

BOLETÍN ÁREA DE INFRAESTRUCTURA

BOLETÍN TRIMESTRAL NO. 2

Agosto 2021

POSSE
HERRERA
RUIZ 

Decreto 438 de 2021

El Decreto 438 del 2021 modificó parcialmente el régimen de las Asociaciones Público Privadas (APP) de Iniciativa Privada (IP), dentro de los cuales destacamos los siguientes:

- Con respecto al desembolso de los recursos públicos, el Decreto 438 establece que se dentro de los aportes de recursos públicos, se entienden incluidos los desembolsos del Fondo de Contingencias destinado a asumir los riesgos del concedente.
- En cuanto a las condiciones para la presentación de IP, estas no podrán presentarse cuando correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación, modifique los contratos o las concesiones existentes. El concedente tiene la obligación de preparar un estudio, por lo menos 2 años antes de la finalización del respectivo contrato, que le permita tomar la decisión de celebrar un nuevo contrato o pronunciarse sobre la conveniencia y oportunidad de la IP.
- Tampoco podrán presentarse IP en los casos en que un proyecto similar haya sido estructurado por parte de cualquier entidad estatal, o cuando haya sido adjudicado o contratado para su estructuración o que no se encuentren previstas en el Plan Plurianual de Inversiones o el instrumento de planeación respectivo.
- Se establece como requisito de obligatorio cumplimiento en el trámite de una IP, la obligación del privado de entregar información completa y oportuna a la entidad concedente, en el caso en que el originador, integrantes o vinculados económicos de aquellos ostenten la condición de contratista, socio o miembro de la estructura plural (EP) para ejecutar un proyecto que incluya total o parcialmente infraestructura considerada en la IP propuesta.
- Todas las IP que no requieran el desembolso de recursos públicos deberán contar con al menos un mecanismo líquido destinado para la atención de riesgos a cargo de la entidad estatal, el cual se fondeará con recursos propios del proyecto, diferentes a los rendimientos, remanentes o excedentes de otras subcuentas, y deberá representar como mínimo el 76% de la estimación de la valoración de obligaciones contingentes.
- El Decreto modifica la etapa de pre factibilidad de la APP, incluyendo la entrega de nueva información como es: (i) debe indicarse el líder de la IP, quien deberá mantener la mayor participación desde el instrumento asociativo conformado para su presentación, hasta la firma del contrato y, (ii) debe proporcionarse información adicional (i.e descripción de población afectada, sustento metodológico de los estudios de demanda, entre otros).
- Modifica los tiempos de evaluación de la etapa de prefactibilidad y respuesta, en la cual, la entidad estatal podrá solicitar la información que considere pertinente sin conllevar a la ampliación o suspensión del plazo de 3 meses para evaluar la iniciativa.

Decreto 438 de 2021 (CONTINUACIÓN)

- El Decreto modifica aspectos de la etapa de factibilidad, así: (i) reitera la participación del líder de la IP hasta el momento de celebración del contrato, (ii) obliga a profundizar en los estudios sociales, en la identificación, diagnóstico y evaluación socioeconómica de la población afectada por el proyecto y la presentación de alternativas sociales que mitiguen el impacto negativo; y (iii), en cuanto a los tiempos en la etapa de factibilidad, la entidad estatal podrá solicitar la información que considere pertinente sin que esto implique la ampliación o suspensión del plazo de 9 meses para evaluar la iniciativa.
- Estipula que en la etapa de evaluación de factibilidad y respuesta, la entidad pública debe elaborar un informe que contenga los análisis efectuados y evidencie la debida diligencia realizada en la revisión de la IP presentada.
- En cuanto al tiempo mínimo de duración de la publicación en SECOP, se modifica el término anterior de 2 meses, con posibilidad de prorrogarlo hasta por 4 meses más; por el de 4 meses, con la posibilidad de prorrogarlo, únicamente, por 2 meses más.
- Frente a la manifestación de interés por parte de terceros, el nuevo Decreto modifica el porcentaje mínimo del 80% al 90% el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.

Contribución en los contratos de obra pública

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, reiteró en sentencia del pasado 18 de febrero de 2021 lo concluido por la Sala Plena del Consejo de Estado, en relación con la contribución en los contratos de obra pública.

Al respecto, el Consejo de Estado fijó las siguientes reglas de unificación: “1. Para determinar si se realiza el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública no es determinante el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato de obra pública, sea el general de la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado. El elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado,

y no de la actividad o régimen jurídico de la entidad de derecho público. 2.- Los contratos de obra pública y los contratos de que trata el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 -contratos de exploración y explotación de recursos naturales, y las actividades comerciales e industriales-, son dos categorías de contratos diferentes, en tanto tienen características y finalidades propias, que impiden que se trate de un mismo contrato. 3.- La contribución no grava los contratos referidos en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, por cuanto no corresponden a los contratos de obra pública que son objeto de gravamen en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006.”

Nueva tesis de CCE en relación con la transferencia de experiencia en fusiones empresariales

La Agencia Nacional de Contratación Pública en concepto C-708 de 2020, haciendo referencia a cuestiones de transferencia de experiencia en fusiones empresariales; señala que si bien se puede acreditar como experiencia aquellos contratos celebrados por sociedades en los que el interesado haya tenido participación; la acreditación de esa experiencia no se predica en aquellas situaciones en las cuales una sociedad haya escindido su patrimonio en cualquiera de las dos modalidades existentes, con el objeto de crear nuevas sociedades o aportar su patrimonio en estas. Teniendo en cuenta lo anterior, establece que cuando se lleva a cabo una escisión por parte de una sociedad, no se puede considerar que las sociedades que surjan se consideren participantes de la sociedad escindida y que, por ende, puedan acreditar la experiencia de la última como suya.

Caso contrario es el de las fusiones empresariales. Lo anterior, pues a pesar de que la sociedad está «disuelta» y debería «liquidarse», para desaparecer,

la ley permite que no desaparezca y tenga continuidad convertida en otra sociedad, por lo que, por expresa disposición legal, la sociedad puede no «liquidarse» sino continuar a través de otra sociedad, porque así lo dispuso el legislador, y esto implica que es posible transferir la experiencia. En este supuesto la experiencia se transfiere de una sociedad que se disuelve y pasa ser a ser absorbida por otra, quien adquiere además dicha experiencia.

En este sentido, la transferencia de experiencia se presenta en los supuestos en que una persona, por su «disolución» y de acuerdo con lo dispuesto por el legislador, continúa a través de otra persona y no desaparece, tal como sucede en la fusión. En estos supuestos la experiencia la adquiere la sociedad a quien se transfirió y no deja de ser personal, puesto que la sociedad se convirtió en otra sin desaparecer, a la cual le transfiere, entre otras cosas, su experiencia.

Indicadores financieros y capacidad organizacional en los procesos de selección

El pasado 31 de mayo se expidió el Decreto 579 de 2021, por parte del Departamento Nacional de Planeación, el cual sustituyó los párrafos transitorios del artículo 2.2.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015.

En virtud de lo anterior, se estableció que para los procesos de selección cuyo acto administrativo de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021, las Entidades Estatales deben establecer y evaluar los requisitos

habilitantes de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta la información vigente y en firme que conste en el Registro Único de Proponentes - RUP, por lo que las Entidades Estatales evaluarán estos indicadores, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en el registro de cada proponente. Esto corresponde a los últimos 3 años fiscales anteriores a la inscripción o renovación, dependiendo de la antigüedad del proponente.

Inexequibilidad parágrafo incluido por la ley 2014 de 2019

La Corte Constitucional dio a conocer el contenido de la Sentencia C-037 de 2021 que resolvió la inexequibilidad del parágrafo 2 que la Ley 2014 de 2019 agregó al artículo 9 de la Ley 80 de 1993. Según dicho parágrafo, el Gobierno nacional reglamentaría el procedimiento de la cesión del contrato, en caso de inhabilidad sobreviniente por corrupción.

Proyecto de renovación para transformación en distrito creativo del Bronx

La Fundación Gilberto Alzate Avendaño - FUGA y la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Bogotá – ERU pretenden adelantar la contratación de lo que sería el mantenimiento y operación del Batallón de Reclutamiento o Antigua Facultad de Medicina, La Flauta, el espacio público La Milla, el Edificio Creativo y la Esquina Redonda, así como el diseño y construcción de estas dos últimas edificaciones, en la ciudad de Bogotá. Lo que se pretende con el desarrollo de dicho proyecto es que la zona denominada hoy en día como el “Bronx”, se convierta en el primer Distrito Creativo inducido de la Red Distrital de Distritos Creativos y Territorios Culturales (REDD),

Según la Corte Constitucional, la reglamentación de dicho procedimiento tiene reserva de ley, luego no es posible que la reglamentación la realice el Gobierno nacional. En esa medida, en caso de cesión, la misma tiene ajustarse al principio de selección objetiva.

el cual contribuirá a impulsar la reactivación económica y social del centro de la ciudad.

Actualmente el proyecto no ha iniciado su etapa de contratación, pues las entidades mencionadas se encuentran adelantando el proceso de selección de la estructuración técnica, financiera y legal del modelo de asociación pública-privada para el proyecto. Vale la pena mencionar que, hasta el momento, las entidades referidas han establecido que el proyecto se adelantará bajo un esquema de asociación público-privada tal como se mencionó anteriormente.

APP Canal del Dique

La asociación pública-privada de iniciativa pública entre Calamar y Cartagena permitirá mantener control de tránsito de sedimentos entre el canal y las bahías de Cartagena y Barbacoas; control de inundaciones y control de niveles de agua en el canal, mejoramiento de las conexiones ciénaga - ciénaga y ciénaga - canal, restauración de los ecosistemas Parque Nacional Natural Corales del Rosario y San Bernardo, restauración de rondas de ciénagas, caños y Canal del Dique; aseguramiento del recurso hídrico del canal para agua potable, riego,

ganadería, pesca y otros servicios; optimización de la navegabilidad en el Canal, entre otros.

Dicho proyecto contará con una inversión en CAPEX de 2,13 billones de pesos y en OPEX de \$0,90 billones de pesos. Igualmente, actualmente el proyecto se encuentra en etapa de precalificación.

A continuación, pueden evidenciarse una serie de aspectos relevantes de interés sobre el proyecto:

Longitud Origen - Destino	117 km
Ancho del canal navegable	52 – 60 m
Profundidad	7 pies
Duración de la pre-contrucción	1 año
Duración de la construcción	5 años
Duración de la concesión	15 años

Convenio Borde Occidental – Alcaldía de Bogotá

El convenio Borde Occidente es uno de los convenios que suscribió la Alcaldía de Bogotá con la Gobernación de Cundinamarca en noviembre del 2020 con el fin de desarrollar infraestructura vial y férrea en la región.

Entre los proyectos que conforman dicho Convenio se encuentran:

1. Ampliación calle 13: proyecto que contempla cuatro intercambiadores ubicados en la Carrera 50, Avenida 68, Avenida Boyacá y Avenida Cali y tres pasos elevados en la Avenida La Constitución Carrera. 69D, Avenida Fontibón Carrera 96 y Avenida CATAM Carrera 128, así como 22 kilómetros de continuidad de la red de ciclo rutas.
2. Extensión Calle 63 (4.7 km): Calle 63 con la vía Funza – Cota.
3. Vía Alterna de Occidente (12.5 km): inicia en la intersección de la Avenida Ciudad de Cali con la Avenida de las Américas en Bogotá y llegará hasta el kilómetro 12+ 500 en la vía Mosquera-Los Puentes.

Proyecto La Dorada-Chiriguáná

Una vez culminado el contrato de obra para el mantenimiento y conservación de la vía férrea, el presidente de la ANI ha mencionado que pretende llevar a cabo una nueva apuesta mucho más ambiciosa para la gestión de los ferrocarriles, a través de un modelo de concesión para el transporte de carga el cual está siendo estructurado actualmente, con una duración de 10 años y con una inversión aproximada de \$1,6 billones.

4. Prolongación de la ALO Sur (24.5 km): hasta la calle 13 y luego hasta la Calle 80.
5. Avenida perimetral de la Sabana (56 km): atravesará los municipios de Madrid, Mosquera, Funza, Tenjo, Tabio, Chía y Cajicá. Este proyecto se dividirá en cinco tramos: (i) ALO (Avenida Longitudinal de Occidente) – variante Madrid; (ii) Variante Madrid – La Virgen – Autopista Medellín; (iii) Autopista Medellín – La Granada – Cuatro Caminos; (iv) Cuatro Caminos – cruce Tabio Cajicá; y (v) Cruce Tabio Cajicá – El Molino – La Naveta.

De acuerdo con la información proporcionada por el Distrito, se deberán aunar esfuerzos con el Gobierno Nacional y la Gobernación de Cundinamarca para que estos proyectos queden contratados y financiados antes del año 2022.

Este cambio de contrato representaría un mayor aporte por parte del Estado para garantizar la movilidad en dicho corredor, teniendo en cuenta que se espera “mover 1 millón de toneladas luego de tres o cuatro años del inicio del contrato de concesión férrea”, lo cual multiplicaría por 1.000 la carga actual. Esta apuesta pretende ser replicada en otros proyectos ferroviarios que se tienen previstos con la expedición del Plan Maestro Ferroviario y para los contratos de concesión de largo alcance.

Proyecto La Dorada- Chiriguaná (CONTINUACIÓN)

Así mismo, con el fin de generar mayor competencia y participación en el sector, se tendrá previsto que otros operadores también puedan pasar por dicho corredor y la integración de otros modos de transporte, especialmente el de carga por camión.

Se espera que la apertura del proceso de licitación para escoger el administrador del corredor La Dorada-Chiriguaná se dé para finales del año 2021. Cabe mencionar que en un análisis de demanda y viabilidad férreos de interés de la Nación realizado por la ANI y la FDN, se identificó que este es el corredor con mejores condiciones técnicas, operacionales y de viabilidad comercial.

APP Edificio Fiscalía Cali

El 19 de mayo fue publicado el pliego de condiciones definitivo del proyecto de APP de iniciativa pública para la financiación, realización de estudios de detalle, demolición, construcción, equipamiento, operación y mantenimiento de una sede única para la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Santiago de Cali, cuyo valor del contrato corresponde a \$ 476.589.270.646. Según el cronograma actual, el cierre del proceso está previsto para el 20 de septiembre. De firmarse, sería el primer contrato de APP suscrito por la Fiscalía General de la Nación.

POSSE HERRERA RUIZ



El presente Boletín Legal se ha basado en una interpretación razonable de la normatividad citada, la información brindada no se considerará como una opinión legal en particular.

Para mas información, contactar a:

José Alejandro Torres:

josealejandro.torres@phrlegal.com

Cristina Vásquez

cristina.vasquez@phrlegal.com

Diana Rueda

diana.rueda@phrlegal.com



BOGOTÁ

Teléfono: +57 (1) 325 7300
Cra 7 No. 71-52, Torre A 5to Piso.
Código Postal 110231

MEDELLÍN

Teléfono: +57 (4) 4488435
Cra 43A # 1 – 50 Torre 2
Oficina 864 8th Piso, San Fernando Plaza

BARRANQUILLA

Teléfono: +57 (5) 3112140
Cra 53 # 82 – 86
4to Piso.