraestructura Escolar y la autopista del Aeropuerto Internacional Ninoy Aquino.

### 11.5. Camerún

<sup>53</sup> OCDE. (2011). From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnerships. 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials. Disponible en: [oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf](http://oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf)

<sup>54</sup> Leigland J. (2018). Oxford Academic, The World Bank Research Observer, Volume 33, Issue 1, Pages 103-134. Disponible en: <https://academic.oup.com/wbro/article/33/1/103/4951689>

<sup>55</sup> REPUBLIC OF THE PHILIPPINES PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP CENTER. (mayo 12 de 2013) PPP contingency fund to be part of budget? Disponible en: [https://ppp.gov.ph/in\\_the\\_news/ppp-contingency-fund-to-be-part-of-budget/](https://ppp.gov.ph/in_the_news/ppp-contingency-fund-to-be-part-of-budget/)

De conformidad con el artículo 13 del Decreto No.2008/0115/PM, de 24 de enero de 2008, por el que se precisan las cláusulas de ejecución de la Ley No 2006/012, de 29 de diciembre de 2006, por la que se fija el reglamento general de los Contratos de APP, las etapas de la contratación son las siguientes: Una licitación pública con manifestación de interés; una oferta restringida; la presentación; un diálogo de precalificación; la adjudicación; la notificación de resultados; la firma del contrato.

De acuerdo con el consultor jurídico, Cyrille Mbollo (2016)<sup>56</sup>, el enfoque que consiste en la precalificación de los licitadores parece el mejor ha sido destacado, pues que evita gastar tiempo y recursos examinando todas las propuestas, y permite concentrarse en las ofertas presentadas por los mejores oferentes que cumplen con el umbral financiero y técnico para entregar el proyecto.<sup>57</sup>

En cuanto a la competencia, el objetivo de la fase de contratación es crear un espacio de competencia entre los licitadores, de modo que cada licitador pueda proponer la mejor oferta, en mejores condiciones. Este objetivo difícilmente podría alcanzarse, si un licitador pudiera tener la oportunidad de negociar los términos del contrato con la entidad pública directamente, porque "sin ninguna tensión competitiva entre los licitadores, el Licitante Preferido se convierte efectivamente en un proveedor monopolístico (incluso si teóricamente la Autoridad Pública pudiera volver a los otros licitadores, esto rara vez es viable en la práctica, sobre todo porque el equipo de licitación perdedora habrá sido redistribuido en otros lugares por sus empleadores)"<sup>58</sup>.

De acuerdo con Mbollo, la adopción de un diálogo competitivo terminado por una negociación posterior a la licitación entre la entidad pública y el licitador preferido socava la competencia, no garantiza la equidad y no es transparente.

Así que cada licitador hará todo lo que pueda para llegar a la etapa de negociación directa, proponiendo la oferta ideal que eliminará a sus competidores en la etapa de diálogo, luego en la etapa de la negociación directa con la entidad pública, será libre de revisar su oferta inicial, o dejar que sus prestamistas impongan sus términos a la entidad pública, o el socio privado podría aceptar el contrato propuesto por la entidad pública, con la intención de renegociarlo durante la fase operativa en su beneficio<sup>59</sup>.

En relación con la equidad, todos los licitadores deben recibir el mismo trato y luego tener los mismos deberes y derechos, en particular en países como Camerún, donde la APP se encuentra en sus primeras etapas de funcionamiento. No es normal tratar al licitador considerado como "preferido", de manera diferente a los demás, porque todos son licitadores hasta la adjudicación del proyecto. Esto no es sólo una preocupación moral, sino también práctica, ya que podría plantear comportamientos oportunistas como se ha visto antes.

En cuanto a las propuestas no solicitadas, lo que en Colombia se conoce como APPs de Iniciativa Privada, la ley de APP Camerunesa establece en el artículo 5 del Decreto de 2008 que el operador privado de que se trate puede beneficiarse de una ventaja en el marco de la licitación pública, frente a la competencia para la selección de un socio. Esta afirmación es buena, ya que fomenta propuestas no solicitadas, pero podría mejorarse si fuera más clara.

<sup>56</sup>Cyrille Mbollo. (2016). Legal impediments to private participation in Public-Private Partnership in Cameroon. Tribune Justice. Disponible en: <https://www.tribunejustice.com/legal-impediments-to-private-participation-in-public-private-partnership-in-cameroon-by-cyrille-mbollo-legal-consultant/>

<sup>57</sup>Ibidem

<sup>58</sup>Ibidem

<sup>59</sup> Guasch, José Luis (2004) Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right, World Bank, Washington, D.C

Ahora bien, esta ventaja no queda clara, porque el operador privado que propone el proyecto no está seguro de si se beneficiará y también ignora la naturaleza de esa ventaja. En Camerún se debe indicar claramente si el operador privado que inicia un proyecto de APP se beneficiará de una ventaja, y cuál es la naturaleza de esta ventaja, para estimular realmente las propuestas no solicitadas.

**11.5. Críticas sobre APPs en Países en desarrollo**

Engel, Fischer y Galetovic (2014) argumentaron que la estructura de gobernanza bajo la cual operan la mayoría de las APP es "generalmente defectuosa". Esto se debe en gran medida a que las APP comparten muchos de los mismos defectos que las obras públicas estándar, incluidos el diseño indebido, la mala contratación y las frecuentes renegociaciones que Engel y sus coautores concluyen son a menudo intentos oportunistas de contratistas privados para aumentar los beneficios. Un estudio reciente del Servicio de Asesoramiento sobre Infraestructura Público-Privada (PPIAF) del Banco Mundial encontró que, en aras de llevar a cabo los proyectos, muchos países en desarrollo utilizan una competencia limitada y una negociación directa para adquirir patrocinadores y operadores privados (PPIAF 2014<sup>60</sup>). Pero el PPIAF también encontró que los proyectos adquiridos de esta manera tienden a ser más caros y están sujetos a más problemas en la implementación<sup>61</sup>.

**12. CONCLUSIONES**

Las Asociaciones Público-Privadas (APPs) son un mecanismo de contratación que permite vincular capital privado para la construcción de infraestructura pública y sus servicios asociados (Ley 1508 de 2012). Las APPs vinculan capital privado para la realización de obras que de otro modo no tendrían lugar. A diferencia de las concesiones donde el Estado estructura el proyecto y pone los recursos.

En las APPs de Iniciativa Pública, el diseño del proyecto lo hace la entidad pública y se puede ejecutar entre el público y el privado o ser ejecutado solo por el privado. La financiación del proyecto puede ser: mediante recursos públicos, de la explotación económica de la APP o una combinación de las dos.

Las APPs de Iniciativa Privada son aquellas en las que el particular presenta la propuesta completa del proyecto. El privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta, los estudios necesarios, con el riesgo que la entidad estatal defina si es de interés para el país o la región. Si la entidad estatal decide que el proyecto no es de interés nacional no tiene que pagar los estudios realizados por el privado.

El problema de las IP es que la ley 1508 de 2012, parte de la premisa de que existirá competencia, pero esto se dificulta cuando: La ley permite que todo lo estructure el privado y las entidades estatales realizan un mínimo de estudios rigurosos sobre las propuestas.

La publicación del proyecto para recibir oferta de terceros se puede hacer por solo un mes, cuando el privado que lo diseñó conoce absolutamente todo el proyecto e incluso

<sup>60</sup> Public-Private Infrastructure Advisory Facility. 2014. Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs: An Analysis of Global Trends and Lessons Learned. Washington, DC: World Bank. Available at: [www.ppiaf.org](http://www.ppiaf.org).

<sup>61</sup> Leigland J. (2018). Oxford Academic, The World Bank Research Observer, Volume 33, Issue 1, Pages 103–134. Disponible en: <https://academic.oup.com/wbro/article/33/1/103/4951689>

cuando un tercero presenta su oferta; tiene la posibilidad de perder si la diferencia entre las propuestas del que creó el proyecto y el competidor es de menos del 20%. (Decreto 1082 de 2015, Numeral 3, artículo 2.2.2.1.5.12)

La falta de competencia en las Asociaciones Público - Privadas de Iniciativa Privada, se ha convertido en un mal incentivo para la elección eficiente de proyectos de importancia estratégica para el país, además genera poco impulso para propuestas de calidad y menos estímulos para innovar en las mismas. Adicional a esto, se produce una asimetría en la asignación de riesgos en las APPs generando proyectos donde el privado originador se ha comprometido en asumir riesgos que, por su naturaleza no deberían estar en cabeza suya y que al materializarse paralizan los proyectos por largos años.

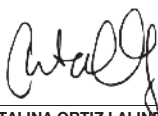
Finalmente, el Comparador Público Privado, que se supone permite dar evidencia que la mejor opción para cierto proyecto es una APP, se realiza por el privado originador, el más interesado en que el proyecto se defina por este mecanismo.

**En tiempos en que Colombia enfrenta la pandemia del COVID-19, no se puede permitir que una de las principales actividades (construcción de infraestructura de transporte), promovidas por el Gobierno Nacional para la reactivación económica del país, se desarrolle sin competencia.** Bajo este contexto el presente proyecto de ley plantea modificación parcial a los artículos 11, 14, 19 y 20 de la Ley 1502 de 2012, con la finalidad de mejorar los lineamientos establecidos para las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada.

Cabe precisar, que el presente proyecto No tiene impacto fiscal, en la medida en que no se comprometen recursos públicos de las Entidades Estatales contratantes de las Asociaciones Público-Privadas. Además, en ningún caso esto pone en riesgo las condiciones de los contratos de concesión que se encuentren vigentes o en curso.

En razón a lo anteriormente expuesto, ponemos a consideración del Congreso de la República el presente Proyecto de Ley, esperando contar con su aprobación.

De la Honorable Congressista,



**CATALINA ORTIZ LALINDE**  
Representante a la Cámara por el Valle del Cauca  
Partido Alianza Verde



**ALVARO HENRY MONEDERO RIVERA**  
Representante a la Cámara por el Valle del Cauca  
Partido Liberal

**CONTENIDO**

Gaceta número 683 - martes 11 de agosto de 2020

**CÁMARA DE REPRESENTANTES**

**PROYECTOS DE LEY**

**Págs.**

Proyecto de ley número 174 de 2020 Cámara, por medio del cual se dictan disposiciones que modernizan el sistema de transporte terrestre individual de pasajeros, estableciendo las condiciones de seguridad, sana competencia y equitativa participación en el mercado entre todos los prestadores permanentes del servicio de transporte terrestre individual de pasajeros. .... 1

Proyecto de ley número 176 de 2020 Cámara, por medio de la cual se incentiva la competencia en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, modificando parcialmente los artículos 11, 14, 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012. .... 16