

CONTENIDO

1. DOCUMENTOS CONPES

1.1. Documento CONPES 3800

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Desequilibrio económico del contrato

3. CONCEPTOS CONTRALORÍA GENERAL

3.1 Estudios previos

1. DOCUMENTOS CONPES

1.1 Documento CONPES 3800

El pasado 27 de enero, se expidió el documento CONPES 3800 el cual somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social, una modificación a los lineamientos de política de riesgos en el programa de cuarta generación de concesiones viales incluidos en el documento Conpes 3760 del 20 de agosto de 2013.

• Antecedentes

El primer capítulo señala que el Gobierno Nacional en su Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 determina la importancia de recuperar la cultura de estructuración de los proyectos a través de la realización de mejores estudios de pre-inversión y la realización de una gestión contractual orientada a resultados.

El Plan Nacional de Desarrollo, establece que para desarrollar la infraestructura de transporte se deben establecer estrategias encaminadas a cuatro puntos, los cuales son: 1. el mejoramiento de las condiciones de accesibilidad favoreciendo la intermodalidad, a través de corredores de transporte viales, férreos, marítimos y fluviales; 2. La consolidación de nodos de transferencia competitivos que mejoren las condicio-

nes para el transporte tanto de carga como de pasajeros; 3. La promoción de mecanismos alternativos de financiación de infraestructura; y 4. La adaptación de la infraestructura actual y proyectada a los impactos ambientales.

Por lo anterior el Gobierno expidió la Ley 1508 de 2012 y los Decretos 1467 de 2012, 100 y 1610 de 2013, definiendo las herramientas aplicables al desarrollo de las Asociaciones Público Privadas.

En cuanto al CONPES 3760 de 2013, este establecía los lineamientos del Programa de Concesiones Viales de Cuarta Generación, los cuales tienen como objetivo fortalecer la competitividad del país mejorando la capacidad de la infraestructura vial y por lo tanto aumentando la conectividad regional.

Entre los lineamientos señalados por el CONPES 3760 de 2013 se encuentran la estructuración eficaz para la aceleración de inversión, los proceso de selección que promuevan la transparencia, la gestión contractual enfocada a resultados y la distribución de riesgos.

• Objetivo del CONPES 3800

El objetivo del CONPES 3800, por su parte es el de modificar los lineamientos de política de riesgos en el programa de cuarta generación de concesiones incluidos en el documento CONPES 3760, debido a las discusiones con los diferentes actores interesados en el programa.

• Modificaciones

Por lo anterior se hace necesario presentar la modificación de la estructura de asignación de riesgos, con el objetivo de refrendar las aprobaciones y evaluar el impacto fiscal para los proyectos de cuarta generación de concesiones.

Con el fin de promover la participación privada de desarrolladores de proyectos y del mercado financiero, facilitar su financiación y estructurar procesos licitatorios competitivos.

Las modificaciones propuestas se centran en dos grandes temas, los riesgos regulatorios y la fuerza mayor, incluidos en el CONPES 3760 de 2013.

La propuesta de cambios es la siguiente:

1. En los riesgos regulatorios en la sección de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, en el programa de concesiones de cuarta generación se le adicionara el siguiente texto:

“Por otra parte, el riesgo de cambios en la legislación tributaria, entendido como la imposición de nuevos tributos o la eliminación o variación de los existentes, respecto de los vigentes al momento de la presentación de las ofertas para cada proyecto, que en forma directa y por sí sola afecte el costo de ejecución del contrato, exceptuando los cambios que se presenten en impuestos que graven la renta, será compartido entre la ANI y el Concesionario de la siguiente manera:

(i) Si la variación en el valor de los tributos efectivamente pagados por parte del concesionario para un determinado año calendario (enero a diciembre), es inferior al tres por ciento (3%) del valor de los ingresos brutos del concesionario correspondientes al mismo año calendario, el riesgo será asumido por el concesionario.

(ii) Si la variación en el valor de los tributos efectivamente pagados por parte del concesionario, genera un efecto desfavorable para el concesionario que supere el tres por ciento (3%) de dichos ingresos brutos del correspondiente año calendario, el concesionario podrá solicitarle a la ANI que se le reconozca la diferencia que exceda dicho

porcentaje. En caso contrario, si el efecto es favorable, la ANI podrá solicitarle al concesionario que se le reconozca la diferencia, en lo que exceda dicho porcentaje.

Los valores a reconocer por parte de la ANI podrán ser cubiertos por el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales.”

2. Se modifica el numeral referente a los riesgos por fuerza mayor en los proyectos de iniciativa pública en el programa de cuarta generación de concesiones, quedando de la siguiente manera:

“Se refiere a aquellos eventos que están fuera del control de las partes. Con el objeto de limitar el riesgo ante este tipo de situaciones no asegurables, y para facilitar la financiación y desarrollo del proyecto, en aquellos casos en que por eventos eximentes de responsabilidad, no sea posible para el concesionario terminar una unidad funcional, se buscarán mecanismos para determinar una compensación especial, siempre y cuando la(s) obra(s) asociadas a dicha Unidad Funcional(s) supere(n) el cuarenta por ciento (40%) del valor total de la inversión estimado para dicha Unidad Funcional.

Así mismo, el evento eximente de responsabilidad y su correspondiente compensación no podrá prolongarse más allá de dos años, tiempo en el que se deberán superar las situaciones que den origen al mismo. La compensación especial, que aplicará una vez se haya superado el periodo previsto para construcción de la Unidad Funcional, deberá ser proporcional a la remuneración definida para la misma, en función de la inversión efectivamente realizada, menos una deducción para incentivar la búsqueda de soluciones por parte del concesionario.

En el caso de ser necesario y para asegurar la financiación del proyecto, se podrán diferenciar, estructurar, clasificar y catalogar contractualmente como unidades funcionales autocontenidas e independientes, aquellas obras de mayor complejidad o incertidumbre como túneles cuya longitud sea mayor o igual a dos (2) kilómetros más sus accesos y equipos para operación. En todo caso deberá haber un balance entre obras complejas y no complejas para respetar el valor mínimo de unidad funcional incorporado en la normatividad, con el fin de realizar un mejor seguimiento y control a su desarrollo”

● Recomendaciones

Para finalizar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación el recomiendan al CONPES, aprobar las modificaciones en materia de riesgos y solicitar al Ministerio de Transporte, a la ANI, al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, adelantar los trámites para realizar los ajustes a los proyectos bajo el esquema de Asociación Público Privada asociados al programa de cuarta generación de concesiones.

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Desequilibrio económico del contrato y notificación irregular

En días pasados el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3, Subsección A, Consejero Ponente Hernan Andrade Rincon, radicado 250000-23-26-000-1999- 02430-01 (23829), dio solución a la controversia contractual, entorno al desequilibrio económico del contrato y la notificación del acto que pone fin a una actuación administrativa.

● Notificación de acto administrativo

La Sala inicia su pronunciamiento refiriéndose a la notificación del acto que pone fin a una actuación administrativa, señalando que los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, vigentes para la época en la que se debían surtir los actos demandados, señalaban que los actos debían ser notificados personalmente al interesado y en el evento en que haya sido imposible realizar la notificación se podía hacer la notificación por edicto.

De igual manera la Sala señala que de acuerdo al artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, se tiene por no hecha la notificación que se surta de manera irregular.

En el caso objeto de controversia la Sala observa que si bien se realizó la notificación por edicto, no obra en el expediente prueba de que la entidad hubiera intentado notificar al contratista, en tanto que no se cuenta con comunicación o citación alguna que así lo demuestre.

Por lo que la Sala señala que respecto a la liquidación unilateral de obra pública tema de controversia no era necesario que se surtiera la notificación personal, pero si intentar adelantar la misma de acuerdo al Código Contencioso Administrativo estatuto vigente en el momento de los hechos, por lo que al no existir prueba de que la entidad pública hubiese desplegado actividad para realizar dicha notificación, se concluye que el acto que pone fin a la actuación administrativa es ineficaz.

Sin embargo, la Sala considera que si bien existió una irregularidad en la notificación del acto, en el presente caso se surtió una audiencia de conciliación, donde el contratista conoció la existencia de dichos actos administrativos, por lo que se convalidó la irregularidad en la notificación personal.

● Desequilibrio económico

La Sala señala que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, del que se desprende la obligación de realizar estudios previos, análisis serios y completos encaminados a determinar: 1. la necesidad de la celebración del contrato; 2. las opciones o modalidades existentes para satisfacer las necesidades; 3. las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que debe reunir la obra, donde se deben elaborar diseños, planos y diseños técnicos. 4. los costos, valores y alternativas; 5. La disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante; 6. La existencia y disponibilidad de proveedores o constructores profesionales; 7. Los procedimientos, trámites y requisitos.

Después de realizar un análisis de las pruebas contenidas en el expediente, reprocha el hecho de que la Administración hubiese contratado la ejecución de una obra pública sin contar previamente con un estudio, serio, completo y detallado acerca del objeto contractual, contrariando de esa forma el principio de planeación.

En relación con los mayores costos que según el actos tuvo que incurrir el contratista, por la falta de planeación de la administración, la sala señala que el demandante no probó que este hubiera incurrido en mayores costos a lo adicionalmente pactados, por lo que se niegan las pretensiones.

3. CONCEPTOS CONTRALORÍA GENERAL

3.1 Estudios previos

En días pasados la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus funciones, emitió

el concepto 2013EE0121509, en el cual recalca la importancia de los estudios previos para determinar la efectiva necesidad de la entidad estatal, previa a la apertura de un proceso de selección.

La Contraloría empieza su pronunciamiento señalando que en el principio de economía contractual consagrado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, se establece la obligación de elaborar estudios previos a la celebración contractual.

Por lo que la entidad debe establecer previamente las necesidades que serán satisfechas con dicha contratación, revisando los estudios que contienen las necesidades.

Concluye, señalando que los gastos de funcionamiento de las entidades públicas deben ser acordes a la planeación contractual con el fin de dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado.

Si desea obtener alguno de los documentos aquí reseñados puede realizar la solicitud en la siguiente dirección de correo electrónico:
sguerrero@infraestructura.org.co