

Asociaciones Público-Privadas: lo que debes saber/puntos claves



GÓMEZ-PINZÓN

25 AÑOS

GÓMEZ-PINZÓN

25 AÑOS

APPs en Colombia

¿Qué son y cómo funcionan las Asociaciones Público Privadas (APP) en Colombia?

Asociaciones Público Privadas o APP es un término tomado del inglés Public – Private Partnerships. Es como en los últimos años se ha denominado en Colombia a los contratos y proyectos de concesión en los convergen el interés de prestar un servicio o proveer bienes públicos, y los recursos, experticia y experiencia privados para sacarlos adelante.

Así, el objetivo de este documento es servir como introducción a la regulación y tipos de APP existentes en Colombia, modalidad de gestión de los intereses públicos que, consideramos, es de interés de nuestros aliados y clientes.

GÓMEZ-PINZÓN

25 AÑOS

1. Marco Normativo de las APP

El marco normativo de las APP en Colombia está constituido, esencialmente por la Ley 1508 de 2012 (Ley 1508) y el Decreto reglamentario 1082 de 2015.

De acuerdo con la Ley, *“las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes, mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio, que se materializan mediante la celebración de un contrato entre una entidad pública y una persona natural o jurídica de derecho privado.”*

2. Objetivos y ventajas de las APP

El propósito fundamental del marco jurídico de las APP es motivar la financiación privada de servicios y bienes públicos. Así, sus principales características son:

- Los proyectos que se ejecuten a través de APP deben comprender inversiones superiores a seis mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (6000 smmlv)¹.
- La iniciativa para la estructuración de las APP puede provenir tanto del sector público, como del privado. Así mismo, pueden comprender el desembolso de recursos públicos o únicamente privados.
- En caso de pactarse, los aportes públicos se garantizan a través de la reserva de presupuestos futuros (vigencias futuras), de forma que los inversionistas tengan una garantía y confianza en el pago por parte del Estado colombiano.
- El proyecto ejecutado a través de una APP comprende tanto la construcción de la infraestructura, como también su operación y mantenimiento.
- Los pagos se realizan de acuerdo con el cumplimiento de disponibilidad y calidad del servicio. Para estos efectos, en cada proyecto se definen *unidades funcionales*.
- En principio, la duración máxima de los contratos de APP está limitada a 30 años, sin embargo en condiciones especiales este plazo puede ser mayor.
- Si bien hasta el momento la mayoría de las APP en el país se han enfocada en

¹ Para 2017 el salario mínimo mensual fue fijado en COP 737.171 (aproximadamente USD 250).

la infraestructura de transporte, este marco de ejecución de los proyectos puede extenderse a otros sectores como la infraestructura social y productiva.

- La administración de los recursos de los proyectos se efectúa a través de patrimonios autónomos, dotando de mayor transparencia su ejecución.

3. Desarrollo normativo de la Ley 1508

Debido a su carácter general, la Ley 1508 ha sido desarrollada y precisada a través de distintas normas y documentos. A continuación se destacan los más relevantes, indicando los aspectos reglamentados en cada uno de ellos:

- Decreto reglamentario 1082 de 2015

- Naturaleza de los oferentes en proyectos APP.
- La disponibilidad, niveles de servicio y estándares de calidad.
- Definición de aportes públicos.
- Definición de iniciativas públicas y privadas para el desarrollo de proyectos.
- Regulación del sistema de precalificación.
- Criterios para la aprobación de proyectos en pre-factibilidad y factibilidad.
- Criterios para el tratamiento de riesgos identificados.

- Resolución DNP – 3656 de 2012

- Definición de los parámetros para la evaluación del mecanismo de APP como una modalidad de ejecución de proyectos.

- Resolución DNP – 1464 de 2016

- Definición de los requisitos y parámetros que deben cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de proyectos de APP para solicitar el concepto del Departamento Nacional de Planeación en la etapa de estudio de la pre-factibilidad de la APP.

- Acuerdo de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías 038 de 2016

- Requisitos de viabilización y aprobación de proyectos de APP cuando se financian con recursos provenientes de regalías.

4. Iniciativas públicas – Iniciativas privadas

Como se mencionó anteriormente, las APP pueden ser tanto de iniciativa pública, como privada. En las primeras la carga de planeación está en cabeza de las entidades públicas, tras lo cual se abre un proceso de selección de contratistas. Por su parte y cuando la iniciativa es de la parte privada, es ésta quien propone a la entidad pública el proyecto y quien realiza la estructuración técnica, financiera y jurídica.

A continuación se describe el proceso que debe cursar cada una de ellas para ser aprobadas, así como sus principales características.

- Iniciativa pública:

- En este tipo de iniciativas los recursos para ejecutar el proyecto pueden ser públicos y/o privados.
- El proceso de selección que se deberá emplear es el propio de las licitaciones públicas.
- Para la selección de contratistas, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento.
- Las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados.
- La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, represente la mejor oferta o la mejor relación costo beneficio para la entidad pública.

Son requisitos para la aprobación de APP de iniciativa pública:

- Contar con estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto.
- Realizar una evaluación costo – beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada.
- Justificar la utilización del mecanismo de APP como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por DNP.
- Tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles y contingencias propias del proyecto y su aprobación por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

- Iniciativa privada:

- La estructuración de la APP comprende una fase de pre-factibilidad, seguida de una de factibilidad. Ambas deben ser aprobadas por la entidad pública competente.
- La pre-factibilidad comprende la descripción completa del proyecto incluyendo un diseño mínimo, alcance, estudios de demanda, especificaciones, costo estimado y fuente de financiación. La entidad estatal dispone de hasta 3 meses para verificar si la propuesta es de su interés.
- Por su parte, la factibilidad comprende la acreditación de la capacidad jurídica, financiera y experiencia del proponente, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal dispone de un plazo máximo de 6 meses para su evaluación.
- Para proyectos APP de iniciativa privada que requieran desembolsos públicos, la cuantía de estos no podrá ser superior al 20% del total de las inversiones estimadas.

ETAPAS DE UNA APP DE INICITIVA PRIVADA



Además, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En este caso la selección del contratista debe hacerse a través de licitación pública.

- Si por el contrario no se requiere el aporte de recursos públicos y la remuneración proviene 100% de explotación económica, el proceso de selección que deberá realizarse es el de selección abreviada.

- Aspectos relevantes comunes a iniciativas públicas/privadas:

- No podrán proponerse iniciativas cuando correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes, o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal.
- Si la iniciativa es rechazada, los estudios serán propiedad del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

5. Distribución de riesgos en proyectos de APP

- La entidad estatal competente es la responsable de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público Privada.
- En el proceso de tipificación, estimación y asignación de los riesgos, las entidades deben realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la ley y demás normas que regulen la materia.
- Corresponde a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público expedir las metodologías aplicables a los proyectos para estimar el valor de las obligaciones contingentes que en ellos se estipulen.
- Como parte de la planeación estatal de mediano y largo plazo se expidió el Documento CONPES 3760 en el que se desarrollan, entre otros aspectos, la asignación de riesgos en proyectos viales de Cuarta Generación (4G). Si bien el análisis se limita a este sector, es posible extrapolar los criterios de tipificación y asignación de riesgos a otras APP:

Área	Tipo de riesgo	Asignación
Predial	Demoras en la disponibilidad de predios derivados de actividades de gestión predial	Privado
	Sobrecostos por adquisición (incluyendo expropiación) y compensaciones socioeconómicas	Público-Privado
Ambiental	Demoras en la obtención de las licencias y/o permisos	Privado
	Sobrecostos por compensaciones socio ambientales	Público-Privado
Financiero	No obtención del cierre financiero	Privado
	Alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del mercado o condiciones del proyecto	Privado
Regulatorio	Compensaciones por nuevas tarifas diferenciales en estaciones de peaje	Público
	Cambio de normatividad respecto a la tecnología de recaudo electrónico de peajes	Público
	Cambio de ley y en normatividad tributaria	Público-Privado
Fuerza Mayor	Sobrecostos en la adquisición predial ocasionados por eventos eximentes de responsabilidad / fuerza mayor	Público-Privado
	Costos ociosos de la mayor permanencia en obra que llegaren a causarse por eventos eximentes de responsabilidad / fuerza mayor ambiental	Público
	Sobrecostos por interferencia de redes en el corredor considerado como evento eximente de responsabilidad / fuerza mayor	Público-Privado
Comercial	Menores ingresos por disminución del recaudo de peajes	Público
	Menores ingresos derivados de evasión del pago de peajes	Privado

En **Gómez-Pinzón Abogados** asesoramos en temas de infraestructura y nos centramos en el acompañamiento de los clientes desde la etapa pre-contractual, pasando por el proceso de preparación y conformación de propuestas, hasta la adjudicación y ejecución de contratos y/o proyectos, ya sean públicos o privados. Estas asesorías están relacionadas con temas de infraestructura de transporte e hidrocarburos y servicios públicos, en especial en los sectores de telecomunicaciones, energía, agua potable y saneamiento básico.

Nos hemos convertido en líderes del mercado legal en temas relacionados con proyectos de Asociación Público Privada (APP), asesorando grandes grupos empresariales –nacionales e internacionales– relacionados con los proyectos APP de infraestructura –vial, férrea, aeroportuaria, entre otras– más destacados e importantes que se han desarrollado en los últimos años en Colombia. Esta asesoría se ha prestado desde la pre-calificación, durante el curso de los procesos licitatorios y ahora en el marco de la ejecución contractual. El acompañamiento y asesoría que prestamos es complementado con el trabajo en grupo con abogados expertos en áreas de experticia complementarias tales como: impuestos, banca & finanzas, derecho corporativo, fusiones & adquisiciones y resolución de conflictos.

Para conocer a nuestro equipo y los servicios que este les puede ofrecer, por favor contacten a:

José Luis Suárez

jsuarez@gomezpinzon.com

Paola A. Larrahondo

plarrahondo@gomezpinzon.com

Juan Antonio Ucrós

jucros@gomezpinzon.com

Cristian Torres

ctorres@gomezpinzon.com

GÓMEZ-PINZÓN

25 AÑOS

GÓMEZ-PINZÓN

25 AÑOS

GÓMEZ-PINZÓN

25 AÑOS

BOGOTÁ

Calle 67 # 7-35 Of. 1204
Edificio Caracol
Bogotá, Colombia
Tel: +571 319 2900

MEDELLÍN

Cra. 43A # 1-50 Of. 209
San Fernando Plaza
Medellín, Colombia
Tel: +574 444 3815

www.gomezpinzon.com