



Iglesia La Ermita,
Cali

CAPÍTULO

CONTRATACIÓN
ESTATAL





CONTRATACIÓN ESTATAL

Cinco cosas que un inversionista debe saber sobre la contratación estatal en Colombia:

1. En Colombia, la selección objetiva es el principio rector de la contratación estatal como medio para lograr los fines del Estado. Ello implica que las entidades públicas deben siempre escoger la oferta más favorable para el interés general. Otros principios constitucionales aplicables a la contratación estatal son el debido proceso, la libre competencia, la economía, la transparencia y la publicidad en el procedimiento y comunicaciones, la igualdad, la celeridad y la eficiencia del procedimiento, la responsabilidad y la imparcialidad en las acciones y decisiones del Estado.

2. Los extranjeros pueden participar en los procesos de selección para contratar con entidades estatales, sin restricción alguna. Adicionalmente, en ciertos casos los proponentes extranjeros pueden participar en las mismas condiciones que un colombiano, es decir, pueden obtener trato nacional. De acuerdo con la ley, las entidades estatales deben conceder trato nacional: (i) a los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga acuerdos comerciales, (ii) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un acuerdo comercial pero respecto de los cuales

el Gobierno haya certificado que gozan de trato nacional con base en la normativa de dichos Estados y (iii) a los servicios prestados por oferentes de la Comunidad Andina. Cuando existen acuerdos comerciales entre estados quiere decir que hay tratados internacionales vigentes celebrados por Colombia, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe un compromiso de trato nacional para los proponentes, bienes y servicios de origen extranjero.

Para que el Estado colombiano certifique que los oferentes de bienes y servicios nacionales gozan de trato nacional en el punto (ii) anterior, será necesario hacer una revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública del estado de donde provienen los bienes y servicios.

3. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, están obligadas a registrarse en el Registro Único de Proponentes (RUP). Sin embargo, los extranjeros sin sucursal ni domicilio en Colombia no están obligados a hacerlo.

4. Los proponentes y contratistas deben constituir una garantía de seriedad de su oferta y una garantía



única para el cumplimiento de las obligaciones que surgen con ocasión del contrato, respectivamente, salvo que se trate de contratos de crédito, contratos de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

5. En Colombia los inversionistas privados pueden presentar iniciativas privadas para desarrollar asociaciones público privadas (APP), ya sea que se requieran o no recursos públicos para su ejecución. Si el proyecto es de iniciativa privada, los recursos estatales no podrán exceder el treinta por ciento (30%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto.¹ Para estos efectos se entiende por recursos públicos aquellos provenientes del presupuesto general de la Nación, del presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros fondos públicos, tales como el Sistema General de Regalías.

11.1. Aspectos generales

En Colombia, la normatividad de la contratación pública ha sido expedida como el medio para lograr los fines del Estado a través de la colaboración de los

¹De conformidad con la modificación incorporada en el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015 en los proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada que requieran recursos públicos, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al treinta por ciento (30%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto. En el caso de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al veinte por ciento (20%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

particulares quienes en virtud de dichos contratos desempeñan una función social con sus correlativas obligaciones.

11.2. Ámbito de aplicación de la normatividad de contratación estatal

Por regla general, todas las entidades estatales públicas se encuentran cobijadas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y normas complementarias), salvo algunas excepciones como el caso de instituciones financieras, empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas sociales del estado o empresas de economía mixta donde el Estado tenga el cincuenta por ciento (50%) o menos de la propiedad accionaria, las cuales tienen un régimen privado de contratación. En cualquier caso, las entidades con régimen privado de contratación deben regir sus procesos de selección con base en los principios de la función administrativa (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), de la contratación pública y de la administración fiscal.

11.3. Las partes en los contratos estatales

Los sujetos que intervienen en la contratación estatal son: de un lado la entidad pública contratante y de otro el contratista, ya sea una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, un



grupo de personas asociadas mediante figuras similares al “joint venture” como el consorcio y la unión temporal o una promesa de sociedad futura (denominados proponentes plurales).

Las personas nacionales o extranjeras que deseen celebrar contratos con las entidades estatales deben acreditar principalmente la capacidad legal para presentar oferta y celebrar el contrato, de conformidad con la normatividad que les es aplicable en sus países de origen. Igualmente, deben acreditar la experiencia, capacidades técnicas y financieras requeridas para ejecutar la actividad de que trata el contrato a adjudicar, requisitos los cuales dependen de cada proceso de selección en particular. Los interesados no deben encontrarse en las causales legales de inhabilidad o incompatibilidad que limiten su capacidad para contratar con el Estado (para mayor información al respecto, remitirse a la sección 11.4 de este capítulo).

En cuanto a proponentes plurales, existe un consorcio cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración, y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato (incluyendo las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato). Por su parte, se estará en presencia de una unión temporal en los mismos supuestos del consorcio, con la diferencia de que las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y

del contrato serán impuestas de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Otras alternativas de orden corporativo para presentar ofertas a una entidad estatal son: (i) la promesa de sociedad futura en la que las partes presentan un documento de intención de constituir una sociedad una vez el contrato se les adjudique; y (ii) la constitución de vehículos de propósito único, constituidos para la celebración y ejecución del contrato estatal. En estos casos, la responsabilidad de los socios de la sociedad de propósito único generalmente es igual a la de los consorcios.

Finalmente, las entidades sin ánimo de lucro podrán de igual forma ser adjudicatarios de contratos de esta naturaleza, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones:

a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, por medio de los cuales se busque exclusivamente promover los de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;

b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor



de la Entidad ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato;

c) Que no exista oferta en el mercado de bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo.

En todo caso, el contratista deberá acreditar reconocida idoneidad y experiencia en el desarrollo de dichos programas. De acuerdo con el Decreto 092 de 2017, la entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. La entidad estatal deberá definir las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro en los documentos del proceso de selección.

11.4. Inhabilidades e incompatibilidades

Son situaciones fijadas exclusivamente en la ley que limitan la capacidad de los oferentes para contratar con el Estado. Tienen como propósito proteger los principios de moralidad, transparencia e igualdad en la contratación pública. Las inhabilidades e incompatibilidades han

sido definidas como aquellos requisitos y limitaciones para el contratista que buscan evitar que los intereses particulares interfieran con las funciones públicas. Por un lado, las inhabilidades son aquellos impedimentos para contratar con una entidad estatal que se aplican a una persona que no es servidor público. Por otro lado, las incompatibilidades consisten en prohibiciones de efectuar determinada contratación, por parte de una persona que ocupa u ocupó un cargo de servidor público.

Al ser limitaciones o impedimentos para contratar con el Estado, las inhabilidades e incompatibilidades deben estar expresamente señaladas en una ley y no pueden interpretarse de manera amplia o aplicar a situaciones analógicas.

Algunas de las causales de inhabilidad previstas en ley son: i) quienes hayan dado lugar a la declaratoria de caducidad; ii) quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado; iii) quienes hayan sido condenados judicialmente a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución; iv) las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional; v) tener la calidad de servidor público, entre otras.

Por su parte, son incompatibles para celebrar contratos estatales las siguientes personas: i) quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante a nivel directivo, asesor o ejecutivo dentro del año anterior; y ii) las personas que tengan



vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Igualmente, pueden ocurrir inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes.

Para mayor información al respecto, remitirse al literal (e) de la sección 11.9 del presente capítulo.

11.5. Registro Único de Proponentes (RUP)

Es un registro obligatorio y público que tienen que efectuar todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, salvo las excepciones establecidas en la ley.

El registro debe hacerse ante la cámara de comercio del domicilio principal del interesado, entidad que debe verificar la información suministrada por los interesados en el formulario de inscripción, renovación o actualización de forma tal que la información suministrada coincida con la información contenida en los documentos requeridos para dicha inscripción, renovación o actualización de acuerdo con la ley (v.gr. certificados de experiencia, estados financieros, certificados del representante

legal o revisor fiscal, entre otros). Una vez esta información sea verificada, las cámaras de comercio deben proceder con el registro.

El RUP es el único documento necesario para demostrar las circunstancias que en él se hagan constar y que hayan sido previamente verificadas por las cámaras de comercio. Estas entidades verifican los requisitos habilitantes de los proponentes, tales como: (i) experiencia, (ii) capacidad jurídica, (iii) capacidad financiera y (iv) capacidad organizacional para la participación en el proceso de selección. Estos requisitos habilitantes no otorgan puntaje.

La renovación del RUP deberá realizarse por todos los proponentes anualmente, a más tardar el quinto (5) día hábil del mes de abril de cada año. De lo contrario, cesan los efectos de la inscripción en el RUP.

Para el caso de proveedores que se hayan incorporado en Colombia con no más de tres (3) años de anterioridad, los mismos podrán acreditar ante el RUP su experiencia con base en la experiencia de sus socios o accionistas, asociados o constituyentes.

En todo caso el RUP no es necesario para contratar con entidades estatales en los siguientes eventos:

- *En los casos de contratación directa.*
- *Contratación que no supere el 10% de la menor cuantía de la respectiva entidad (Contratos de mínima cuantía).*



- *Contratos de prestación de servicios de salud.*
- *Contratos de concesión de cualquier índole.*
- *Contratación para la enajenación de bienes del Estado.*
- *En los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas.*
- *Actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.*
- *Cuando las personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o las personas jurídicas extranjeras que no tengan sucursal establecida en Colombia aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales.*

En los anteriores eventos y para los interesados extranjeros, le corresponde a las respectivas entidades estatales contratantes, cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

11.6. Modalidades de selección del contratista

Para garantizar los principios de igualdad, libre competencia, transparencia y de selección objetiva, se han establecido una serie de modalidades de selección con el fin de que las entidades públicas puedan garantizar la escogencia de la mejor oferta.

Las modalidades de selección establecidas son: la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa y la contratación de mínima cuantía.

(a) Licitación pública

Es el procedimiento que aplica por regla general, salvo que la ley establezca la aplicación de otra modalidad de selección. Se trata de un procedimiento a través del cual se hace una invitación pública por parte de una entidad estatal para que los interesados en contratar con ella presenten sus propuestas, de las cuales se elige la más favorable para los fines y necesidades de la entidad, con sujeción a unas bases y condiciones establecidas por la entidad pública licitante en un documento denominado pliego de condiciones.

Los procesos licitatorios deben seguir el siguiente procedimiento:



En los procesos de licitación se tienen como mínimo diez (10) días hábiles para presentar observaciones al proyecto de pliego de condiciones.



(b) Selección abreviada

Esta modalidad de contratación consiste en un proceso simplificado de contratación más expedito que la licitación pública. La posibilidad de utilizar la selección abreviada como procedimiento de contratación pública depende de las características del objeto del contrato, las circunstancias de contratación o la cantidad establecida para los bienes, trabajos o servicios a contratar. Específicamente, la selección abreviada se encuentra prevista para los siguientes casos: (i) la adquisición y suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización (ej. papelería, lápices, etc.); (ii) productos con destinación agropecuaria que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; (iii) la contratación de menor cuantía; (iv) los contratos de prestación de servicios de salud; (v) la enajenación de bienes del Estado con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995 (participación estatal en el capital social de cualquier empresa); (vi) los que tengan por objeto las actividades propias de las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta (excepto para contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública); (vii) la contratación de bienes y servicios necesarios para la defensa y seguridad nacional; (viii) cuando se haya abierto licitación pública y esta haya sido declarada desierta; y (ix) los contratos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los

programas de protección de personas en condiciones vulnerables.

En los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

En los procesos de selección abreviada se tendrán cinco (5) días hábiles para presentar observaciones al proyecto de pliego de condiciones.

(c) Concurso de méritos

Es un procedimiento para la selección de consultores y de proyectos de arquitectura, compuesto por una serie de etapas determinadas en la ley y en el que la labor a contratar es un trabajo de índole intelectual. En este procedimiento, la entidad estatal deberá indicar la forma como calificará (i) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y (ii) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo. Por su parte, la entidad estatal debe revisar la oferta económica y verificar que la misma está dentro del valor estimado contenido en los estudios previos y el presupuesto asignado para el contrato.

En el Decreto 1082 de 2015, se encuentra regulada la posibilidad de realizar concurso de méritos abiertos o con precalificación.



En el concurso de méritos se tendrán cinco (5) días hábiles para presentar observaciones al proyecto de pliego de condiciones.

(d) Contratación directa

Es un mecanismo de selección de carácter excepcional, en virtud del cual las entidades públicas pueden celebrar contratos sin necesidad de realizar previamente un concurso abierto de selección. Por este motivo, su aplicación está limitada a ciertas causales establecidas en la ley, como por ejemplo:

- Contratación de créditos.
- Urgencia manifiesta.
- Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.
- Bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI) y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.
- Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.
- Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado. Es decir, cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser

proveedor exclusivo en el territorio nacional (situación que debe constar en el estudio previo que soporte la contratación).

- Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

(e) Contratación de mínima cuantía

Es un procedimiento expedito que se puede adelantar cuando el valor del contrato es igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad respectiva², independientemente de su objeto.

11.7. Publicidad de la contratación por medios electrónicos

Las entidades estatales deben publicar en el SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública) y/o www.contratos.gov.co la información exigida por la ley relativa a los diferentes procesos de selección que adelanten³, con el propósito de que el público en general tenga conocimiento de estos y puedan formular sus observaciones o presentarse como oferentes a los mismos.

Son componentes del SECOP las siguientes plataformas administradas por Colombia Compra Eficiente:

(f) SECOP I: es la plataforma en la cual las entidades que contratan con cargo a recursos públicos publican los documentos del proceso. Es

²El monto de la menor cuantía de la entidad estatal se actualizará según la vigencia fiscal en que se vaya a realizar el proceso de selección, de acuerdo con la reglas establecidas en el artículo segundo de la Ley 1150 de 2007.

³Salvo los asuntos sometidos expresamente a reserva.



una herramienta exclusivamente de publicidad.

(g) SECOP II: es la plataforma transaccional para gestionar en línea todos los procesos de contratación, con cuentas para entidades y proveedores y vista pública para cualquier tercero interesado en los procesos de contratación pública.

(h) Tienda Virtual del Estado Colombiano: es la plataforma transaccional de comercio electrónico a través del cual las entidades compradoras hacen las transacciones en los procesos de contratación para adquirir (i) bienes y servicios a través de acuerdos marco de precios, (ii) bienes y servicios al amparo de contratos de agregación de demanda y (iii) bienes en la modalidad de mínima cuantía en grandes superficies.

Las entidades estatales deben publicar la información de sus procesos de contratación en una cualquiera de las plataformas electrónicas del SECOP de acuerdo con la naturaleza de la información a publicar.

Las entidades estatales que aún utilizan el SECOP I, deberán publicar a través del SECOP, todos los documentos del proceso y los actos administrativos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición.

La información registrada por las Entidades en el SECOP II y en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, está disponible en tiempo real en razón a que las

actuaciones del Proceso de Contratación tienen lugar electrónicamente a través de dichas plataformas transaccionales.

11.8. Plan Anual de Adquisiciones

Es obligatorio para las entidades estatales elaborar un Plan Anual de Adquisiciones (PAA) con la lista de bienes, obras y servicios que pretendan adquirir durante el año. El PAA es una herramienta para: (i) facilitar a las entidades estatales identificar, registrar, programar y divulgar sus necesidades de bienes, obras y servicios; y (ii) diseñar estrategias de contratación basadas en agregación de la demanda que permitan incrementar la eficiencia del proceso de contratación.

En el PAA la entidad debe señalar (a) los bienes, obras y servicios que ha identificado plenamente como necesarios, y (b) las necesidades que ha identificado pero que desconoce el producto preciso que las satisface, caso en el cual debe incluir la descripción de la necesidad y los posibles códigos de los bienes y servicios que podrían suplir la necesidad. En el escenario (a) anterior, la entidad estatal debe identificar dichos bienes, obras y servicios utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la entidad estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada de inicio del proceso de selección.

Este PAA se debe publicar en la página web de la entidad y en el SECOP, y debe ser elaborado de acuerdo con los lineamientos y el formato previsto



por Colombia Compra Eficiente en su “Guía para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones”. Por medio de esta herramienta se conoce y da mayor publicidad sobre las compras a ser efectuadas por cada entidad de forma anual.

11.9. Contenido y perfeccionamiento del contrato estatal

Está compuesto por el documento del contrato suscrito con sus correspondientes modificaciones y anexos, los pliegos de condiciones, las modificaciones a los pliegos de condiciones, estudios previos, matriz de riesgos, la propuesta presentada por el proponente adjudicatario, así como por todos los demás documentos expedidos durante el proceso de selección del contratista. Así, los contratos estatales se componen de un grupo de documentos que rigen la relación contractual.

Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve por escrito. En este sentido, las modificaciones hechas al contrato existente deben hacerse con la misma solemnidad requerida para el contrato inicial, es decir, de forma escrita.

(a) Adiciones al contrato

La ley de contratación estatal establece algunos requisitos específicos frente a modificaciones y adiciones a los contratos estatales:

- **Límites:** por lo general, los contratos que celebren las entidades

estatales no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- **Publicidad:** las modificaciones o adiciones deben ser publicadas en el SECOP II de forma tal que pueda garantizarse la publicidad general del acto.

- **Certificado de disponibilidad presupuestal:** cada vez que una adición al contrato requiera de un presupuesto adicional, será necesario que la entidad estatal emita un certificado de disponibilidad presupuestal antes de que se realice la modificación.

- **Extensiones y modificaciones a contratos de APP:** las extensiones pueden ser otorgadas por los asuntos que se relacionan directamente con el objeto del contrato, pero sólo después de los primeros tres (3) años de plazo y antes de la terminación de las primeras tres cuartas partes (3/4) de la duración inicial del contrato. Por su parte, cuando la APP sea de iniciativa privada, la extensión de la duración del contrato junto con los recursos adicionales otorgados no podrán superar el veinte por ciento (20%) del valor inicial del contrato.

(b) Garantías

Quienes presenten oferta en un proceso de selección deben obtener una garantía de seriedad de la oferta, cuya



cuantía generalmente corresponde al 10% del valor del presupuesto de la oferta, aunque este porcentaje puede disminuir en procesos de grandes cuantías (cuando ésta sea superior a un millón (1.000.0000) de salarios mínimos legales mensuales vigentes). Asimismo, a los adjudicatarios se les exige presentar una garantía única de cumplimiento de las obligaciones que surgen con ocasión del contrato, que cubija diferentes amparos.

En los procesos de contratación estatal, los contratistas podrán otorgar o constituir, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías o varias de ellas simultáneamente: (i) un contrato de seguro contenido en una póliza emitida por una compañía de seguros legalmente autorizada para operar en Colombia; (ii) una garantía bancaria y (iii) un patrimonio autónomo. En el caso de las pólizas de seguros relacionados con los contratos públicos y destinados a proteger los fondos públicos, estas pólizas no deben expirar basadas en la falta de pago de la prima ni por revocación unilateral.

Adicionalmente, en los procesos de contratación, las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia podrán otorgar, como garantías, cartas de crédito “stand by” expedidas en el exterior.

De otro lado, los riesgos que debe amparar la garantía única de cumplimiento son los que se deriven del incumplimiento del contrato; en ese sentido la entidad estatal debe

indicar en los pliegos de condiciones las garantías que exige en cada etapa del contrato o cada periodo contractual teniendo en cuenta las obligaciones del contratista en cada etapa del contrato.

No se exigirá la garantía de seriedad en contratos de crédito, contratos de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía prevista para cada entidad, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

(c) Potestades excepcionales

Son facultades con las que cuentan las entidades estatales en su calidad de contratantes, que son aplicables únicamente cuando el incumplimiento del particular es de tal magnitud que amenaza con la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo o se requiere para la protección del interés general. La utilización de estas potestades busca asegurar la inmediata y continua prestación del servicio.

Estas potestades incluyen la facultad de (i) interpretar unilateralmente el contrato, (ii) modificar unilateralmente el contrato, (iii) terminar unilateralmente el contrato, y (iv) declarar la “caducidad” del contrato si hay incumplimientos contractuales que pueden resultar en la paralización de la prestación del servicio público. Así mismo, se consideran potestades



excepcionales (i) el sometimiento a leyes nacionales y (ii) la reversión cuando se entregan bienes de uso público para su explotación.

La ley establece los contratos en los que es obligatorio pactar cláusulas excepcionales: (i) los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal; (ii) la prestación de servicios públicos; (iii) la explotación y concesión de bienes del Estado; y (iv) en los contratos de obra. En caso de que dichas potestades no sean pactadas en el respectivo contrato, se entenderán incorporadas a él por expresa disposición legal. En los contratos de suministro y prestación de servicios, el pacto de estas facultades es potestativo, y en los demás contratos su inclusión está prohibida.

(d) Multas y cláusula penal

En desarrollo del deber de vigilancia y control que sobre los contratos corresponde a las entidades estatales, estas tienen la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas, con el fin de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones. Igualmente, en caso de incumplimiento del contratista, tienen la facultad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que haya sido pactada en el respectivo contrato.

(e) Cesión del contrato estatal

Los contratos estatales son adjudicados en razón a las calidades del contratista, por lo que una vez

celebrados no pueden cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. Por su parte, de llegar a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este deberá ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este debe ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante. En todo caso, no puede haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Para que la entidad contratante pueda aprobar la cesión del contrato, el cesionario debe cumplir con todos los requisitos exigidos por los pliegos de condiciones del contrato adjudicado.

(f) Forma de pago

En los contratos que celebren las entidades estatales se puede pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no puede exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato. En este sentido, Colombia Compra Eficiente ha distinguido entre el anticipo y el pago anticipado: “el anticipo es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que los recursos girados por dicho concepto solo se integran al patrimonio



del contratista en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato. El pago anticipado es un pago efectivo del precio de forma que los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso”⁴.

De acuerdo con el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en los contratos de obra, concesión, salud y los que se realicen por licitación pública y siempre que no sean de menor o mínima cuantía, el contratista debe constituir un contrato de fiducia mercantil irrevocable para el manejo de los recursos que recibe a título de anticipo con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente.⁵

Otras reglas aplicables al manejo de los anticipos son las siguientes:

- Los pliegos de condiciones deben definir si habrá lugar a la entrega de anticipo y, en caso afirmativo, indicar su valor y tener en cuenta los rendimientos que pueda generar;
- Los pliegos de condiciones deben definir los términos y condiciones de administración del anticipo, supeditando los pagos a los proveedores a la autorización previa del supervisor o el interventor,

siempre y cuando correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo, es decir, obliga también a contar con ese plan;

- La garantía de cumplimiento debe cubrir el buen manejo y correcta inversión del anticipo y estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta su completa amortización.

(g) Solución de controversias

Las entidades estatales y los contratistas tienen la posibilidad de buscar soluciones de forma ágil, rápida y directa a diferencias y discrepancias surgidas de los contratos, acudiendo a mecanismos directos de solución de controversias como son la conciliación, la amigable composición, la transacción y el arbitraje, ya sea nacional o internacional.

En todo caso, los árbitros o amigables componedores no cuentan con la competencia para pronunciarse sobre la ilegalidad de los actos administrativos expedidos en ejecución de las potestades excepcionales explicadas en el literal (c) de la sección 11.9 anterior.

En caso de que las partes no hayan pactado arbitraje, o en los casos de ley, las partes deberán acudir a la jurisdicción contencioso

⁴Colombia Compra Eficiente: ¿cuál es la diferencia entre el anticipo y el pago anticipado?. Concepto de 24 de Junio de 2016.

⁵La Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente – emitió una Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil, definiendo lineamientos para proveedores y entidades estatales en esta modalidad de contrato fiduciario y para el manejo de los anticipos en el patrimonio autónomo https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_el_manejo_de_anticipos_mediante_contrato_de_fiducia_mercantil_irrevocable.pdf



administrativa. Esta jurisdicción se organiza jerárquicamente, siendo el Consejo de Estado el ente superior de lo contencioso administrativo, seguido por los tribunales administrativos que actúan como un tribunal de apelaciones, y por lo general, como segunda instancia de las decisiones emitidas por los jueces administrativos quienes son los juzgados de primera instancia.

(h) Liquidación de los contratos estatales

Los contratos estatales de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes cruzan cuentas respecto sus obligaciones recíprocas. En esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones de las partes para poner fin a las controversias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Puede exigirse la extensión o ampliación de garantías para avalar las obligaciones que se mantengan vigentes con posterioridad a la terminación del contrato.

Los contratos estatales cuentan con un término para su liquidación que puede ser hasta de cuatro (4) meses. Si cumplido este término no se llega

a liquidar el contrato por acuerdo del contratista y la entidad, esta última contará con dos (2) meses dentro de los cuales podrá liquidar el contrato unilateralmente. Finalmente, de llegar a vencerse este término sin haberse liquidado el contrato, las partes contarán con dos (2) años para poder hacerlo de mutuo acuerdo, o para que, en su defecto, la entidad realice la liquidación unilateralmente.

En la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión no se requiere de liquidación.

11.10. Tipología de los contratos estatales

Todo contrato que celebre una entidad pública, es un contrato estatal. Las entidades estatales pueden celebrar todos los contratos permitidos por la ley, incluidos los contratos establecidos en el Código Civil o en el Código de Comercio.

Adicionalmente, y dado que la normatividad colombiana no restringe las tipologías contractuales en la contratación estatal, las entidades estatales también pueden celebrar contratos atípicos o innominados, con base en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y siempre y cuando se enmarquen en el respeto a la ley y la Constitución.

Ahora bien, la ley colombiana prevé ciertas particularidades para algunos contratos estatales, en atención a las diversas necesidades de las entidades, con el objeto de lograr los cometidos o fines del Estado. A continuación algunos ejemplos:



(a) Contrato de obra pública

Es el que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

(b) Contrato de consultoría

Son los que celebran las entidades estatales para encargar los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Este contrato se caracteriza por que sus obligaciones tienen un carácter intelectual.

(c) Contrato de prestación de servicios

Este contrato desarrolla actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados.

De acuerdo con la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, “la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden.” Este tipo de contratos no generarán una relación laboral ni prestaciones sociales salvo que se demuestre una actividad personal subordinada y dependiente, y se celebrarán por el término estrictamente necesario.

(d) Contratos de concesión

Son aquellos contratos celebrados con el objeto de otorgar a una persona (concesionario) la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público. A través de estos contratos se otorgan también todas las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración específica⁶.

⁶Artículo 32. Ley 80 de 1993.

⁷Revista letras jurídicas EPM, Vol. 12, No.1, Marzo de 2007.



Los contratos de concesión han sido abordados bajo los esquemas de financiación conocidos como “project finance”⁷ en los siguientes modelos:

- BOT (build, operate and transfer)

En este modelo, la empresa financiera, construye y opera el proyecto el cual genera rentas que cubren los costos operacionales y de inversión. En una fecha predeterminada, la empresa transfiere (revierte) todos los derechos de uso del activo al estado.

- BOMT (build, operate, maintain and transfer)

En este modelo, la empresa financiera, construye, opera el proyecto el cual genera rentas que cubren los costos operacionales y de inversión, mantiene el proyecto durante un período de tiempo determinado y lo transfiere en una fecha predeterminada (revierte), todos los derechos sobre el activo, al Estado.

- BOO (build, own and operate)

En este modelo, el contratista se compromete a construir, ser propietario, y operar los activos, con la respectiva financiación de las obras requeridas por el regulador y sus especificaciones. En este caso, la vida útil del proyecto debe coincidir con el tiempo para pagar deudas y remunerar a los contratistas. Su principal diferencia con el BOT es

que “los activos permanecen para siempre en la entidad privada”⁸.

- BOOT (build, own, operate and transfer)

En este esquema de negocio el contratista se obliga a construir, ser propietario, operar y transferir los activos, consiguiendo la respectiva financiación. Su diferencia con el BOT es que los activos son de propiedad del contratista durante el tiempo de operación.

- BOOMT (build, own, operate, maintain and transfer)

En este esquema de negocio el contratista se obliga a construir, ser propietario, operar, mantener el proyecto durante un período de tiempo determinado y transferir los activos, consiguiendo la respectiva financiación.

- BLT (build, lease and transfer)

Tiene las mismas características del BOT pero la financiación se hace a través de un contrato de leasing.

Las asociaciones público privadas son una modalidad de contratación que puede desarrollarse, entre otros, mediante contratos de concesión. En efecto, las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de asociación público privadas.⁹ Ver sección 11.11 siguiente para más información.

⁸Ibíd

⁹ Artículo 2 de la Ley 1508 de 2012.



(e) Contrato de encargo fiduciario y fiducia pública

Son aquellos contratos que celebran las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, que tienen por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. La fiducia pública es una especie de encargo fiduciario en la medida en que no es viable la transferencia de la propiedad sobre recursos públicos, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad estatal, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales.

11.11. Régimen de Asociaciones Público-privadas (APP)

(a) Definición

Las APP se han definido como: “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y

una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”¹⁰.

De manera expresa, la normatividad aplicable a las APPs¹¹ establece que los contratos de APP tienen por objeto el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

(b) Características

- Las APP se aplican a todos aquellos contratos en los que las entidades encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, siempre que su monto de inversión sea superior a 6.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (S.M.L.M.V.) (aprox. USD 1.365.850 para el año 2020).

- La regulación establece que los contratos tienen un plazo máximo de treinta (30) años, incluida su prórroga. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo puede ser superior a treinta (30) años,

¹⁰Artículo 1 de la Ley 1508 de 2012.

¹¹ El marco normativo de las APPs está compuesto principalmente por la ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios. Estas normas han sido compiladas en el Decreto 1082 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”.



cuando conforme a los resultados de la estructuración del proyecto respectivo sea necesario y se cuente con el concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.

- El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento de la entidad estatal contratante.

- En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando (i) el proyecto se encuentre totalmente estructurado y (ii) este haya sido estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la remuneración estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades funcionales.

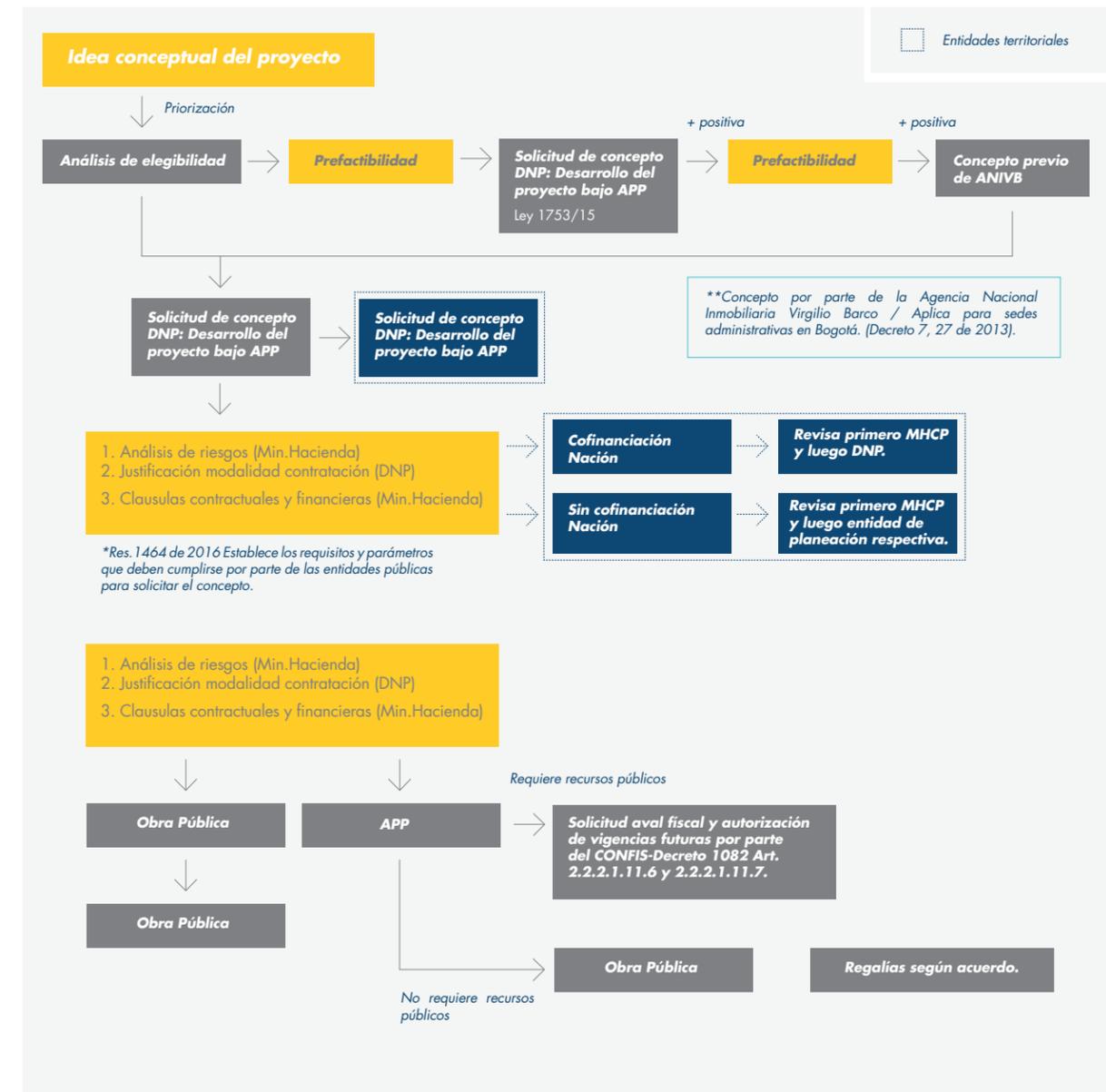
En las APP de iniciativa pública, las adiciones no podrán superar el veinte por ciento (20%) del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el veinte por ciento (20%) del valor del contrato originalmente pactado.

Ahora bien, para el caso de las APP de iniciativa privada con recursos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el veinte por ciento (20%) de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el veinte por ciento (20%) de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados.

Finalmente, en el marco de las APP de iniciativa privada sin recursos públicos, las mismas no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de este tipo de recursos y sólo podrán ser prorrogadas hasta por el veinte por ciento (20%) del plazo inicial.



Paso a Paso de un APP de iniciativa pública



Fuente: Departamento Nacional de Planeación. Asociaciones Público Privadas –APP – en Infraestructura en Colombia. Enero de 2019.



(c) Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública

Para estructurar e implementar una APP de iniciativa pública, la entidad estatal debe adelantar un estudio de relación costo beneficio del proyecto, analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada. Las entidades deben tener especial cuidado con los documentos de estudios y diseños de estructuración del proyecto entre los cuales se encuentran los de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico y la definición, tipificación, estimación y asignación los riesgos a través de la elaboración de una matriz de riesgos del proyecto.

técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad estatal. Para efectos de elegir la oferta más favorable, las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, las contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato.

(d) Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada

i. Generalidades

Las iniciativas privadas hacen referencia a que la idea o intención de realizar determinado proyecto, proviene de un particular denominado originador (el Originador) y no del Estado, debiendo realizar todos los estudios necesarios incluyendo los señalados anteriormente. Hay dos tipos de APP de iniciativa privada, a saber: aquellas que requieren de recursos públicos y aquellas donde solo se requieren recursos privados.

En los proyectos de APP de iniciativa privada ya sea con o sin recursos públicos, se prevé que el Originador pueda estructurarlos, asumiendo la totalidad de los costos que ello

Las entidades estatales verificarán el cumplimiento de los requisitos de capacidad jurídica, capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para determinar cuáles de los oferentes pueden continuar en el proceso de selección.

Posteriormente, se selecciona el asociado privado mediante una licitación pública, que puede o no tener precalificación. Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección.

La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores



acarree y presentarlos a la entidad para su evaluación y aprobación. El proceso de estructuración del proyecto se divide en dos etapas a saber:

- **Prefactibilidad:** el originador, debe realizar una descripción completa y suficiente del proyecto indicando el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

Dentro del plazo máximo de tres (3) meses contados desde la fecha de recepción del proyecto en etapa de prefactibilidad, o desde la recepción de la información adicional solicitada por la entidad estatal competente, esta enviará al originador de la propuesta, una comunicación indicando si la propuesta, al momento de ser analizada, es de interés de la entidad competente de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable.

La entidad estatal competente podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable para que el originador de la propuesta continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad. Dicho concepto no implica el reconocimiento de ningún derecho al originador, ni la aprobación de la misma, ni

genera compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado.

- **Factibilidad:** el originador acreditará documentalmente su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya, entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

La iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

De acuerdo con la Ley 1882 de 2018, los originadores en la estructuración de proyectos de APP de iniciativa privada o para la prestación de sus servicios asociados, asumirán por su propia cuenta y riesgo, la totalidad de los costos de la estructuración, incluyendo el costo para su revisión



y/o evaluación en las etapas de prefactibilidad y factibilidad, según corresponda. En todo caso, la sumatoria de los costos de evaluación del proyecto (incluyendo el valor de los honorarios de los profesionales requeridos para la evaluación, el costo de visitas al proyecto y otros costos directos o indirectos de evaluación), no podrá superar el cero punto dos por ciento (0,2%) del valor del Capex del respectivo proyecto en etapa de prefactibilidad o factibilidad, según corresponda.

ii. Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada con recursos públicos

1. Aportes públicos

La Ley 1508 establece de manera expresa que la retribución del concesionario deriva principalmente de dos fuentes: (i) del derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto; y/o (ii) del desembolso de recursos públicos. El desembolso de recursos públicos son aquellas erogaciones que se hagan del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros fondos públicos¹².

La ley establece que estos desembolsos en las APPs de iniciativa privada no pueden ser superiores al treinta por ciento (30%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Para efectos

de este límite, los recursos generados por la explotación económica del proyecto no son considerados desembolsos de recursos públicos. Así mismo, podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales sin que dichos aportes computen para el límite arriba señalado.

En todo caso, la entidad ante quien se presenta la propuesta, debe contar ya sea con bienes disponibles (si hace aportes en especie), con los fondos necesarios o con las autorizaciones para comprometer tales fondos, para que el proyecto objeto de la iniciativa se pueda ejecutar.

2. Procedimiento

Concluidas las Etapas de Prefactibilidad y Factibilidad, y habiéndose considerado la iniciativa viable, la entidad pública debe abrir un proceso de selección mediante la modalidad de licitación pública para que terceros interesados puedan presentar ofertas para desarrollar el proyecto.

El originador obtendrá una bonificación en la calificación durante el proceso de selección, del tres por ciento (3%) al diez por ciento (10%), dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa.

Si como resultado del proceso de licitación pública, el originador no resulta seleccionado, tiene derecho



a que se le rembolsa el costo de los estudios de estructuración que apruebe la entidad pública.

iii. Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada sin recursos públicos

Concluidas las Etapas de Prefactibilidad y Factibilidad y habiéndose considerado la iniciativa privada viable, los documentos que soportan la Estructuración deberán ser publicados en el SECOP durante un mes como mínimo y seis meses como máximo, con el fin de dar publicidad a la iniciativa.

Si transcurre el plazo de esta publicación sin que algún interesado distinto al originador manifieste su interés en ejecutarlo, la entidad estatal procederá a adjudicar el contrato al originador de manera directa.

Ahora bien, si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto manteniendo la condición de no requerir recursos públicos, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado¹³.

La garantía podrá consistir en una póliza de seguros, garantía bancaria a primer requerimiento, fiducia mercantil en garantía, depósito de dinero en garantía, y en general

cualquier medio autorizado por ley con un plazo inicial de un (1) año que deberá prorrogarse hasta la firma del contrato.

En caso de haber terceros interesados, la entidad debe abrir un proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, en el cual se incluya al originador y los otros interesados que hayan anexado garantía.

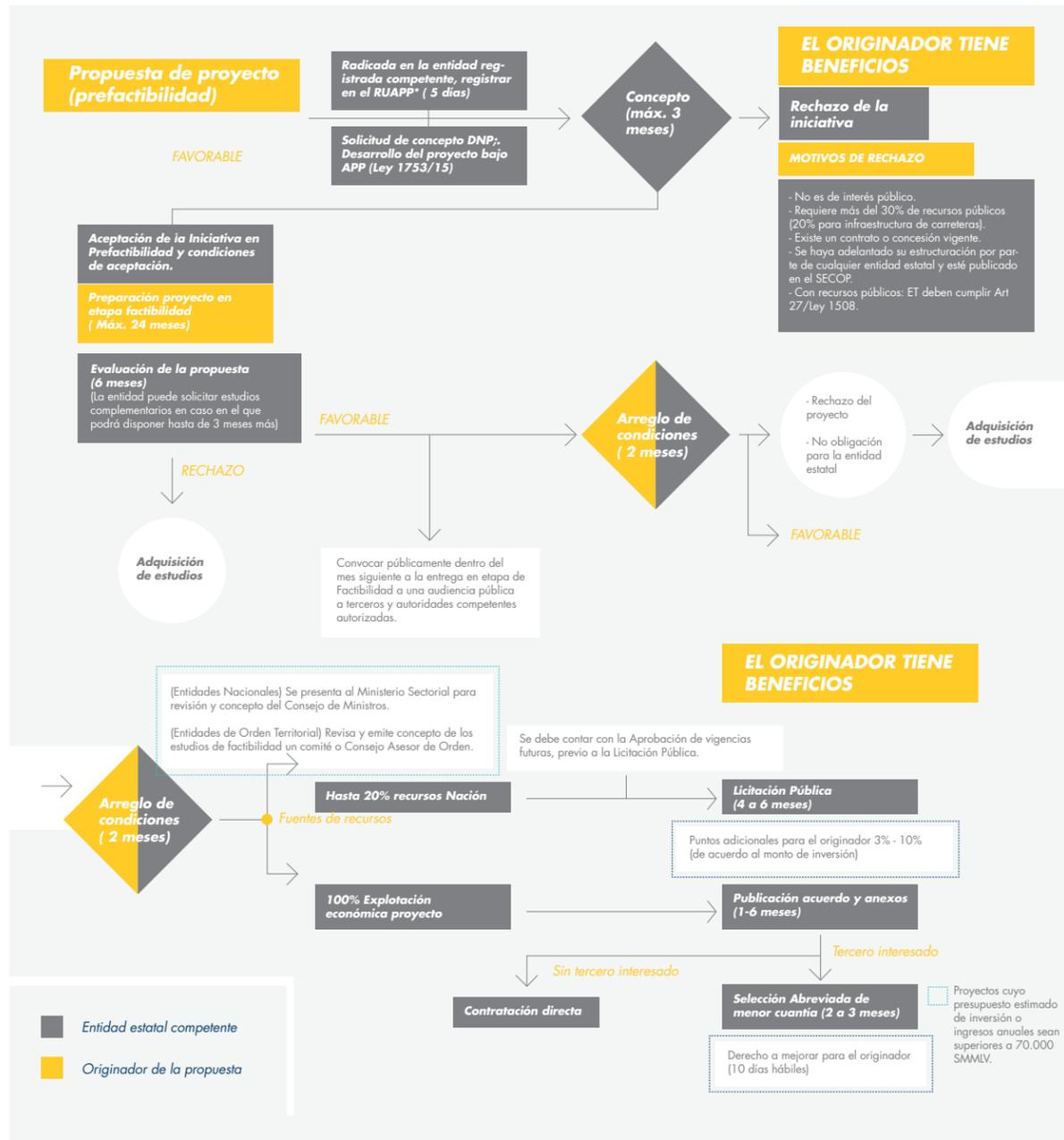
Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

¹²Artículo 2.2.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

¹³Artículo 20. Ley 1508 de 2012.



Paso a Paso de un APP de iniciativa privada



Fuente: Departamento Nacional de Planeación. Asociaciones Público Privadas –APP – en Infraestructura en Colombia. Enero de 2019.



11.12. Servicios Públicos Domiciliarios (SPD)

Las empresas de servicios públicos domiciliarios no están sujetas, en su actividad contractual, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en la Ley 142 de 1994, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. Por la importancia de este sector y por el amplio desarrollo que ha tenido en los últimos veinte años en Colombia, a continuación, se explican los aspectos más relevantes de esta normatividad.

(a) Aspectos generales

Los servicios públicos domiciliarios (SPD) están sometidos a las leyes especiales que al respecto fueron expedidas en 1994¹⁴, y a la regulación específica que en relación con cada uno de ellos expidan las Comisiones de Regulación Respectivas. Los SPD pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso, el Estado ejerce, a través de distintos organismos que hacen parte de su estructura, las funciones de regulación, control y vigilancia, con el fin de garantizar la

continuidad y calidad en la prestación de cada SPD a la población.

La Ley 142 de 1994 clasifica como servicios públicos domiciliarios los siguientes¹⁵: (i) acueducto; (ii) alcantarillado; (iii) aseo; (iv) energía eléctrica y (v) distribución de gas combustible. Los SPD son considerados como esenciales.

El servicio público de energía eléctrica está sujeto a provisiones normativas específicas contenidas en la Ley 143 de 1994, que parte de los presupuestos generales de la Ley 142 de 1994, pero sólo se refiere al servicio público antes mencionado. Según lo dispuesto en la Ley 143 de 1994, el servicio público (y la industria en sí misma) de energía eléctrica se divide en las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, pudiendo estas, por regla general, ser desarrolladas por los particulares de manera libre y por su propia iniciativa, con sujeción a los requisitos y eventuales restricciones aplicables a cada una de ellas. En particular, es importante mencionar la existencia de cierta restricción general a la integración vertical de actividades en el sector de energía eléctrica, restricción cuyo propósito es la protección de la competencia y de los derechos de los usuarios del servicio público domiciliario respectivo. La excepción a esta restricción general,

¹⁴Ley 142 de 1994 y Ley 143 de 1994.

¹⁵La telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural hacían parte de la lista de servicios públicos domiciliarios incluidos en la Ley 142 de 1994, pero con la expedición de la ley 1341 de 2009 pasaron a ser regulados bajo a una normatividad especial, quedando regulados por la ley de servicios públicos aspectos muy puntuales de su actividad.



es la integración o combinación de las actividades de generación y comercialización, o distribución y comercialización de energía eléctrica. Las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica (que en esencia constituyen el transporte de la misma y la operación de los activos concernientes) no pueden combinarse con ninguna otra actividad de la cadena, respectivamente, salvo en el caso de empresas de servicios públicos que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 142 de 1994 ya se encontraran ejerciendo dichas actividades de manera integrada.

El régimen de contratación aplicable a las empresas que desarrollen las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica es el del derecho privado; no obstante, la comisión de regulación de energía y gas (CREG) puede hacer obligatoria la inclusión de cláusulas específicas en algunos de los contratos que celebren dichas empresas, en línea con los presupuestos y objetivos perseguidos por la regulación que ésta misma expide en la materia.

(b) Principios generales de los SPD

La prestación de SPD se encuentra regulada por una serie de principios que rigen el ejercicio de esta actividad. Estos principios son: la libertad económica, igualdad, continuidad, regularidad, eficiencia y libertad de entrada al sector.

Algunos de los aspectos más destacables de estos principios son:

- La libertad económica implica que las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso alguno para el desarrollo de su objeto social en Colombia.
- Como prerrogativa en el marco de la libertad económica las empresas de servicios públicos pueden declarar un bien de utilidad pública o interés social en aras de conseguir su expropiación o la imposición de servidumbres.
- El principio de igualdad en los servicios públicos domiciliarios se ve reflejado en el concepto de “neutralidad tarifaria” de acuerdo con el cual cada consumidor tendrá el derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro si las características de los costos que ocasiona a las empresas de servicios públicos son iguales.
- La prestación de los servicios públicos no puede interrumpirse salvo que circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o de orden técnico o económico que así lo exijan.
- Se encuentra prohibido transferirle a los usuarios los costos de la ineficiencia empresarial.
- Toda persona nacional o extranjera tiene derecho a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia siempre y cuando se respete la Constitución y la ley.



(c) Régimen jurídico aplicable

El régimen de los actos y contratos de los prestadores de SPD es el derecho privado. Esto implica que en materia de servicios públicos domiciliarios no aplica la normatividad de la contratación estatal ni todas sus disposiciones en materia de procesos de contratación pública.

No obstante, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- en cumplimiento de su objetivo como ente rector del sistema de compra y contratación pública, estableció las condiciones de publicidad de la actividad contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios que en su actividad comercial están en situación de competencia.

De acuerdo con Circular Externa No. 20 de 27 de agosto de 2015, estas entidades “pueden utilizar sus sistemas de información propios para efectos de la publicidad de la actividad contractual, cuando permitan hacer el proceso de contratación en línea, además de permitir a los proveedores y al público en general tener acceso oportuno, permanente e ininterrumpido a la información de su actividad contractual. La información de la actividad contractual debe cumplir los plazos y requerimientos de las normas aplicables en materia de contratación y de acceso a

la información, respetando la información y documentos reservados de acuerdo con la normativa aplicable”. Para que la información de la contratación con cargo a recursos públicos esté disponible al público en general, Colombia Compra Eficiente y las entidades arriba señaladas que cuentan con sistemas de información propios, deben disponer de un hipervínculo que comunique al SECOP.

(d) Prestadores autorizados de servicios públicos

Las personas habilitadas para prestar servicios públicos en Colombia son: (i) las empresas de servicios públicos (ESP), (ii) las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, (iii) los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, (iv) las empresas industriales y comerciales del estado y (v) los productores de servicios marginales. Como aspecto a destacar de estos prestadores, se puede identificar que las ESP son sociedades por acciones (esto es, sociedades anónimas o sociedades por acciones simplificadas), con el objeto de prestar servicios públicos o sus actividades complementarias, cuyos aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.

¹⁶Departamento Nacional de Planeación Asociaciones Público Privadas –APP – en Infraestructura en Colombia. Enero 2019.



11.13. Oportunidades de inversión en Colombia

Colombia tiene actualmente oportunidades de inversión en distintos sectores de

infraestructura. Estos sectores requieren a futuro una serie de grandes inversiones con el objeto de cumplir los planes de desarrollo, como a continuación se detalla¹⁶:

Transporte

ITEM	INVERSIÓN REQUERIDA COP
Intervención red vial (19,500 kms.)	182 billones (USD 46.666.666.666 aprox.)
Construcción de 31 aeropuertos	16 billones (USD 4.102.564.102 aprox.)
Rehabilitación red férrea (1,800 kms.)	10 billones (USD 2.564.102.564 aprox.)
Total	208 billones (USD 53.333.333.333 aprox.)

Transporte fluvial

ITEM	INVERSIÓN REQUERIDA COP
Cuenca Amazónica (4 proyectos)	5,4 billones (USD 1.384.615.384 aprox.)
Cuenca Orinoco (4 proyectos)	2,5 billones (USD 641.025.641 aprox.)
Cuenca Atrato (1 proyecto)	76.354 millones (USD 19.577.948 aprox.)
Cuenca Magdalena (3 proyectos)	407.914 millones (USD 104.593.333 aprox.)
Cuenca Pacífico (1 proyecto)	346.007 millones (USD 88.719.743 aprox.)
Total	8,8 billones (USD 2.256.410.256 aprox.)

TIC

ITEM	INVERSIÓN REQUERIDA COP
7.000 sitios o torres adicionales	1 billón (USD 256.410.256 aprox.)
Total	1 billón (USD 256.410.256 aprox.)



Servicios públicos

ITEM	INVERSIÓN REQUERIDA COP
Energía eléctrica- transmisión y distribución	4,3 billones (USD 1.102.564.102 aprox.)
Acueducto- Construcción de plantas de tratamiento de agua potable y cobertura universal.	29,2 billones (USD 7.487.179.487 aprox.)
Saneamiento básico- Construcción de PTAR en las cuencas hidrográficas del país y cobertura de alcantarillado universal-	14,2 billones (USD 3.641.025.641 aprox.)
Aseo – Residuos sólidos	3,3 billones (USD 846.153.846 aprox.)
Total	\$51 billones (USD 13.076.923.076 aprox.)

Vivienda

ITEM	INVERSIÓN REQUERIDA COP
410 mil Subsidios Familiares de Vivienda de Interés Social (VIS)	7,7 billones (USD 1.974.358.974 aprox.)
138 mil Créditos para cierre financiero VIS	17,3 billones (USD 4.435.897.435 aprox.)
99mil Créditos para compra de vivienda NO VIS	12,5 billones (USD 3.205.128.205 aprox.)
Aporte ahorro de 240 mil hogares para cierre financiero	53 billones (USD 13.589.743.589 aprox.)
Total	90,5 billones (USD 23.205.128.205 aprox.)



11.14 Marco normativo

NORMA	TEMA
Código Civil	Régimen jurídico aplicable a los particulares.
Código de Comercio	Régimen jurídico aplicable a los particulares.
Ley 80 de 1993	Ley de contratación estatal.
Ley 142 de 1994	Ley de servicios públicos domiciliarios.
Ley 143 de 1994	Régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica.
Ley 1150 de 2007	Modificación de la Ley 80, hace parte del estatuto de contratación.
Ley 1508 de 2012	Régimen de las asociaciones público privadas.
Ley 1474 de 2011	Estatuto anticorrupción.
Decreto Ley 019 de 2012	Antitrámites
Ley 1712 de 2014	Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional.
Decreto 1082 de 2015	Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.
Decreto 103 de 2015	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 en lo relativo a la gestión de la información pública.



NORMA	TEMA
Decreto 092 de 2017	Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política
Ley 1882 de 2018	Por la cual se adicionan, modifican y dican disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

