



Las novedades más relevantes para el sector son las siguientes:

1. Decreto 1397 de 2012 *"Por el cual se modifica el numeral 1 del artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012"*
2. Proyecto de decreto reglamentario de la Ley 1508 de 2012

A continuación, la CCI presenta algunos comentarios sobre estas novedades:

1. **Decreto 1397 de 2012:** Este Decreto fue expedido el 29 de junio de 2012 y tiene como propósito modificar el Decreto Único de Contratación, en lo que tiene que ver con la capacidad de contratación.

De manera general, este nuevo Decreto elimina la discrecionalidad de la entidad contratante respecto a la definición de la forma en que se tendrá en cuenta el porcentaje de ejecución de contratos no finalizados, que se consideren en el cálculo de la capacidad residual.

El Decreto determina que para calcular los saldos de los contratos cuando el contratista sea una sociedad de propósito especial, consorcio o unión temporal, en los cuales el proponente participe, se tendrá en cuenta el porcentaje de participación del proponente en la respectiva sociedad. Es decir, que pondera por la participación de la empresa el saldo del contrato pendiente por ejecutar.

Con relación a los contratos suscritos que no han iniciado su ejecución, establece que se tendrá como referencia para el cálculo de la capacidad residual el valor mensualizado del contrato suscrito. Esto es, pondera por el plazo del contrato medido en meses.

De manera puntual, la CCI considera que cuando el artículo primero del Decreto se refiere a saldos de obra, tiene que ver con la definición de obra pública que se encuentra en la Ley 80 de 1993. Esta afirmación se soporta principalmente en dos argumentos:

Primero, que este Decreto es reglamentario de la Ley 80 de 1993. Por tal razón, desde la teoría normativa más simple, es esperable que la norma reglamentaria desarrolle los preceptos de la norma legal.

Derivado de lo anterior, cabe aclarar que los contratos a que se refiere el Decreto no son aquellos que se celebran con una concesión. Ciertamente, cuando una concesión subcontrata la ejecución de una obra, este contrato no entra dentro del concepto de obra



pública, tal como lo contempla la Ley 80 de 1993. Un subcontrato de esta naturaleza sería un contrato entre dos particulares que en nada tiene que ver con contratos estatales y, por tanto, sale de la órbita normativa de la Ley 80. Igualmente, de lo anterior es posible inferir que los consorcios a los cuales se refiere el decreto no son aquellos que contratan como concesionarios, toda vez que la exigencia normativa es que sean contratos de obra pública. Por tal motivo, cuando se trata de oferentes plurales, los contratos que deben introducirse a la ecuación de cálculo de la capacidad de contratación son aquellos de obra pública y no los de concesión.

2. **Proyecto de decreto reglamentario de la Ley 1508 de 2012:** El proyecto de decreto socializado por el Departamento de Planeación Nacional, que reglamenta la Ley 1508 de 2012, ha ameritado que la CCI se pronuncie con respecto a los siguientes cuatro puntos:

2.1 La transversalidad de las APP

Uno de los grandes logros de la Ley 1508 es que sus mecanismos no están pensados solo para el tradicional sector de infraestructura de transporte, en el que históricamente se han desarrollado los esquemas contractuales que antecedieron a la figura de la APP. De ahí que la Ley, acertadamente, trascienda los límites del contrato de concesión para la construcción de una obra pública de la cual hablaba la Ley 80, y que permita que sus instrumentos contractuales se apliquen a todos los sectores en los que se requiera una infraestructura o la prestación de un servicio público.

El proyecto de decreto no aborda explícitamente la reglamentación de ninguna "*particularidad sectorial*". La redacción de normas que aborden las "*particularidades sectoriales*" requerirá de un cuidadoso desarrollo, que atienda, precisamente, las diferencias específicas de cada sector. Por ello, proponemos que en el decreto reglamentario que actualmente se discute se prevea una norma que podría tener carácter transitorio, según la cual las normas en él contenidas se entenderán aplicables a los sectores y entidades para las cuales, al momento de entrada en vigor de la Ley 1508, existían normas especiales reguladoras de la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, al menos mientras se expiden las normas reglamentarias especiales para dichas entidades y sectores.

2.2 El límite del 20% a los recursos públicos en iniciativas privadas

La Ley 1508 estableció un límite a la participación de recursos públicos en APP de iniciativas privadas que requieran desembolsos de recursos públicos. En términos generales, el proyecto de decreto hace un muy buen ejercicio de precisión y definición de lo que ha de entenderse por "*recursos públicos*", para efectos de dar aplicación a dicho



límite del 20%. Sin embargo, existen algunas situaciones en que se hace necesario una mayor precisión y claridad y, por supuesto, el decreto reglamentario es la única oportunidad para ello:

2.2.1 Su aplicación a aquellos casos en que el Estado es usuario de la infraestructura o servicio: En la exposición de motivos de la Ley, y en las muchas instancias académicas en las que el gobierno ha presentado sus bondades, se pone como un ejemplo de las potencialidades de las APP la figura según la cual el sector privado construye y/o mantiene y opera una infraestructura, cuyo principal usuario va a ser el mismo Estado. La explotación económica, en estos casos, proviene, en buena medida, de recursos del propio Estado. El decreto debería distinguir entre los aportes del Estado al presupuesto estimado de inversión, y los pagos que el Estado hace como usuario del servicio o infraestructura, caso en el cual no solo no tendría sentido conceptual que dichos pagos se sometieran al mencionado límite, sino que, de no hacerse la precisión aquí sugerida, se harían inviables muchos potenciales proyectos de APP, especialmente aquellos en que el Estado será el usuario principal de la infraestructura o servicio.

2.2.2 La regulación de los aportes en especie: Con muy buen criterio, el artículo 11 del proyecto de decreto que se ha dado a conocer establece inequívocamente que *"los aportes en especie efectuados por las Entidades Estatales en desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada, no constituyen erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las Entidades Territoriales o de otros Fondos Públicos. En consecuencia, los aportes en especie no son desembolsos de recursos públicos"*.

Sin embargo, a renglón seguido, el decreto establece una regla especial según la cual si el valor del aporte en especie supera el 20% del valor del proyecto, *"este se considerará como una asociación público privada con recursos públicos"*, con lo cual las condiciones y el trámite, incluidos los límites a los desembolsos públicos, serán aplicables. Es evidente la contradicción conceptual entre las dos normas, pues en una, explícitamente y con razón, se define que los aportes en especie efectuados por el Estado no son desembolsos de recursos públicos, pero en la otra, si dichos aportes exceden cierto valor, se les define como tales. Creemos que debe mantenerse un solo concepto (el de que los aportes en especie no son desembolsos de recursos públicos), no solo por la necesaria coherencia conceptual que siempre es imprescindible en estos casos, sino, además, por las siguientes razones:



2.3 Casos en los cuales se prohíbe la presentación de iniciativas privadas

Dice la Ley 1508 que: *"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"*. Al respecto, de cara al proyecto de decreto, caben los siguientes comentarios:

(i) Dice el proyecto de decreto, desarrollando el mandato legal, que: *"No podrán presentarse iniciativas privadas sobre proyectos que: 19.1, modifiquen contratos o concesiones existentes, entendidos como aquellos que se encuentran en ejecución o vigentes"*. Convendría precisar un poco más este concepto, en los siguientes sentidos:

- Por un lado, debe precisarse qué se entiende por *"contrato en ejecución o vigente"*.
- Por otro lado, el proyecto de decreto debe procurar evitar la confusión entre proyecto, contrato y necesidad por atender. La Ley 1508 trata de estimular las iniciativas privadas, y estas no deben inhibirse por su sola superposición geográfica o finalística a concesiones o contratos ya existentes. Lo que debería inhibir la presentación de iniciativas privadas es la coincidencia con el **"objeto"** de contratos o concesiones ya existentes.
- Por último, el texto del artículo 14 de la Ley 1508 que se refiere a este tema en particular no es claro, pues inicialmente dispone que: *"No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes (...)"*. Y, luego continua: *"Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que (...)"*. De acuerdo con lo anterior, parecería que la modificación de contratos es una causal de no aceptación de la APP más que una causal de no presentación de la misma. Consideramos que correspondería a la entidad estatal conocer el alcance de sus contratos y no al particular y, en consecuencia, en el decreto se debería precisar que compete a la entidad estatal efectuar el análisis correspondiente, con el fin de aceptar o no el APP.

(ii) También dice el proyecto que: *"No podrán presentarse iniciativas privadas sobre proyectos que, 19.2. Para los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración, entendida como la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos: 19.2.1, la publicación de pliegos definitivos para la contratación de la estructuración"*. La verdad es que la publicación de unos pliegos definitivos para la contratación de una estructuración no constituye, ni siquiera parcialmente, el *"adelantamiento"* de la misma. La sola existencia de una estructuración en potencia no debería inhibir la presentación de iniciativas privadas.



(iii) Finalmente, dice el proyecto de Decreto que no podrán presentarse iniciativas privadas “*cuando la entidad estatal competente tenga uno o varios estudios vigentes, en etapa de factibilidad...*”. No es claro qué se entiende por “*estudios vigentes*”, y el decreto debería precisarlo.

2.4 La confidencialidad de la información

El proyecto de Decreto guarda completo silencio sobre el tratamiento confidencial o no que debe dársele a los estudios y a la información que acompaña una iniciativa privada. La falta de reglas claras sobre este punto podría desincentivar la presentación de iniciativas privadas. Creemos que debe quedar claro que mientras se estudia por parte de la entidad estatal la iniciativa privada, debe existir una clara regla de confidencialidad, que solo se atenúa cuando, con posterioridad a la declaratoria de viabilidad, se abre el proceso licitatorio o la posibilidad de participación de terceros, según el caso.

Si desea conocer el contenido completo, por favor solicítelo al correo eortiz@infraestructura.org.co