

A photograph of a multi-story building under renovation. The facade is covered in a complex network of red metal scaffolding. Three construction workers, wearing orange safety vests and dark clothing, are visible on different levels of the scaffolding. The building has ornate architectural details, including windows with decorative frames and a balcony with a wrought-iron railing. The sky is a clear, deep blue. The overall scene is one of active construction in an urban setting.

BOLETÍN ÁREA DE INFRAESTRUCTURA

Mayo
-
2023



POSSE | HERRERA | RUIZ

CONTENIDO

1. Nuevas Oportunidades de negocio

- La Dorada Chiriguaná Obra Pública.
- IP Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

2. Proyectos de interés

- IP Caño Alegre – Ruta del Agua.
- IP Rafael Núñez.
- Línea 2 metro Bogotá.
- Troncal Calle 13.
- Corredor Verde séptima.
- Ptar Canoas.

3. Temas jurídicos de interés

- Concepto C-926 de 2022 Colombia Compra Eficiente – Puntaje por discapacidad.
- Sentencia 62400 de 2023 Consejo de Estado – Renuncias a reclamaciones al momento de suscribir modificaciones contractuales.
- Concepto C-907 de 2022 Colombia Compra Eficiente – Inalterabilidad de los documentos tipo.
- Concepto C-865 de 2022 Colombia Compra Eficiente – Requisitos habilitantes diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres.
- Concepto C – 080 de 2022 Colombia Compra Eficiente – Entidades de Régimen especial y consideraciones sobre sus manuales de contratación.
- Declaratoria de inexequibilidad del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022

BOLETÍN:

ÁREA DE INFRAESTRUCTURA

1. Nuevas oportunidades de negocio

Obra pública corredora la Dorada – Chiriguaná.

La ANI publicó el pasado 3 de abril los pliegos de condiciones definitivos del proyecto de obra pública del corredor la Dorada – Chiriguaná, que permitirá garantizar la operatividad del corredor férreo por 12 meses, de manera tal que se compagine con el actual proceso de estructuración y adjudicación de la concesión férrea sobre el mismo trayecto. Los interesados podrán presentar su oferta hasta el 12 de mayo.

IP Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés

Este proyecto, que está comprendido dentro de aquellos denominados de 5G, y que es una APP de Iniciativa Privada, busca intervenir y modernizar la infraestructura existente, alcanzando así los estándares nacionales e internacionales recomendados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), el Manual de Referencia de Diseño de Aeropuertos de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA) y el Reglamento Aeronáutico de Colombia (RAC).

El originador de proyecto es el Consorcio Infraestructura Colombia Grupo APPS SP Ingenieros y cuenta con un CAPEX de \$0.29 billones COP (\$64 millones USD aproximadamente). Actualmente, la factibilidad del proyecto está siendo estudiada por las autoridades competentes y se espera que se apruebe en el mes de junio de 2023.

2. Proyectos de interés

IP Caño Alegre – Ruta del Agua.

Esta Iniciativa Privada que continúa en revisión de su Etapa de Factibilidad por parte de la ANI, cuyo originador es la Estructura Plural Ruta del Agua, conformada por MHC, Concreto S.A., Castro Tcherassi S.A. – Procopal S.A. El Proyecto tiene como propósito intervenir más de 135 kilómetros de vía, conectando el oriente antioqueño con el centro del país. Se espera que para el mes de mayo se abra el proceso de selección de manifestación de interés de terceros.

IP Aeropuerto Rafael Núñez – Cartagena. .

Actualmente se encuentra en trámite de convocatoria pública de manifestación de interés por parte de la ANI, espera recibir, según cronograma, las respectivas manifestaciones de interés el día 19 de mayo del año en curso.

Línea 2 del Metro de Bogotá.

El proyecto insignia de la administración distrital, que pretenderá conectar de manera subterránea el oriente y el occidente de la ciudad, recibió a principios del mes de abril la contragarantía de la Nación, que permitirá, a su vez, alcanzar los créditos necesarios para la financiación del proyecto. Se espera que, con este avance, la Empresa Metro de Bogotá inicie el proceso de contratación para el mes de mayo de 2023.

Troncal Calle 13

El proyecto está dividido en cuatro procesos licitatorios. El primer y segundo proceso que corresponden a los tramos 1, 2 y 3 ya fueron adjudicados. Por otro lado, el tercer proceso que corresponde a los tramos 3 y 4 se declaró desierto luego de no recibir ofertas. Por último, para el proceso del tramo 5 se espera que se abra un proceso de selección abreviada en el mes de mayo, una vez se logre tener la disponibilidad predial para ejecutarlo.

Corredor verde de la carrera 7ma

El proyecto de intervención planteada para modernizar, redistribuir el tráfico e impactar en la movilidad de uno de los principales corredores viales de la capital continúa su trámite. Pese a demoras en la apertura del proceso licitatorio, debido a diferentes reparos de la ciudadanía y algunas entidades, el Instituto de Desarrollo Urbano plantea la apertura del proceso licitatorio en mayo de 2023, el cual tendrá inversiones superiores a los 2.5 billones de pesos, que buscarán remodelar el transporte y la experiencia alrededor de 22 kilómetros de vía.

3. Temas jurídicos de interés

Concepto C-926 de 2022 Colombia Compra Eficiente – Puntaje personas con discapacidad

En reciente pronunciamiento, Colombia Compra Eficiente estudió, entre otros asuntos, el otorgamiento de puntaje adicional por personas con discapacidad y su acreditación a través del formato 8 de los documentos tipo.

En primera instancia, indicó que la Ley Estatutaria 1618 de 2013 ordenó al gobierno nacional expedir un reglamento tendiente a determinar el otorgamiento de puntaje adicional a las empresas en cuya planta existiera personal en situación de discapacidad, lo cual fue materializado a través del Decreto 392 de 2018, regulando el deber de las entidades estatales de otorgarlo en los procesos de licitación pública y concurso de méritos. Lo anterior, en el sentido de brindar el 1% del total de los puntos establecidos a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad, de conformidad con dos requisitos, a saber: (1) certificación del número total de trabajadores vinculados a la planta a la fecha de cierre, expedida por la persona natural, representante legal o revisor fiscal de la persona jurídica, aclarando que, si se trata de estructuras plurales, este requisito debe ser acreditado por el integrante que aporte más del 40% de la experiencia; y (2) certificado expedido por el Ministerio del Trabajo que acredite el número mínimo de personas con discapacidad.

Ahora bien, precisó Colombia Compra Eficiente que toda vez que los señalados requisitos se aplican a los concursos de méritos y a las licitaciones públicas, entonces también aplican a las licitaciones para obras públicas de infraestructura de transporte que se maneja con Documentos Tipo, los cuales prevén la acreditación del número mínimo de personas con discapacidad a través de: (1) el "Formato 8 – Vinculación de personas con discapacidad" en el cual se certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta, firmado por la persona natural, representante legal o revisor fiscal de la persona jurídica; y (2) el certificado expedido por el Ministerio del Trabajo que acredite el número mínimo de personas con discapacidad en planta. Por lo tanto, para este tipo de procesos se estandarizó la forma de acreditar el primer requisito previsto en el Decreto 392.

Indica el Concepto que, los documentos exigidos constituyen una tarifa legal probatoria para demostrar la calidad que se alega y, en consecuencia, poder hacerse el proponente acreedor del puntaje, de modo que corresponde a este presentarlos en debida forma junto con sus respectivos soportes. Por lo tanto, las entidades deben abstenerse de solicitar documentos adicionales a los señalados por el legislador. Sin embargo, señaló la Agencia de Contratación que, en el evento en que los documentos con que se acredita el requisito presenten diferencias entre sí, la entidad cuenta con la facultad de solicitar aclaraciones, la cual puede ejercer desde el momento del cierre y hasta antes de la adjudicación.

Sentencia 62400 de 2023 Consejo de Estado – Renuncias a reclamaciones al momento de suscribir modificaciones contractuales

Mediante sentencia del 26 de enero de 2023, la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el marco del expediente 62.400, estudió una demanda de controversias contractuales que giraba en torno a la discusión sobre la ocurrencia de un desequilibrio económico en cabeza del contratista demandante con ocasión de distintas situaciones que condujeron al aumento de costos de transporte, mano de obra y maquinaria para la ejecución del contrato; así como de la mayor permanencia por el tiempo de suspensión del contrato y la definición de la liquidación del contrato.

Al llevar a cabo el análisis de lo sucedido, la señalada corporación concluyó que no había lugar a duda de que en la totalidad de las actas de suspensión, en las prórrogas y en las adiciones del contrato, el contratista renunció expresamente, y de manera libre y autónoma, a presentar reclamación judicial o extrajudicial por cuenta de mayores costos (siendo este un derecho o interés de libre disposición).

Lo anterior –señaló el Consejo de Estado– constituyó una determinación consciente y voluntaria (puesto que no obró prueba de lo contrario en el expediente) que conllevó a la imposibilidad del demandante de pretender el reconocimiento de perjuicios económicos derivados de los hechos que originaron las señaladas suspensiones y prórrogas. De este modo, precisó la Sala que la renuncia a reclamar ya sea judicial o extrajudicialmente, consignada en los señalados documentos contractuales tiene efecto vinculante, por lo cual no existió una razón para invalidar la voluntad de las partes. Ello teniendo en cuenta además que el artículo 5° de la Ley 80 de 1993 prohibió expresamente a las entidades contratantes condicionar las adiciones o prórrogas de los contratos a la renuncia de presentar reclamaciones por tales conceptos.

Concepto C-907 de 2023 Colombia Compra Eficiente – Documento

Mediante Concepto C-907 del 05 de enero de 2023 la Agencia Colombia Compra Eficiente indicó que, particularmente, la Ley 1882 de 2018 es el antecedente próximo de la expedición de documentos tipo con alcance obligatorio, puesto que –a partir de la misma– se determinó la obligatoriedad por parte de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) de aplicar los documentos tipo adoptados por el gobierno nacional, bajo los siguientes criterios:

- La adopción de los documentos tipo estaba en cabeza del Gobierno Nacional;
- Los documentos tipo debían relacionarse con procesos de obra públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños; y consultoría en ingeniería para obras;
- Eran de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades sometidas al EGCAP;
- En ellos se indicarían las condiciones generales de los requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según correspondiera para cada modalidad de selección;
- El Gobierno Nacional tenía la facultad de adoptar documentos tipo en otros contratos o procesos de selección; y
- Los documentos tipo serían adoptados por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación.

Ahora bien, más adelante, mediante la Ley 2022 de 2020 se asignó directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la facultad para adoptar los documentos tipo.

Así las cosas, de conformidad con lo mencionado, los documentos tipo adoptados son obligatorios para las entidades estatales cuyos contratos se rijan por el EGCAP, que adelanten procesos de contratación mediante la modalidad que establecen los documentos tipo para cada sector y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación determinado en la matriz de experiencia de cada documento tipo.

Finalmente señaló que los documentos tipo están constituidos por un documento principal llamado “Pliego de Condiciones Tipo” o “Documento Base” que constituye la columna vertebral de los mismos, el cual se acompaña de los siguientes documentos:

- Anexos: los cuales incluyen los aspectos particulares de la obra, sin que sea posible incluir aspectos contrarios a los documentos tipo.
- Formatos: los cuales son documentos que debe diligenciar el proponente y que hacen parte de su oferta.
- Matrices: se trata de documentos que debe incluir la entidad dentro de los Documentos del Proceso de acuerdo con el sector en el que se ejecute la obra pública.
- Formulario de Presupuesto Oficial: el cual contiene tres formularios, a saber: uno en el que la Entidad estructura el Presupuesto Oficial del Proceso de Contratación; otro, mediante el cual el oferente elabora la propuesta económica; y el tercero, través del cual el contratista, al inicio de la ejecución, presenta el análisis de los precios unitarios al interventor del Contrato.

Concepto C-865 de 2022 Colombia Compra Eficiente – Requisitos habilitantes diferenciales para los emprendimientos y empresas de mujeres

Mediante Concepto C-865 de 2022, Colombia Compra Eficiente reseñó que en el año 2020 fue proferida la Ley 2069, mediante la cual se impulsa el emprendimiento en el país. Esta ley tiene por objeto establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento, el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas con el objetivo de aumentar el bienestar social y generar equidad.

Así las cosas, bajo dicho marco, y particularmente en lo que respecta a los emprendimientos y empresas de mujeres, dicha ley previó criterios diferenciales (que abarcan requisitos diferenciales y puntajes adicionales) para emprendimientos y empresas de mujeres en el sistema de compras públicas, contenidos en el artículo 32 de la misma.

De este modo, y de conformidad con la ley, dichos criterios son aplicables a los procesos de licitación pública, selección abreviada de menor cuantía y concurso de méritos, descartando las demás modalidades de selección del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; sin perjuicio de extenderse a todos los procedimientos competitivos que realicen las entidades estatales no sometidas a la Ley 80 de 1993.

Así pues, el artículo 32 antes señalado fue desarrollado por el Decreto 1860 de 2021, por medio del cual se estableció la posibilidad de unos requisitos habilitantes diferenciales para incentivar emprendimientos y empresas de mujeres, menos rigurosos respecto a los contemplados para los otros proponentes. De este modo, para el efecto de los requisitos habilitantes previstos en el pliego de condiciones, los mismos pueden ser menos exigentes para los emprendimientos y empresas de mujeres, siendo estos los siguientes: : i) tiempo de experiencia, ii) número de contratos para la acreditación de la experiencia, iii) índices de capacidad financiera, iv) índices de capacidad organizacional y v) valor de la garantía de seriedad de la oferta.

Además, en lo referente al puntaje, prevé dicho cuerpo normativo el otorgamiento de un puntaje adicional de hasta de cero punto veinticinco por ciento (0,25%) del valor total de los puntos establecidos en los pliegos de condiciones o documento equivalente, a los proponentes que acrediten ser emprendimiento o empresa de mujeres.

Concepto C – 080 de 2022 Colombia Compra Eficiente – Entidades de Régimen especial y consideraciones sobre sus manuales de contratación

En concepto del 17 de marzo de 2022, la Agencia de Contratación pública se refirió a un asunto ampliamente tratado por la jurisprudencia y la doctrina, reiterando así, ciertas consideraciones importantes frente a las denominadas entidades de régimen especial. Sin embargo, el Concepto, luego de reiterar que tal régimen supone que las entidades sometidas al mismo, no están sujetas a los procedimientos contractuales dispuestos en la normativa de contratación pública, y que se rigen es por el derecho privado, procede a resaltar algunas consideraciones sobre el elemento de aplicación de las normas civiles y comerciales en tales entidades a sus procesos, que vale la pena exaltar.

La primera, es que, no obstante el régimen jurídico aplicable a los procedimientos contractuales de las entidades de régimen especial es el de derecho privado, éstas no son ajenas a observar y aplicar algunos criterios desarrollados en normativa de derecho público. Así pues, y como lo dispone la Ley 1150 de 2007, las entidades de régimen especial están sujetas al control fiscal, en cuanto los recursos que gestionan las mismas tiene carácter de recursos públicos.

Adicionalmente, y más importante para los fines de esta reseña, es que las entidades de régimen especial deben aplicar en sus procedimientos contractuales los principios rectores de la contratación estatal, descritos en la ley 80 de 1993. Colombia Compra Eficiente conceptúa que la forma idónea que tales entidades cumplan con este objetivo es a través de la expedición de sus manuales de contratación, los cuales, incorporen tales principios.

Así las cosas, atendiendo los principios de transparencia y economía, previstos en artículo 23 del Estatuto de Contratación Pública, los manuales de contratación deberán establecer de manera clara criterios que permitan a los ciudadanos conocer ¿cuáles son los procedimientos de selección de la entidad? ¿cuáles son los criterios para aplicar unos u otros? ¿cuáles etapas han de aplicarse a los procesos? ¿cuáles son los criterios de evaluación y desempate? etc. En tal sentido, lo antes mencionado reconoce que las entidades de régimen especial siguen teniendo una afectación directa por las consideraciones de derecho público, que impregnan sus procedimientos, y asignan la responsabilidad a sus órganos directivos de compaginar el derecho público y el privado.

En lo que compete a este asunto, cierra el concepto realizando una aclaración fundamental, consistente en que los manuales de contratación son actos administrativos, manifestación unilateral que tiene vocación de permanencia en el tiempo, desplegando sus efectos de manera indefinida hacia el futuro que no busca agotarse con una sola aplicación. Por tal condición, las reglas establecidas en tales manuales son de obligatorio cumplimiento para estas entidades, y al ser un acto administrativo, le aplican los atributos propios de estos conceptos jurídicos, es decir: 1. se presumen legales, 2. Le aplica la regla de inderogabilidad singular, ya que vincula a la propia entidad y sus funcionarios no pueden desconocerlo a su capricho.

Por lo anterior, se concluye la necesaria obligación legal de expedir y acatar las consideraciones de los manuales, pero, además, su naturaleza jurídica que despliega varias implicaciones sobre su observancia y ejecutoria

Declaratoria de inexequibilidad del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022

El artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 establecía que cualquier particular que participe, contribuya o incida directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público será sujeto de responsabilidad fiscal en los términos de la Ley 610 de 2000 y otras normas relacionadas con este tema.

Además, se especificaba que, aunque no fuesen gestores fiscales, los particulares que, con intención dolosa o gravemente culposa, causaran daños a los bienes públicos (inmuebles o muebles), serían responsables por los daños causados.

Asimismo, se indicaba que una vez se iniciara una investigación penal, la Fiscalía General de la Nación informaría al órgano de control fiscal competente y a la Procuraduría General de la Nación acerca del caso y les proporcionaría copias relevantes de la información.

Este artículo fue declarado inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional en la Sentencia C-438 del 30 de noviembre de 2022, cuyo ponente fue el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najjar. Recientemente, la Corte ratificó dicha decisión en la Sentencia C-449 del 7 de diciembre de 2022, en la que resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia precedente.

A continuación, explicamos los fundamentos de la decisión de la declaratoria de inexecutable, y los efectos materiales que produjo esta providencia.

El 29 de marzo de 2022, el ciudadano Martín Alonso García Agudelo presentó demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “sin ser gestores fiscales” del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, “por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”, al estimar que vulneraba los artículos 4, 29, 119, 267, 268 numeral 5, y 272 de la Constitución Política.

El demandante sostiene que la expresión en la norma es inconstitucional porque la Contraloría General de la República, entidad encargada de la vigilancia y control del gasto público, es un órgano autónomo e independiente, y solo tiene la potestad de ejercer la jurisdicción coactiva contra servidores públicos o particulares que manejen fondos o bienes del Estado. Por lo tanto, los particulares que no son gestores fiscales y causen daños al patrimonio público no pueden ser sujetos de responsabilidad fiscal, ya que su actuación no se ajusta a un acto de gestión fiscal ni hacen parte de la administración pública.

La Corte Constitucional, tras escuchar las opiniones de varios expertos tanto en el sentido de declarar la executable como la inexecutable de la norma demandada, decidió, como cuestión preliminar, realizar la integración de la unidad normativa con la proposición completa del artículo 37 para referirse a todos los aspectos de la norma.

Posteriormente, planteó el siguiente problema jurídico a resolver: ¿Desborda las competencias atribuidas a la Contraloría General de la República, facultarla para tramitar procesos de responsabilidad fiscal en contra de particulares que, sin tener la calidad de gestores fiscales, participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio del Estado, representado, además, en sus bienes muebles e inmuebles?

La Corte encontró que la norma es inconstitucional porque transgrede los principios fundamentales del modelo de Estado colombiano, el cual asigna competencias específicas a los órganos que integran el poder público. El citado artículo, según la Corte, otorga facultades a la Contraloría General de la República que no le corresponden, al permitir que se establezca la responsabilidad fiscal de particulares que no realizan gestión fiscal por habilitación legal, administrativa o contractual.

La Corte sostuvo que la vigilancia y el control fiscal deben estar circunscritos a la gestión fiscal que se ejerce previa habilitación legal, administrativa o contractual, y que se cumple mediante el recibo, percepción, entrega, administración, manejo, destinación o disposición de recursos y bienes de naturaleza pública. Por lo tanto, la norma es contraria a los postulados constitucionales que definen las competencias específicas de los órganos de control fiscal.

La Corte también destaca que existen otros mecanismos judiciales y policivos para obtener el resarcimiento del patrimonio público por parte de particulares que causen daño a bienes muebles o inmuebles que integran el patrimonio público, tales como el deber de las entidades públicas de promover el medio de reparación directa o los procesos judiciales ante la justicia penal o la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, la Corte declaró la inexecutable del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 por ser contrario a los artículos 4, 119, 267, 268-5 y 272 de la Constitución Política de Colombia. Además, la corporación también declaró inexecutable la remisión de la noticia criminal por parte de la Fiscalía a la Contraloría y la Procuraduría, dado que pierde su razón de ser al desaparecer la primera parte del artículo objeto de estudio.

Efectos Materiales

La decisión de la Corte Constitucional de declarar la inexecutable del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 tiene varios efectos materiales importantes, veamos:

Se elimina la disposición que permitía la atribución de responsabilidad fiscal a particulares que no realizaban gestión fiscal, es decir, que no tienen una responsabilidad directa en la administración de recursos y bienes públicos. Esto significa que la Contraloría General de la República y otros órganos de control fiscal no podrán hacer uso de esta facultad para establecer responsabilidades fiscales en contra de particulares que no tengan esta responsabilidad directa, y la competencia para perseguir estas conductas recae, nuevamente, sobre la Fiscalía General de la Nación, principalmente.

La decisión de la Corte también establece una interpretación clara sobre la responsabilidad fiscal y su relación con la gestión fiscal. La gestión fiscal es la razón o causa en virtud de la cual la Constitución y la ley han previsto establecer responsabilidad fiscal, lo que significa que sin gestión fiscal no se puede establecer responsabilidad fiscal. Este es un principio importante que debe ser respetado por todos los órganos de control fiscal en el país. Lo anterior, quiere decir que la decisión, materialmente, protege los derechos y garantías de los particulares que no ejercen gestión fiscal, al sustraerlos del alcance de la acción administrativa mencionada.

BOLETÍN ÁREA DE INFRAESTRUCTURA

Este boletín es de carácter informativo.
No constituye asesoría legal ni representa
la posición de la firma frente a los temas
tratados.

Para más información, puede
comunicarse con:

José Alejandro Torres

josealejandro.torres@phrlegal.com

Cristina Vásquez

cristina.vasquez@phrlegal.com