

## CONTENIDO

### 1 NOVEDADES NORMATIVAS

1.1 Guía para determinar capacidad residual en Obra Pública

1.2 Modifican régimen para incentivar participación en proyectos de infraestructura

### 2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Acción procedente contra un acto previo

#### 1. NOVEDADES NORMATIVAS

##### 1.1 Guía para determinar capacidad residual- Obra pública

En días pasados, la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– expidió la Circular Externa 11, en cumplimiento de su objetivo como ente rector del sistema de compras y contratación pública y en desarrollo del artículo 1° del Decreto 791 de 2014 que modificó el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013, presentó la Guía para Determinar y Verificar la Capacidad Residual del Proponente en los Procesos de Contratación de Obra Pública.

La guía consta de diez capítulos en los cuales se define que se entiende por capacidad residual de contratación, señala como se debe establecer la capacidad residual en los procesos de contratación, menciona como se conoce si los proponentes cumplen con la capacidad residual determinada para el proceso de contratación, señala como se calcula la capacidad residual del proponente y del proponente plural y realiza un ejemplo sobre cómo se calcula la capacidad residual entre otras disposiciones, en las que es importante señalar que para el cálculo de la capacidad residual no se tomaran en cuenta la rentabilidad ni las utilidades.

##### 1.2 Modifican régimen para incentivar participación en proyectos de infraestructura

El lunes 28 de abril, se publicó el Decreto 816 por medio del cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los límites individuales de crédito, los regímenes de inversión de los recursos de los fondos de cesantías, los fondos de pensiones obligatorias y del portafolio que respalda las reservas técnicas de seguros de vida y se modifica parcialmente la definición de fondos de capital privado.

Este Decreto se expide en aras de incentivar la participación de los fondos privados de inversión en la financiación de proyectos de infraestructura desarrollados de conformidad con el esquema de Asociaciones Público Privadas (APP).

El Decreto modifica el artículo 2.1.2.1.2 del Decreto, adicio-

nando el parágrafo 1 y 2, en el primero se señala que los establecimientos de crédito pueden aumentar el porcentaje hasta el 25% de su patrimonio técnico, siempre y cuando el exceso corresponda a la financiación de proyectos de infraestructura de la cuarta generación de concesiones viales bajo el esquema de APP, en las que la ANI haga parte de la respectiva APP y el proyecto esté incluido en el listado de proyectos del CONPES 3760 de 2013 o los que se aprueban en concordancia con estos.

En el segundo se introduce la siguiente disposición, en el caso de la Financiera de Desarrollo Nacional la cuantía máxima del cupo individual se elevara al 40% de su patrimonio técnico cuando el exceso se refiera a la financiación de proyectos de infraestructura, es importante mencionar que se prevé que solo se realizara dicha excepción cuando el FDN no tenga ciertas acreencias.

Por otro lado el Decreto adiciona el numeral 19 al artículo 2.6.12.1.6 del Decreto 2555 de 2010, el cual se refiere a las inversiones de capital privado, estableciendo hasta un 7% para aquellas inversiones que tengan por finalidad invertir en empresas o proyectos productivos en los términos previstos en el Libro 1 de la Parte 3 del decreto o demás normas que lo modifiquen o sustituyan, incluidos los fondos que invierten en fondos de capital privado, conocidos como "fondos de fondos", siempre y cuando dichos instrumentos se destinen al menos dos terceras partes de los aportes de sus inversionistas a proyectos de infraestructura bajo el esquema de asociaciones público privadas.

De igual manera se adiciona el numeral 19 al artículo 2.6.12.1.7 del Decreto 2555 de 2010, el cual se refiere a los límites globales para el fondo de mayor riesgo de los fondos de inversiones privados señalando que será de un 5% siempre y cuando dichos instrumentos se destinen al menos dos terceras partes de los aportes de sus inversionistas a proyectos de infraestructura bajo el esquema de APPs.

Por otro lado el Decreto adiciona el numeral 18 al artículo 2.31.3.1.4 el cual se refiere a las reservas técnicas para la inversión en los títulos o instrumentos admisibles, en el que se fija hasta en un cinco por ciento para aquellos instrumentos que se destinen a al menos dos terceras partes de los aportes de sus inversiones a proyectos de infraestructura bajo el esquema de asociaciones público privadas.

Para finalizar el Decreto adiciona el parágrafo 2 al artículo 3.3.1.1.2 del Decreto 2555 de 2010, el cual define que se entiende por fondos de capital privado, este nuevo parágrafo señala que los activos emitidos para la financiación de proyectos de infraestructura bajo el esquema de APP, se computaran para el límite de las dos terceras partes de los aportes de sus inversionistas a la adquisición de activos o derechos de contenido económico incluidos aquellos valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores (RNVE).

Señala el Decreto que en todo caso los fondos de capital privados podrán invertir en deuda emitida por un concesionario constituido para desarrollar un proyecto de infraestructura bajo el esquema de APPs, en forma directa o indirecta a través de un patrimonio autónomo o una universalidad.

## 2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

### 2.1 Acción procedente contra un acto previo

En días pasados el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación 25000-23-26-000-2000-01014-01 (27891) dirimió el conflicto relacionado con la acción procedente contra un acto previo.

La Sala señala que el Código Contencioso Administrativo, artículo 87 disponía que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual eran demandables mediante la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según fuera el caso, dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.

El mencionado artículo de igual manera se señala que una vez celebrado el contrato, los actos previos no pueden ser cuestionados sino mediante la acción contractual toda vez que su ilegalidad solo puede invocarse sino como fundamento de la nulidad absoluta del contrato.

La Sala concluye que si bien el acto de adjudicación es un acto previo a la celebración del contrato, donde la acción de nulidad y restablecimiento de derecho es procedente, en caso de que se haya celebrado el contrato como es el caso objeto de análisis, la única acción procedente es la acción contractual, donde se puede pedir no solo la nulidad de los actos administrativos previos si no también la nulidad absoluta del contrato.

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