

EL CONTRATO BOOMT

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo

Autores

Andrés Botero Baena

Edisson Rodrigo Jaramillo Ramírez

Director:

Dr. Juan Esteban Álzate Ortiz

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Septiembre de 2018

Dedicatoria...

Este trabajo de grado, se lo dedicamos con mucho amor en primer lugar a nuestras familias, quienes nos han apoyado, cediendo su tiempo para aportar a nuestra formación, gracias a ellos hemos podido alcanzar muchas metas tanto personales como profesionales.

Le agradecemos a la vida por habernos juntado como compañeros y habernos dado esta gran oportunidad de unificar criterios, aportando a la construcción de conocimiento, y que de paso conlleva a impulsarnos en nuestra formación profesional y humana.

Por último, pero no menos importante, le dedicamos este trabajo a nuestros compañeros y docentes de la Maestría, pues de ellos aprendimos grandes enseñanzas, personas increíbles, gracias por su conocimiento y buenos momentos compartidos en esta agradable experiencia.

Agradecimientos

Queremos agradecer en primer lugar a la Universidad Autónoma Latinoamérica, y a la Maestría en Derecho Administrativo, por brindarnos una formación con alto grado de excelencia, al Doctor Juan Esteban Álzate Ortiz, nuestro asesor de tesis, por su exigencia, colaboración y conocimiento a lo largo de este trabajo, por la comprensión que siempre tuvo y por el profesionalismo que refleja su labor, ya que sin esto no hubiera sido posible concluir este trabajo de grado.

Le agradecemos finalmente a nuestras familias, compañeros y amigos, por todo el apoyo brindado en esta etapa de la vida académica y profesional y que esperamos el día de mañana poder retribuir con creces.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	IX
CAPÍTULO 1: EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LAS APP.....	1
1.1 ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	1
1.1.1 <i>Ius vectigalis, ius emphyteuticam</i>	1
1.1.2 <i>Societas publicanorum</i>	3
1.1.3 <i>Iure regalía</i>	4
1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN EN COLOMBIA.....	7
1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN	18
1.4 CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN	21
1.4.1 <i>Objeto y características y elementos del contrato de concesión</i>	22
1.4.1.1 <i>Las partes</i>	24
1.4.1.2 <i>Un acuerdo entre las partes</i>	25
1.4.1.3 <i>La remuneración</i>	25
1.4.1.5 <i>Objeto</i>	26
1.4.1.6 <i>Plazo</i>	27
1.5 EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	27
1.6 LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN	30
1.6.1 <i>Riesgo comercial</i>	35
1.6.2 <i>Riesgo de demanda</i>	37
1.6.3 <i>Riesgo de financiación</i>	38
1.6.4 <i>Riesgos de construcción</i>	39
1.6.5 <i>Riesgo de operación</i>	40
1.6.6 <i>Riesgo cambiario</i>	41
1.6.7 <i>Riesgos regulatorios</i>	42
1.6.8 <i>Riesgo de fuerza mayor</i>	43
1.6.9 <i>Riesgo de adquisición de predios</i>	44
1.6.10 <i>Riesgo ambiental</i>	47
1.6.11 <i>Riesgo soberano o político</i>	48

1.7 ANTECEDENTES DE LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS	49
1.8 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	54
1.8.1 <i>El contrato de Concesión como mecanismo de vinculación de capital privado</i>	58
1.8.2 <i>Características de las Alianzas Público Privadas</i>	59
CAPÍTULO 2: FIGURAS CONTRACTUALES DEL BOT AL BOOMT	68
2.1 ANTECEDENTES DEL CONTRATO BOOMT	68
2.1.1 <i>Antecedentes de los contratos BOT a BOOMT como esquemas contractuales</i>	70
2.1.1.1 <i>Build, Operate and Transfer (BOT)</i>	73
2.1.1.2 <i>Build, Operate and Own (BOO)</i>	76
2.1.1.3 <i>Build, Operate, Own and Maintain (BOOM)</i>	77
2.1.1.4 <i>Build, Lease and Transfer (BLT)</i>	77
2.1.1.5 <i>Build, Operate, Own and Transfer (BOOT)</i>	77
2.1.1.6 <i>Design, Build, Finance and Own (DBFO)</i>	78
2.1.1.7 <i>Build, Operate, Own, Maintain and Transfer (BOOMT)</i>	78
CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DEL CONTRATO BOOMT.....	81
3.1 ELEMENTOS DEL CONTRATO BOOMT	83
3.1.1 <i>Elementos esenciales</i>	84
3.1.2 <i>Características de los Contrato BOOMT</i>	88
3.1.2.1 <i>Bilateralidad</i>	89
3.1.2.2 <i>Oneroso conmutativo</i>	90
3.1.2.3 <i>Tracto sucesivo</i>	91
3.1.2.4 <i>Intuito persona</i>	92
3.1.2.5 <i>Solemne</i>	92
3.2 PARTES EN EL CONTRATO BOOMT	93
3.2.1 <i>El Estado como “Contratante”</i>	95
3.2.1.1 <i>El Estado como concedente o garante final del proyecto</i>	96
3.2.2 <i>El Proyecto Compañía (SPV – Vehículo de propósito especial) como “Contratista”</i>	97
3.3 OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES.....	98
3.3.1 <i>Obligaciones de hacer del Contratista Comunes a todas las Etapas</i>	100
3.3.2 <i>Obligaciones de No hacer del Contratista Comunes a todas las Etapas</i>	102
3.4 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL MARCO DEL CONTRATO BOOMT	103
3.5 CARACTERÍSTICAS ASOCIADAS AL PROJECT FINANCE.....	106

3.5.1	<i>Propósito especial o único</i>	107
3.5.2	<i>Financiación elevada</i>	107
3.5.3	<i>Sin suscripción de Garantías de pago</i>	108
3.5.3.1	<i>Mecanismos de Protección y Garantías</i>	109
3.5.4	<i>Vida útil del proyecto</i>	110
3.6	INTERVINIENTES EN LA ESTRUCTURACIÓN DEL PROJECT FINANCE	111
3.6.1	<i>Sponsor (promotor)</i> :	111
3.6.1.1	<i>Asesor Financiero</i>	113
3.6.1.2	<i>Expertos Técnicos</i>	113
3.6.1.3	<i>Asesor Legal</i>	113
3.6.2	<i>El Project Company (SPV – Vehículo de propósito especial)</i>	114
3.6.3	<i>Prestamistas o Lenders</i> :.....	114
3.6.4	<i>Compañías de seguros</i>	115
3.6.5	<i>El Estado en el Project financie</i>	115
3.6.6	<i>El Operador</i>	116
3.6.7	<i>Compradores (Off Takers)</i>	116
3.6.8	<i>Calificadoras de riesgos</i>	117
3.7	ETAPAS DEL CONTRATO BOOMT.....	118
3.7.1	<i>Etapa de Planeación</i>	119
3.7.2	<i>Etapa de construcción</i>	120
3.7.3	<i>Etapa de Operación y mantenimiento</i>	121
3.8	EL PROYECTO COMPAÑÍA (SPV – VEHÍCULO DE PROPÓSITO ESPECIAL)	123
3.8.1	<i>Análisis de las diferentes estructuras jurídicas que podrían ser el Proyecto Compañía (SPV – Vehículo de propósito especial)</i>	126
3.8.1.1	<i>Sociedad Anónima</i>	127
3.8.1.1.1	<i>Características de la Sociedad Anónima como SPV en un BOOMT</i>	128
3.8.1.2	<i>Unión temporal</i>	129
3.8.1.2.1	<i>Características de la Unión Temporal como SPV en un BOOMT</i>	129
3.8.1.3	<i>Patrimonio Autónomo Fiduciario</i>	130
3.8.1.3.1	<i>Características del Patrimonio Autónomo Fiduciario como SPV en un BOOMT</i>	131
3.9	FINANCIACIÓN DE LOS PROYECTOS MEDIANTE UN CONTRATO BOOMT.....	132
3.9.1	<i>Beneficios financieros</i>	133
3.9.1.1	<i>Alto apalancamiento</i>	133
3.9.1.2	<i>Ahorros tributarios</i>	134

3.9.1.3	<i>Financiación fuera del balance</i>	134
3.9.1.4	<i>Capacidad de endeudamiento</i>	134
3.9.1.5	<i>Limitaciones en el riesgo</i>	135
3.9.1.6	<i>Financiaci3nes de largo plazo</i>	135
3.9.2	<i>Mercados para la consecuci3n de recursos</i>	135
3.9.2.1	<i>Bancos Comerciales</i>	136
3.9.2.2	<i>Emisi3n de bonos</i>	137
3.9.2.3	<i>Financiaci3n del Sector P3blico</i>	137
3.10	RIESGOS DEL CONTRATO BOOMT	138
3.10.1	<i>Paquete de Seguridades</i>	153
3.11	MODELO CONTRACTUAL PARA LA EJECUCI3N DE CONCESIONES (CASO CHILENO)	153
3.11.1	<i>Funcionamiento</i>	159
3.11.1.1	<i>Construcci3n</i>	163
3.11.1.2	<i>Operaci3n</i>	165
3.11.1.3	<i>Transferencia</i>	166
3.12	ANÁLISIS CASO CHILENO	166
CAPÍTULO 4: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS PARA CELEBRAR CONTRATOS TIPO BOOMT		168
4.1	COMPETENCIA PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES	175
4.2	ANÁLISIS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS SOBRE LAS CUALES SE LES APLICA EL RÉGIMEN DE CONTRATACI3N PÚBLICA	176
4.3	DESCENTRALIZACI3N POR SERVICIOS UNA FORMA DE ORGANIZACI3N ADMINISTRATIVA PARA CONTRATAR	182
4.4	CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS	185
4.5	ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIO DIRECTO	187
4.6	AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	194
CAPÍTULO 5: POTESTADES EXCEPCIONALES		203
5.1	PODERES DE LA ADMINISTRACI3N PÚBLICA FRENTE A LA CELEBRACI3N DEL CONTRATO BOOMT	203
5.2	CLÁUSULA EXCEPCIONAL DE CADUCIDAD	209
5.3	APLICABILIDAD DE MULTAS FRENTE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES	212
5.4	TERMINACI3N UNILATERAL DEL CONTRATO BOOMT	214
5.5	INTERPRETACI3N UNILATERAL DEL CONTRATO BOOMT	217

5.6 MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO BOOMT..... 221

5.7 LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO BOOMT 223

CONCLUSIONES..... 227

BIBLIOGRAFÍA..... 234

Introducción

En los últimos años, influenciado por los modelos económicos presentes en el pensamiento occidental, la liberalización de los mercados, la concepción de una deficiencia inherente al sector público y la limitación cada vez mayor de los recursos destinados a la ejecución de obras públicas; ha llevado al Estado colombiano a generar diversas posibilidades de participación de los privados y en alianza con éstos, a la realización de funciones administrativas que le eran inherentes como la prestación de servicios públicos y la conjunción de intereses para el desarrollo de actividades económicas. Todo ello, buscando el cumplimiento de sus fines establecidos en la Constitución Política de 1991 que deben enfocarse en la satisfacción del interés general y en el cubrimiento de ciertas necesidades para los administrados.

Es así entonces como en Colombia se ha venido consolidando el contrato BOOMT - sus siglas en inglés (build-own-operate-maintain-transfer) - que surge como un contrato mediante el cual una empresa pública o privada construye con sus propios recursos la infraestructura de interés con una rentabilidad pactada, a través de su operación y durante el tiempo necesario para alcanzarla, y finalmente transferir la infraestructura con sus anexidades al Estado. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, 2003)

Este tipo de contratos no han sido tratados de manera específica en el ordenamiento jurídico colombiano, a pesar de ser un vehículo para la financiación de proyectos en las que el

Estado no posea la capacidad financiera para apalancar el mismo, siendo incipiente su actual desarrollo pues su concepción es más evidente en modelos de contratación internacional que de un desarrollo propio.

Se debe entonces identificar las características del contrato BOOMT, su procedimiento de estructuración y los elementos trascendentales en la ejecución del mismo, así como sus diferencias con la regulación del contrato de concesión y con las asociaciones público privadas.

En esta tipología contractual no sólo es relevante la búsqueda de mayores claridades jurídicas, sino la de establecer las ventajas y desventajas que el tipo de contrato ofrece respecto de los similares y ya existentes en el ordenamiento jurídico colombiano como el contrato de concesión y las asociaciones público privadas.

Aunque su utilización es cada vez más frecuente en países desarrollados y en vía de desarrollo, existen algunos interrogantes frente a la celebración de este tipo de contratos, pues dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no hay claridades en relación a si el mismo obedece a una modalidad del contrato de concesión regulado en la Ley 80 de 1993 o se enmarca dentro de las Asociaciones Público Privadas cuya creación está contenida en la Ley 1508 de 2012. Casos en los cuales estaría sujeto al cumplimiento de las normas de la contratación estatal o si, por el contrario, es un contrato atípico fundado en el principio de

autonomía de la voluntad, carente de claridades en relación con los elementos de estructuración, su soporte normativo, las características y posibilidades de su ejecución.

Ésta situación genera múltiples inquietudes a las cuales pocas respuestas ofrece la falta de normativa. Entre ellas se resalta que los contratos BOOMT presentan diferencias sustanciales con el contrato de concesión que trata la Ley 80 de 1993 y la Ley 1508 de 2012. Estas diferencias se observan en el modelo financiero y, además, con el término de operación y explotación; pues en esta tipología no existe límite en plazo y prórrogas, mientras que en la concesión contratada a través de la figura alianzas público privadas existen límites como que en principio, no pueden superar los 30 años incluidas sus prórrogas según, el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012:

ARTÍCULO 6o. Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas.

Cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior, podrán celebrarse contratos de asociación público privadas siempre que cuente con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES. (Congreso de la República, 2012)

Otras diferencias se observan en la aplicación de las regulaciones y prohibiciones propias del contrato de concesión: caso de la cláusula de reversión, las formas de selección del contratista, la aplicación de las potestades excepcionales del Estado en su rol de contratista.

El presente trabajo pretende esclarecer interrogantes surgidos en desarrollo de esta tipología contractual para dar respuesta a la pregunta sobre si el contrato tipo BOOMT es un contrato atípico o un contrato de concesión a la luz del ordenamiento jurídico colombiano y, en consecuencia, cuál es el límite a la autonomía de la voluntad de las autoridades públicas al suscribirlo.

Para resolver el problema jurídico suscitado, se partirá de un análisis del contrato de concesión, regulado por la Ley 80 de 1993, y las asociaciones público privadas, regulado a su vez por la Ley 1508 de 2012, para dar paso a un análisis detallado del contrato BOOMT, en su estructuración, competencia y autonomía de la voluntad de las entidades públicas para celebrar este tipo de contratos.

La pertinencia de la investigación está sustentada además de los interrogantes jurídicos, en que hoy en el mundo se han desarrollado proyectos de infraestructura bajo la modalidad de BOOMT, tales como: carreteras, puentes, acueductos, alcantarillados, hospitales, prisiones, aeropuertos, puertos, etc. (Comisión de las Comunidades Europeas, Fondo Monetario Internacional, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Naciones Unidas, Banco Mundial, 1993). Estas intervenciones se realizan para cubrir las necesidades orientadas a mejorar la competitividad de los países en términos económicos y la satisfacción de necesidades de los administrados que se han visto limitadas por la falta de capacidad financiera tanto particular como estatal.

Conectados con la nueva lógica del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: Ley 80 de 1993 (Congreso de la República, 1993) y la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República, 2007), el cual se constituye en una disposición normativa subsidiaria al derecho privado y a la existencia de regímenes de contratación especiales, se han propiciado las condiciones necesarias para el surgimiento de nuevas tipologías contractuales utilizadas por las autoridades administrativas.

Abordaremos la posibilidad que el Estado, realiza contratos estatales atípicos, habilitados por el principio de la autonomía de la voluntad como herramienta creadora, consagrada en el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, ayudan en la consecución de los fines estatales ajustados perfectamente a las necesidades de las entidades estatales, sin que esto implique una violación al principio de legalidad que genere su inadmisibilidad jurídica.

Determinaremos si las entidades estatales tienen la competencia para celebrar contratos tipo BOOMT, en virtud al principio de legalidad, en consonancia con lo plasmado en la Ley 80 de 1993, en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, la cual incluye, entre otros, la libertad en la selección del tipo contractual que se pretende celebrar. En efecto, el artículo 32 mencionado señala que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, mientras que el artículo 40 dispone que “las entidades podrán

celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”.

El actual régimen legal colombiano, permite no solo la gestión de nuevas formas asociativas entre el sector público y el sector privado, que han alcanzado grandes avances y acercamientos en diferentes contextos, sino que también asiente cierto grado de autonomía, para generar y promover de acuerdo a la legalidad, estas asociaciones o convenios entre ambos sectores.

Capítulo 1: EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y LAS APP

1.1 Antecedentes del Contrato de Concesión

Históricamente, el traslado de actividades públicas a particulares para que puedan ejercer el goce especial sobre una cosa pública, a nombre y cuenta propia, se remonta, en primer lugar, al derecho romano con la aparición del *iuris vectigal* y de las *societas publicanorum*, y en segundo lugar, al derecho medieval con las llamadas regalías mayores y menores.

1.1.1 Ius vectigalis, ius emphyteuticam.

Entre los orígenes más remotos del contrato de concesión se encuentra la institución de derecho griego denominada *enfiteusis*, con la cual se describía el derecho de realizar plantaciones en suelo de dominio ajeno a cambio de una remuneración o canon.

En el sistema legal helénico, la *enfiteusis*, era una figura propia del derecho privado a través de la cual se regulaba la relación contractual agraria entre particulares. A pesar de ello, los romanos convirtieron dicha figura en un precepto propio de derecho público consistente en la cesión de bienes de dominio estatal a particulares, primero a través del *iuris vectigalis*, en tiempos de la República, y luego a través del *ius emphyteuticam*, en época del imperio (Iglesias redondo, 2004, págs. 217-218) Cuyo desarrollo histórico fue así:

En el periodo clásico, la administración republicana concedía el *ager publicus* a los habitantes de los municipios¹ y de las colonias² bajo la obligación de pagar un canon anual definido *vectigal*. De este tipo de concesión de tierras nace el *ius agro vectigali* respecto al cual existió incertidumbre frente a su naturaleza jurídica, debido a que para la opinión de algunos contenía las características de un derecho de crédito, mientras que para otros era considerado como un verdadero derecho real.

En el periodo imperial, de acuerdo con el testimonio documental de inscripciones y papiros greco egipcios, se prosiguió con la práctica de ejecutar grandes concesiones de tierras a través de arriendos de larga duración, los cuales podían llegar hasta la perpetuidad. Al respecto no puede obviarse la *lex saltus*, menos la adopción sistemática de la forma de concesión en examen por Constantino, en coincidencia con las confiscaciones de tierras a los seguidores del movimiento cristiano (García Garrido, 2001, pág. 369).

En el periodo conocido como posclásico, se resalta que con el *ius emphyteuticam* el manejo de la distribución del riesgo desplazó el *periculum rei* en cabeza del ciudadano concesionario. Esa distribución del alea contractual se aprecia en una disposición del emperador Zenón, quien zanjó las diferencias existentes, indicando que el contrato era de

¹ Territorios pertenecientes a comunidades que dejaron de ser voluntariamente Estados independientes y luego fueron ciudadanos romanos con ciertos derechos restringidos.

² Las Colonias fueron establecidas como puntos de apoyo para la dominación al empezar al político de expansión.

naturaleza *sui generis*, motivo por el cual no se seguía la regla general de que la cosa perece para su dueño en los eventos de la ocurrencia de situaciones imprevisibles e irresistibles.

1.1.2 Societas publicanorum

Con el fin de evidenciar claramente los antecedentes remotos del contrato de concesión, es necesario referirnos a la obra pública, a pesar de ser dos contratos diferentes, en éste encontramos algunos vestigios de la figura en estudio.

Si bien la ejecución de las obras públicas se imponía a los ciudadanos de manera coactiva y gratuita, durante el periodo republicano se empezó a gestar la figura de *las societas publicanorum* (sociedades concesionarias). A través de esta forma de concesión, los particulares asumían las obligaciones de vigilar y controlar la correcta ejecución de la obra. Por lo tanto, los concesionarios ponían a disposición el personal y extendían garantías reales con el propósito de proteger el logro de las actividades acometidas.

El mecanismo idóneo para adjudicar la obra, era a través de la subasta pública, bajo la dirección de censores, cuestores o procuradores especiales. En dicho concurso se utilizaba una especie de pliego de condiciones (*leges censoriae o leges locationis*) dentro de los cuales se plasmaban las condiciones esenciales de la relación contractual, como son los derechos y

obligaciones de las partes contratantes. La subasta finalizaba con la aceptación de la mejor oferta. Durante la ejecución contractual era imposible introducir modificaciones, condición que generaba el derecho a reconocimientos a favor del particular contratista. El plazo de la concesión usualmente era de cuatro (4) a cinco (5) años, aunque en obras que demandaban una larga duración por su complejidad, el plazo podría extenderse mucho más.

1.1.3 Iure regalía

En la Edad Media, hasta la promulgación de la Carta Magna y la Revolución francesa, perduró en el sistema jurídico occidental la institución del *iure regalía*, referido a una serie de privilegios atribuidos al soberano.

De manera general, las prerrogativas enunciadas, estaban concentradas en los monarcas europeos durante el bajo medioevo, sin embargo, estas pasaron a manos de obispos y señores feudales en los siglos XI y XII, nutriendo así el proceso de atomización del poder.

Las regalías, como institución propia del derecho feudal, se encontraban divididas en dos clases: las mayores y menores. Respecto a las mayores, están las prerrogativas propias del actual poder soberano, no susceptibles de trasladarse a los particulares, tales como las facultades de acuñar la moneda, dictar leyes, administrar justicia, exigir impuestos, y otras

atribuciones que al día de hoy no son utilizadas, entre las cuales pueden citarse la definición de los márgenes marítimos, los derechos de conquista y descubrimiento, el derecho a deponer las armas en conflicto y la facultad de disponer del territorio.

El segundo grupo de regalías, las menores, comprenden otros privilegios de diversa categoría, que, si bien hacían parte del patrimonio del monarca, bien podían ser enajenados a terceros. En este conjunto de derechos se encontraban las facultades para explotar económicamente minas salinas, molinos, caminos y puentes. Es aquí donde encontramos los antecedentes más diáfanos del contrato de concesión, ya que se otorgaban a los particulares la posibilidad de explotar bienes a cambio del pago de un canon.

De acuerdo con lo anterior, en las regalías mayores, también se puede observar un antecedente a los contratos de concesión de manera general. En efecto, dentro de las regalías mayores, hay que resaltar el derecho de disposición sobre las tierras del que gozaba el soberano, debido a que, a través de esta figura, y por medio del vasallaje, se dio origen a una cadena de cesión de tierras que finalizaba con la explotación de bienes públicos en cabeza de particulares tal cual como sucede hoy en día con los contratos de concesión.

La adopción del sistema de regalías mayores adquiere importancia desde el bajo medioevo, época en el que la mayoría de soberanos en Europa reivindicaron como propiedad

los bosques que anteriormente no tenían propietario y los terrenos no cultivados excluidos de explotación (*terra nullius*).

Desde un enfoque económico, la reclamación de tierras realizadas por las monarquías europeas fue de trascendental importancia, debido a que para aquella época los bosques fueron la principal fuente de riqueza en un sistema económico y político que giraba en torno a la posesión de la tierra.

Debido a la acumulación de tierra por parte de los soberanos occidentales, la columna vertebral de la administración pública, civil y militar de varios reinos se estructuró bajo la figura del vasallaje, debido a que la existencia misma de lo que hoy conocemos como Estado, dependía en su totalidad de la buena fe y fidelidad de los señores feudales, la cual se manifestaba administrando, gobernando y combatiendo militarmente para proteger el nombre y los intereses del soberano.

Política y jurídicamente, las regalías quedaron comprendidas dentro de la figura del vasallaje, ya que, en virtud de ese vínculo entre soberanos y señores feudales, los primeros concedían tierras (feudos) a cambio de fidelidad y el cumplimiento de otros servicios adicionales.

Para la época, el vasallaje era un rito, por el cual un hombre se convertía en fiel de otro, prometiendo a éste su colaboración militar y la de las personas a su mando, a cambio de la protección del soberano, el disfrute de la tierra e inmunidad.

El vasallaje fue una institución que atrajo en menor magnitud a lo largo de todo el tejido social de la clase dominante del periodo histórico estudiado. Es por ello, que los señores feudales otorgaron tierras a los nobles menores y estos, a su vez, cedieron parte de estos terrenos a comunidades de valle, a grupos de *Curtes*, a vecindades o a personas particulares, a cambio de una retribución económica y a la exigencia del apoyo militar.

1.2 Antecedentes históricos del contrato de concesión en Colombia

Todo contrato estatal tiene como presupuesto la incapacidad del Estado de cumplir directa y exclusivamente sus obligaciones constitucionales, puesto que carece de suficientes recursos financieros, técnicos y logísticos, o tiene incluso inconveniencias políticas para hacerlo. Por tal razón, recurre a la colaboración de particulares que tienen interés en participar en la gestión de lo público, para asegurar la garantía de los derechos de los administrados desde múltiples perspectivas³.

³ En nuestro ordenamiento jurídico, existen varios asuntos en los que Constitucionalmente se ha reconocido la necesidad de colaboración de los particulares en el cumplimiento de los fines del Estado, verbigracia en la prestación de los servicios de seguridad social (artículos 48 y 49), educación (artículo 68) administración de justicia (artículo 116) y servicios públicos domiciliarios (artículo 365).

Aunque tradicionalmente el Estado había tenido el monopolio de la prestación de los servicios públicos y de la garantía de los fines que legitiman su existencia, el auge de la economía de mercado, ha generado un impacto en la concepción de los fines del Estado y de su relación con el sector privado. (Marín Cortés, Los servicios semipúblicos domiciliarios, 2010, pág. 14)

Esa visión tradicional se ha ido revaluando, al punto de reconocer en el particular un verdadero y necesario colaborador en la gestión de los asuntos públicos. En el caso de la prestación de los servicios públicos, que no dista de los cambios en la contratación estatal, por lo menos en la segunda mitad del siglo XX, esta transición hacia una gestión compartida de lo público se dio por las siguientes razones:

En síntesis, la crisis se manifiesta en varios aspectos que se deben tener en cuenta: i) la pérdida de control y dominio –representado en desvanecimiento y monopolio- que detentaba el Estado sobre la gestión de los servicios públicos; ii) en el auge del mercado, como escenario capaz de satisfacer la demanda de servicios de interés general, y iii) en el desdoblamiento funcional de la empresa privada, por la intención de gestionar lo público, especialmente los servicios públicos, pero conservando buena parte de sus principios e ideología. (Marín Cortés, 2010, pág. 16)

El repliegue de la actividad prestacional del Estado Social, desde entonces ha estado acompañado del fomento y el respeto a la libertad de empresa⁴, de modo que las actividades que se le confían al particular, tienen una fuerte incidencia de los postulados de libre competencia y mercado.

Esta resignificación de lo público altera las formas tradicionales de su gestión, al punto de reconocer que lo público no es equivalente al Estado, y que esas funciones o servicios que otrora solo prestaba el estado, ya hacen parte de la razón de ser de algunos particulares, en lo que la doctrina ha denominado *administración alterna o paralela de lo público*. En este sentido, Fabián Marín expresa:

En la Constitución Política colombiana, (art. 210, inc.2º), se afirma: “[...] los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señala la ley [...]”, y también indica –en el artículo 116- que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitro o de conciliadores, en las condiciones que determine la ley; de donde se colige que la prestación de las tradicionales funciones públicas no se predica, exclusivamente, en cabeza del

⁴ Reconocida en el artículo 333 de la Constitución Política, que prescribe: La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Estado, porque también pueden concurrir con él grupos privados, para el ejercicio de tales funciones.

“Uno de estos sectores es el de la administración alterna o paralela, el cual, en el ámbito de las relaciones económicas y políticas entre el Estado y la sociedad, puede propiciar el surgimiento de diferentes fenómenos, que van desde una mayor y productiva participación privada, hasta la apropiación y degradación de lo público en manos privadas. El concepto de administración pública alterna o paralela, o en general, lo público no estatal, hace reflexionar acerca de qué es el Estado hay entre este y lo público, teniendo siempre presente que el concepto de lo público no se puede resumir hoy en lo estatal puesto que en ciertas ocasiones se proyecta en lo privado.” (Marín Cortés, 2008, pág. 196).

Al margen de las críticas que, desde determinada postura ideológica en torno al rol del Estado pueda hacerse, lo cierto es que existen unos deberes específicos que debe cumplir el Estado, con unos recursos tangibles e insuficientes destinados para ello, que cada vez hacen más necesaria la intervención de los particulares a través de cualquiera de las modalidades de contratación.

En este contexto, el contrato de concesión es una de las formas de mayor uso en el cumplimiento de los objetivos constitucionales y legales trazados a través de la gestión de particulares que son quienes proveen los bienes y/o servicios, con autorización del Estado,

acudiendo a metodologías de financiación a través del cobro de tasas y tarifas, en contraprestación del beneficio prestado al administrado con inyecciones mínimas o nulas de recursos públicos para su ejecución y el traslado del riesgo tradicionalmente asumido por la entidad pública al particular.

A su vez, la obra pública que otrora también fue considerada como una labor prestada de manera exclusiva a cargo del Estado, de modo que la intervención de los particulares era totalmente excluyente y en el evento de ser necesaria estaba regulada de manera especial por un régimen jurídico cuyas disposiciones estaban destinadas a someter al particular los principios y normativa del derecho público (Muñoz Machado, 2004), ha tenido la transición a que se viene haciendo alusión.

La financiación de las obras públicas estaba supeditada, en su totalidad, a la ejecución de partidas presupuestales provenientes del erario. Pero dentro del mismo devenir histórico marcado por el auge de la economía de mercado, fue cada vez más evidente la necesidad de vincular el capital de inversionistas privados, toda vez, que las necesidades en el desarrollo de infraestructura rebasaba la capacidad económica de las entidades públicas. (Dávila Vinuena, 2001)

Teniendo presente las exigencias económicas del modelo liberal, para el siglo XIX se planteó una clase de contrato, independiente al de obra, consistente en el encargo que se le

hacía el particular para ejecutar un trabajo público, cuya inversión estaba supeditada a su riesgo y ventura, cuyo retorno o compensación de los recursos invertidos se haría a través de la explotación económica de la obra encargada, una vez esta fuera finiquitada. (Dávila Vinuena, 2001)

Así observamos que las primeras concesiones, especialmente las de obra pública, se utilizaron como figura jurídica para satisfacer necesidades tales como, ferrocarriles, canales artificiales de navegación, diques y vías públicas, dentro de las que se destaca la remota concesión de puentes y balsas regulada en Prusia por orden del Gabinete del 21 de julio de 1809, la concesión del canal del Danubio al Meno otorgada a una sociedad por acciones mediante la Ley de Baviera del 1 de julio de 1834, y la concesión de ferrocarriles de ese mismo Lander, entre Nuremberg y Furth, un año después (Mayer, 1954, pág. 149), como eventos primigenios de concesión propiamente dicha.

Es importante precisar, que en el devenir histórico de la regulación de la figura, los primeros antecedentes están en el contrato de obra pública. El primero de ellos, se ubica en el año de 1847, ya que, por Decreto del 21 de abril, el Congreso de la entonces denominada Nueva Granada, otorgaba a quien realizara actividades de “construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación, el derecho a cobrar una suerte de tarifa a los usuarios de dichas vías por un término de veinte años a manera de incentivo”. (Urueta Rojas, 2006) Después vendrían los Decretos del 8 de junio de 1847 y de

04 de junio de 1850, por medio de los cuales se establecía una concesión de obra pública para construir y operar un camino de hierro que uniera los dos océanos en el istmo de Panamá (Castaño Parra, 2011).

Así mismo, se resaltan otros antecedentes que, aunque en estricto sentido no corresponden al contrato de concesión de obra pública, en su gran mayoría si pueden tenerse como antecedentes del sistema concesional actual, tales como a) La Ley 69 de 1871, que constituye un antecedente de las iniciativas privadas, b) La Ley 5 de 1876 que autoriza al ejecutivo para entregar en concesión la “construcción de un muelle de madera en Tumaco”; y c) Las Leyes 104 de 1892 (Congreso de la República de Colombia, 1892) y 18 de 1905, (Congreso de la República de Colombia, 1902) que establecían verdaderos contratos de concesión de obra pública para el desarrollo de la red ferroviaria del país.

Ya en el siglo pasado, los antecedentes del contrato de concesión de obra pública en Colombia, como sistema concesional, se remontan al Decreto Extraordinario 150 de 1976, (Gobierno Nacional, República de Colombia, 1976) el cual evidencia la existencia del sistema de concesional, bajo dos perspectivas, una como contrato independiente y otra como sistema de pago de obras públicas. Esto significa que la concesión no solo es entendida como un contrato independiente, sino también como una forma de pago de un contrato de obra pública, lo cual necesariamente implica preguntarse: ¿Por qué el cambio de concepción de una forma de pago a un tipo contractual independiente?, o ¿Por qué esa dicotomía en el Decreto?, sin

embargo, dicha disertación no le corresponde a éste estudio, por lo cual se dejan estas inquietudes a la comunidad académica.

El citado Decreto en su artículo 69, establecía la concesión como un método o forma de pago del contrato de obra pública; situación que, pese a no dar mayores luces, sí evidencia que el aspecto financiero de la concesión constituía de plano un elemento esencial de la definición del contrato. Lo anterior, se ratifica con lo que se establece más adelante en su artículo 92⁵, en el que al referirse al contrato de concesión como un tipo contractual independiente, limita sus alcances a la ejecución de obra y no a la prestación del servicio público, es decir, presupone la construcción de obra como un requisito indispensable para la celebración de éste tipo contractual, lo cual dejaría de fuera de la órbita legal, cualquier consideración que se hiciese frente a la concesión de servicios públicos. Del citado artículo, se desprenden los siguientes elementos como típicos del contrato de concesión de obra pública:

- Se realiza por cuenta y riesgo del concesionario
- El objeto recae expresamente sobre una obra
- El ente concedente mantiene el control
- Puede implicar o no la ocupación de bienes públicos

⁵ ARTICULO 92. DE LA DEFINICION DEL CONTRATO DE CONCESION. Mediante el contrato de concesión, una persona llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra.

-La remuneración del concesionario, consiste exclusivamente en el cobro de derechos de uso a los usuarios de la obra, sin que fuese posible legalmente que en el contrato de concesión se obtuviera como forma de pago, suma alguna diferente a la anteriormente señalada.

El hecho de entender la concesión o el sistema de concesión, como una forma de pago y elemento esencial de un contrato de obra, se centra igualmente en la posibilidad prevista por el mismo decreto en su artículo 95,⁶ al señalar la posibilidad de celebrar contratos que incluyan diferentes formas de pago, entre ellas la de concesión.

La concepción del sistema de concesional, como una forma de atraer recursos del sector privado, para inversión en obras públicas, se encontraba reforzada al tenor de lo previsto en el artículo 94, que parecería estar destinado a proponentes extranjeros, pues establecía como una obligación del concesionario la “preparación técnica del personal colombiano que designe la entidad concedente”, para que éste personal una vez terminada la concesión, asumiera la organización y dirección de la obra.

⁶ Íbidem

Más adelante, la concesión aparece nuevamente en el Decreto 222 de 1983⁷, como tipo contractual y como forma de pago. Al respecto, el artículo 16⁸ del citado decreto, cuando se refiere a la clasificación y naturaleza de los contratos, establece una clara diferenciación entre los contratos de concesión de servicios públicos y los de obra pública, clasificación que es reafirmada por lo dispuesto en su artículo 80 del mismo ordenamiento. Por otra parte, el artículo 82⁹ referido a las formas de pago del contrato de obra pública, reproduce el concepto ya citado en el Decreto 150 de 1976, (Gobierno Nacional, República de Colombia, 1976) cuando se refiere al otorgamiento de concesiones, como una de las formas de pago del contrato de obra.

Finalmente, este Decreto define el contrato de concesión de obra pública en su artículo 102, manteniendo en esencia los mismos elementos previamente señalados frente al Decreto 150 de 1976, con la diferencia que esta nueva normatividad, no hace referencia a que la concesión puede implicar o no la ocupación de bienes públicos.

Del análisis de los dos Decretos reglamentarios, que en materia de contratación estatal se han referido en éste escrito, se infiere que al ser entendida la concesión como una forma de

⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DECRETO 222 de 1983, de fecha Febrero 02 de 1983, “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones” publicado en el Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983.

⁸ Ibídem, “ARTICULO 80. DE LOS DISTINTOS CONTRATOS. El presente estatuto trata de los siguientes contratos: de obras públicas, de consultoría, de suministro, de compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, concesión de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros.”

⁹ Ibídem, “ARTICULO 82. DE LAS FORMAS DE PAGO EN LOS CONTRATOS DE OBRA. Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran: 1. Por un precio global. 2. Por precios unitarios, determinando en monto de la inversión. 3. Por el sistema de administración delegada. 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y 5. Mediante el otorgamiento de concesiones.”

pago, es evidente que la financiación surge como un elemento esencial del contrato de concesión, pues el pago por las actividades realizadas por el concesionario provendría de “los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”, (Urueta Rojas, 2006) siendo así, el concesionario no recibiría dineros del Estado para la construcción, y su pago solamente se daría en la medida que la obra estuviese terminada y en funcionamiento, generando ella misma los recursos para el pago y retribución del concesionario, aspecto que es congruente con lo establecido en el Decreto de marras.

La innovación del Decreto 222, consiste en regular de manera directa el tema de concesión por el sistema de peajes, al señalar en sus artículos 105¹⁰ y 106, reglas como que (i) el recaudo del peaje tiene una destinación específica a gastos del contrato, administración y utilidad del concesionario, (ii) es competencia de la entidad contratante determinar el monto de los derechos o tarifas que se cobren en el peaje, (iii) se pueden combinar, para efectos del contrato de concesión de obra pública, las formas de pago previstas en el artículo 82, es decir que el contrato de concesión puede establecerse por precio global, precios unitarios, administración delegada, reembolso de gastos y pago de honorarios, sin embargo, estas formas de pago deben interpretarse respecto de la modalidad contractual.

¹⁰ Antecedente principal de la Ley 105 de 1993.

No obstante, debe tenerse en cuenta la limitación que establece el artículo 102, al restringir las fuentes de pago del contrato de concesión al recaudo de derechos de uso. Es decir, conforme a esa limitación, no podría pensarse como posteriormente se hizo en la Ley 80 y la Ley 105 de 1993, (Congreso de la República de Colombia, 1993) que la concesión tuviera fuentes de pago diferentes a los recursos que produjera la misma obra.

Se considera entonces que estas reglamentaciones establecen una mejor definición del contrato de concesión de obra pública, pues hace explícito el factor de financiación que requiere este tipo de contratos, al limitar la fuente de pago a los recaudos, rendimientos o utilidades que produzca la obra. Ello implica necesariamente, que los recursos públicos que usualmente se van a este tipo de contratos, puedan tener otra destinación presupuestal, de acuerdo a las necesidades del Estado, percepción y enfoque que ha sido tomado entre otras por la Ley 1508 de 2012. (Congreso de la República de Colombia, 2012)

1.3 Naturaleza Jurídica de los Contratos de Concesión

El contrato de concesión es una de las principales herramientas contractuales con las que cuenta el Estado para dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado, constituyéndose en mecanismo que busca armonizar el interés público de la entidad concedente y el interés privado de aquellos que ejercen el rol como concesionario, pues la concesión se funda en principios de interés general sometidos al control estatal, pero de otro lado propende por la

búsqueda de un interés económico del concesionario que quiere utilidades con la ejecución del contrato.

Entre los contratos administrativos, uno de los más importantes es el contrato de concesión, según (Rojas, 1972, pág. 158) su importancia le proviene no sólo de la duración que suele dársele, sino también de las modalidades jurídicas que reviste, de su trascendencia para el bienestar colectivo y de su significación económica, tanto por lo que respecta al concedente, como lo que se refiere al concesionario.

Este contrato es importante porque de su adecuada regulación jurídica, depende en gran parte la eficiente prestación de muchos servicios que son de gran trascendencia en la sociedad, y el cumplimiento de los fines inherentes a un Estado Social de Derecho. Ahora bien, admitir la posibilidad de que los particulares cumplieran funciones administrativas no ha sido una cuestión pacífica, pues en un principio según la teoría clásica del servicio público estas eran obligaciones de los gobernantes, que debían satisfacer los intereses generales de los gobernados, pero con la permisión progresiva de la intervención del particular en los asuntos que antes eran privativos de las autoridades públicas se ha generado un verdadero debate en torno a la determinación de las actividades consideradas de interés general que se podían someter a la lógica de los particulares.

Para Leon Duguit, defensor de esa posición primigenia de gestión privativa de lo público para el Estado, los servicios públicos son actividades cuyo “cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante” (1975, pág. 40).

Posteriormente aparece la tesis del Estado interventor, aumentando el Estado su campo de acción con el objeto de satisfacer las necesidades de la comunidad y mejorar su calidad de vida. Es en esta etapa donde se permite la intervención de los particulares en la prestación de los servicios, porque el Estado no cuenta muchas veces con los recursos técnicos y financieros para la gestión eficiente de los mismos. Se rompe así, la tesis clásica del servicio público, y lo convierte en elemento y actividades destinadas a satisfacer las necesidades públicas, que ya no sólo deben ser prestadas por los gobernantes, sino que también lo pueden hacer los particulares bajo el control y vigilancia de la Administración Pública.

La doctrina especializada en ha recogido posturas que consideran que los particulares pueden desarrollar actividades que anteriormente eran eminentemente estatales, fundado en análisis de modo tiempo y lugar, al respecto André de Laudebere ha señalado que las concepciones sobre la prestación del servicio público “varía según las épocas y los conceptos de los hombres sobre el poder; no existe servicio público por naturaleza. El Estado podrá

juzgar oportuno convertir en servicio público una necesidad que más tarde podría dejar a la iniciativa privada” (De Laubedere, 1984, pág. 21)

En este punto, cabe resaltar que la propia Constitución Política de 1991, contiene disposiciones de las que se desprende toda la regulación del contrato de concesión, bajo una lógica según la cual los particulares pueden participar en la gestión de la prestación de los servicios públicos que son inherentes a la finalidad del Estado, a manera de ejemplo como lo señala el artículo 365 de la Constitución Política¹¹

Se insiste entonces en la idea que, pese a que la prestación de servicios públicos sigue siendo un fin inherente al Estado, los particulares pueden participar en la gestión de la consecución de esos fines.

1.4 Características de los Contratos de Concesión

Aunque inicialmente se concebía a la concesión como un instrumento ligado necesariamente a la construcción de una obra, y al explotarla se remuneraba al contratista, luego se le ha entendido como una operación más compleja cuyo elemento más importante no

¹¹ ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

es la construcción, sino la explotación consistente en la gestión de un servicio público, al punto que se ha usado y regulado como medio de realización de determinados servicios públicos, sin obra previa especial (García Oviedo, 1968).

Ahora, con el ánimo de hacer un análisis conceptual más esquemático de la figura del contrato de concesión, se abordarán las cuestiones de a) su objeto, características y elementos, b) su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano, c) los riesgos que se derivan de él.

1.4.1 Objeto y características y elementos del contrato de concesión

El objeto del contrato de concesión es confiar al concesionario, generalmente una persona de derecho privado, la ejecución de un servicio público que, en principio, está a cargo de una entidad pública y sin privatizarlo. Por lo tanto, implica una “*verdadera delegación*” en el sentido que el particular toma el lugar del Estado y se pone al frente del cumplimiento de la función que le corresponde a este último (Solano, Derecho procesal Contencioso Administrativo, 1994).

Este contrato se caracteriza por ser a) de tracto sucesivo, b) *in tuito personae*, c) solemne, d) típicamente estatal, e) contemplar en su objeto la provisión de bienes y/o servicios públicos, f) se ejecuta por cuenta y riesgo del concesionario con la supervisión por parte del

Estado, g) los usuarios que se benefician de la provisión de los bienes y/o servicios públicos son los que se remuneran al concesionario y h) tienen implícita la cláusula de reversión.

(Urueta Rojas, 2006)

Parte de la doctrina acepta que pueden existir varias modalidades de concesión: la simple concesión en la que el privado asume de manera exclusiva los riesgos y beneficios de la prestación del servicio, la concesión interesada que consiste en la entidad pública es quien explota el servicio pero un particular es el encargado de su gestión y como contraprestación se le asigna una parte de la participación en los recursos obtenidos; el concierto concesional caracterizado por su duración ilimitada en el tiempo; y, por último, el contrato de concesión de infraestructura a través del cual el particular construye, rehabilita y conserva la infraestructura a cambio de su explotación económica (Parra Gutiérrez, 1998).

Así mismo, el tratadista Luis Guillermo Dávila Vinueza ha señalado que la concesión, regulada en el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993, se ha consagrado genéricamente como institución contractual aplicable a las diferentes modalidades de concesión traslaticias de derechos, al punto que la norma recoge sus diferentes modalidades básicas, como son la Concesión de servicios públicos para su prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial; la Concesión de obra o de bien destinados al servicio o uso público, para su construcción, explotación o conservación total o parcial; y la Concesión de bienes estatales. (DAVILA, 2016, pág. 873)

Con el ánimo de dar mayores luces en el análisis sobre este tipo de contrato, se procederá a definir sus elementos integradores:

1.4.1.1 Las partes.

El contrato de concesión, como acto jurídico bilateral implica la intervención de dos partes. Por un lado, se encuentra el concedente, que es la entidad estatal que entrega la provisión del bien y/o servicio para ser ejecutado en razón a su imposibilidad de cumplir su obligación de manera directa. (Muñoz Machado, 2004) Debe estar investida de competencia para suscribir contratos, según las reglas del artículo 2° de la Ley 80 de 1993¹², y ser la titular de la actividad que pretende concesionar.

La otra parte es el concesionario, que será quien se obliga en todas o alguna de las siguientes actividades propias de la concesión: construir, mantener, operar, gestionar y/o conservar las actividades concedidas. Podrá ser cualquier persona que tenga capacidad de

¹² ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

- a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.
- b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

obligarse según las leyes generales, por lo tanto, podrán ser naturales o jurídicas, de derecho privado, público o mixtas, individuales o en unión temporal o consorcio. (Urueta Rojas, 2006)

1.4.1.2 Un acuerdo entre las partes.

Como requisito de existencia para todo contrato en general, las partes deben estipular las obligaciones recíprocas a que cada una de ellas se encuentra obligada con la celebración del contrato.

1.4.1.3 La remuneración

Los contratos estatales en general, y los de concesión en particular, son onerosos en cuanto que reportan utilidad o beneficio para ambas partes, que se gravan una a favor de la otra (DAVILA, 2016). No hay contrato de concesión carente de remuneración, pues uno de sus elementos esenciales es la explotación económica de la actividad concesionada.

En este punto no puede perderse de vista que la remuneración no proviene exclusivamente por parte de la Entidad concedentes, sino que pueden estipularse diversas formas de pago, en atención a la estructuración financiera del proyecto. La propia Ley 80 de 1993, ha señalado que el precio puede pagarse mediante el otorgamiento de derechos evaluados económicamente, el cobro de tasas, valorización, porcentajes de participación o cualquier otra modalidad que se requiera por virtud del objeto contractual.

La remuneración a través tasas es un ingreso que se establece por parte de la entidad pública que se cobra sólo cuando el administrado decida usar el servicio público prestado por el particular, quien a su vez tiene la potestad de hacer el respectivo cobro a los usuarios. Por su parte, la valorización es una compensación que pagan los titulares del derecho de dominio de bienes inmuebles que se benefician de la ejecución de una obra pública; beneficio que se traduce en el aumento de valor comercial de sus inmuebles. (DAVILA, 2016)

1.4.1.5 Objeto

Según la definición legal contenida en el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993, el objeto del contrato de concesión puede consistir en 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, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio. Lo que sea que se pacte en desarrollo de ese precepto legal, debe ser posible jurídicamente, determinado y lícito.

La licitud del objeto del contrato estatal, se refiere a que sea acorde con la Ley, el orden público y las buenas costumbres. En este punto de la licitud del objeto, Dávila Vinueza ha señalado:

Dentro de este requisito podemos incluir toda violación de las normas imperativas que las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 consagran para la selección de contratistas y en relación con la finalidad de la contratación, así como las causas expresas de nulidad absoluta que el

artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece caracterizadas por constituir trasgresión de una norma imperativa (DAVILA, 2016, pág. 563).

La ejecución del objeto debe ocurrir por cuenta y riesgo del concesionario; es decir, que éste tendrá que poner a disposición los recursos humanos, financieros, técnicos y logísticos para cumplir con sus obligaciones, además de asumir los riesgos previsibles según la asignación que de los mismos se haga en la etapa precontractual, en atención al objeto a contratar.

1.4.1.6 Plazo

Una de las características que comporta el tipo de contrato concesión y que se desprende de la definición es su carácter temporal. Sin embargo, como regla general, la Ley 80 de 1993 no estableció un término máximo en los contratos de concesión, como sí en normas especiales sobre varios sectores. Sin embargo, la Ley 1508 de 2012, que reguló las asociaciones público privadas determinó que, en el entendido que las concesiones deben incluirse dentro de la actual regulación, no podrán tener una duración de más de treinta años, contando su plazo inicial y sus respectivas prórrogas. (Congreso de la Republica , 2012)

1.5 El contrato de concesión en el ordenamiento jurídico colombiano

Este contrato fue regulado por el Decreto Ley 222 de 1983 (Gobierno Nacional, República de Colombia, 1983) en su artículo 247,¹³ donde la idea principal de éste, era que

¹³ Artículo 247. De la definición. No obstante lo dispuesto en los capítulos 1º, 2º, 5º, 6º, 7º y 17 de este título y en el título 10, en casos especiales el Consejo de Ministros podrá autorizar la contratación de una obra que incluya el diseño, la financiación, la construcción, suministro,

mediante un solo negocio jurídico se pudiera contratar diversas actividades, como lo es el diseño, la financiación, la construcción, suministro, montaje e instalación de los equipos y maquinaria, y entrega de obra en funcionamiento. Y la norma establecía un procedimiento especial, ya que no se exigía el cumplimiento total de requisitos establecidos en el Decreto Ley 222 de 1983, para la celebración de los contratos; sólo se requería la autorización previa del Consejo de Ministros, y que el contratista se escogiera mediante el proceso de licitación Pública; éstos eran los únicos requisitos exigidos. Un mismo contratista se hacía responsable ante la entidad pública de todas las obligaciones, desde la ejecución del diseño hasta la entrega de la obra en pleno funcionamiento, pasando por la consecución de los dineros para la financiación de la misma. Este contrato fue llamado por la doctrina como “contrato llave en mano”, ya que además de la obligación de financiar el proyecto, el contratista tenía la obligación del diseño.

Posteriormente, con la Ley 80 de 1993 se le dio una tipificación al contrato de concesión, cuya noción está planteada en su artículo 32.¹⁴

Aunado a esto, en la Ley 80 de 1993, no solamente se tipificó a grandes rasgos el contrato de concesión, sino que también se hizo alusión concreta -arts. 33 a 38- a la

montaje e instalación de equipos y maquinarias, si fuere el caso, y la obligación del contratista de entregar la obra en funcionamiento. En estos eventos, el contrato deberá estar precedido de licitación pública.

También podrá autorizar el Consejo de Ministros la celebración directa de esta clase de contratos con otros gobiernos. Cuando la respectiva legislación lo permita, se garantizará el procedimiento de licitación circunscrita a firmas de los respectivos países; en caso contrario, se podrá escoger directamente al contratista. En todo caso, se establecerán condiciones y procedimientos que garanticen precios justos y consulten el interés nacional.

¹⁴ ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

4o. Contrato de Concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada 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, así como todas aquellas 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 que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden

posibilidad de suscribir contratos de concesión campos específicos como las telecomunicaciones, la radiodifusión sonora y los servicios postales.

De las disposiciones que se acaban de reseñar, se infiere que el Estado no pierde la titularidad del bien o servicio concesionado, sino que otorga al particular su realización y explotación a su cuenta y riesgo, a cambio de un incentivo económico que puede determinarse con múltiples formas de financiación. Por lo tanto, aunque el concesionario se convierte en un colaborador de la administración pública y detenta ciertas prerrogativas contractuales para la ejecución del objeto contratado, el Estado mantiene la dirección, control y vigilancia de la actividad concesionada.

Los diversos tipos de concesión, a saber: i) la concesión de explotación de un bien de propiedad del Estado, ii) la concesión de servicios públicos y iii) la concesión de una obra pública, pueden pactarse con los siguientes objetos:

- Mantener, es conservar un bien en un periodo de tiempo en condiciones adecuadas para su uso y disfrute. Mantener incluye reparar, arreglar, rehabilitar con el fin de evitar o corregir el deterioro del bien.
- Operar, consiste en poner a funcionar el bien para que cumpla la finalidad con el cual fue creado o construido. Implica una labor de acción mayor por parte del concesionario.
- Organizar, implica coordinar medios y personas para lograr una finalidad determinada con el bien o servicio.

- Gestionar, supone a, dirigir, orientar, ordenar y organizar los medios requeridos para lograr el cumplimiento de la finalidad del bien o servicio.
- Construir, consiste en crear una obra, un bien material con la finalidad de aprovecharla.
- Explotar. Esta actividad se da con la obtención de un provecho de una obra o servicio. Implica la generación de utilidades que superen los costos del mantenimiento del bien o la prestación del servicio. (DAVILA, 2016)

1.6 Los riesgos en el contrato de concesión

Durante la vigencia del contrato y en la ejecución de cada una de las obligaciones particularmente establecidas, se pueden presentar diversos fenómenos externos, previsibles o imprevisibles, que pueden llegar a afectar el cabal desarrollo de la concesión e incluso modificar las condiciones contractuales iniciales y una variación en los resultados esperados. Por lo tanto, deben determinarse dichas posibilidades en su probabilidad e impacto con el fin de fijar no sólo un tratamiento para reducir sus consecuencias sino además qué parte las asumirá.

El esquema de asignación de los riesgos se basa en los riesgos previsibles debido a la información disponible que se tiene sobre los mismos. Por lo que a mayor información se pueden tomar medidas más efectivas que controlen la incidencia en la ejecución del contrato. Sobre los imprevisibles, al no contar con información sobre los mismos, se someterán a reglas diferentes que incluso pueden sobrepasar la órbita del acuerdo de voluntades.

El riesgo siempre está sujeto a la ocurrencia o realización de una determinada condición, por lo que está siempre sometido a los aleas. Aun así, se puede cuantificar económicamente en términos razonables el costo en caso de llegarse a producir el fenómeno.

El riesgo se define técnicamente como: la probabilidad de ocurrencia de eventos que afectan la ejecución del contrato. En este sentido es necesario: reconocer los riesgos que siempre han existido, existen y existirán; los riesgos no se pueden prever con total certidumbre, pero se pueden mitigar; manejar el riesgo es un negocio; esto quiere decir, requiere negociación, acuerdo entre las partes, previsión; y la ocurrencia del riesgo afecta las partes.

En la ley 80 de 1993 (Congreso de la Republica , 1993) la mención específica a la cobertura de riesgos, se contrae al párrafo segundo el artículo 41,¹⁵ que hace referencia

¹⁵ **PARÁGRAFO 2o. OPERACIONES DE CREDITO PÚBLICO.** Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales.

Así mismo, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. 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 Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales.

Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación.

Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento

al perfeccionamiento del contrato, señalando que en lo relativo a las operaciones de crédito público, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, conversión, sustitución, compra y venta de la deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen.

Sin embargo, los numerales 7 y 12 del artículo 25¹⁶ de la citada ley, son los que le dan pauta para la distribución de riesgos, al señalar, que en virtud del principio de economía:

de la garantía de la Nación, se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previos los conceptos favorables del CONPES y del Departamento Nacional de Planeación.

El Gobierno Nacional, mediante decreto reglamentario que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993, con base en la cuantía y modalidad de las operaciones, su incidencia en el manejo ordenado de la economía y en los principios orgánicos de este Estatuto de Contratación, podrá determinar los casos en que no se requieran los conceptos mencionados, así como impartir autorizaciones de carácter general para dichas operaciones. En todo caso, las operaciones de crédito público externo de la Nación y las garantizadas por ésta, con plazo mayor de un año, requerirán concepto previo de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público.

¹⁶ **ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.** En virtud de este principio:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

12. <Numeral modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

(7) la conveniencia o inconveniencia del objeto por contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso, y que (12) con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones. Es decir, son los momentos en el proceso contractual indicado para establecer con claridad las reglas del juego y las responsabilidades en torno al tema de riesgos.

A su vez, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República, 2007) se estableció un nuevo sistema en el manejo de los riesgos, su artículo 4¹⁷ establece que la Entidad Estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente.

En la doctrina extranjera sobre el tema el riesgo en las adquisiciones se define como los eventos que pueden afectar la realización de la ejecución contractual y cuya ocurrencia no puede ser predicha de manera exacta por las partes involucradas en el Proceso de Contratación (DIMITRI N., Cambridge University Press)

¹⁷ **ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES.** Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

De esta manera, uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública es el manejo del riesgo del Proceso de Contratación. En consecuencia, la administración o el manejo del riesgo debe cubrir desde la planeación hasta la terminación del plazo, la liquidación del contrato, el vencimiento de las garantías de calidad o la disposición final del bien; y no solamente la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato. El Decreto 1082 de 2015 (Gobierno Nacional de Colombia , 2015) define Riesgo como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un contrato. También, el Decreto 1082, establece que la Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos.

El Decreto 1082 DE 2015, se refiere al Riesgo previsible puesto que es un concepto que se deriva de las normas ya citadas contenidas en la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República, 2007) y en el Decreto 4170 de 2011. (Gobierno Nancioal de Colombia, 2011) Para tal efecto, Colombia Compra Eficiente ha establecido Manuales de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación dirigido a los partícipes del sistema de compras y contratación pública buscando ofrecer lineamientos y principios metodológicos de manejo y en la gestión de Riesgos en el Proceso de Contratación y el cual tiene en cuenta el Documento Conpes 3714 de 2011. (Departamento Nacional de Planeación, 2011)

Existen diversos tipos de riesgos que pueden afectar la ejecución de un contrato de concesión, a saber:

1.6.1 Riesgo comercial

Consiste en el riesgo que está vinculado a los ingresos operativos proyectados, y que pudieran derivar en una disminución de los ingresos esperados o proyectados inicialmente, incluye los elementos de riesgo de demanda y riesgo de cartera. (URUETA ROJAS Juan Manuel, 2010)

Se presenta cuando los resultados operativos son diferentes a los esperados en razón a que la demanda del proyecto es menor o mayor a la que se proyectaba, y cuando se imposibilita el cobro de tasas y tarifas por su prestación debido a factores de mercado, no pago o evasión en su pago. (MATALLANA, 2013)

La jurisprudencia arbitral ha entendido este riesgo en los siguientes términos “Este riesgo se asocia a fluctuaciones en las variables que afectan las proyecciones de ingresos y en su efecto sobre la rentabilidad del negocio, esto es, de una parte, el tráfico y de otra, las tarifas. (COLOMBIA LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, 2001)

A manera de ejemplo en concesiones de vías, dicho riesgo es posible trasladarlo al concesionario, en virtud de lo previsto en el artículo 32 No. 4¹⁸ al referirse al “riesgo y ventura”¹⁹. Quien debe suministrar el estudio de tráfico es el concesionario, en caso que el estudio de tráfico sea entregado por la entidad, no puede exonerarse de responsabilidad y trasladar la responsabilidad al concesionario, en virtud de lo previsto en el artículo 26²⁰ de la Ley 80 de 1993. El Riesgo de tráfico o de los niveles de demanda, de la concesión por obra pública en proyectos de infraestructura vial, conlleva la principal causa de desequilibrio económico del contrato de concesión, y tiene repercusión directa sobre la tasa de interna de retorno proyectada y sobre el modelo financiero.

¹⁸ **4o. Contrato de Concesión.**

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada 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, así como todas aquellas 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 que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

¹⁹ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO MUNICIPIO DE NEIVA CONTRA DISTRIBUCIONES ELÉCTRICAS DE SABANAS LTDA “DISELECSA LTDA” E INGENIERÍA, SUMINISTROS, MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. “I.S.M. S.A.” UNIÓN TEMPORAL “DISELECSA LTDA – I.S.M. S.A.” LAUDO ARBITRAL Bogotá D.C., catorce (14) de Agosto de dos mil siete (2007). WILLIAM NAMÉN VARGAS, JOSÉ JOAQUÍN BERNAL ARDILA, LUIS FERNANDO VILLEGAS. “La expresión “por cuenta y riesgo del concesionario”, no implica la asunción general e ilimitada de todos los riesgos de la contratación. A este respecto, los riesgos constitutivos de la esencia o definición de la concesión, están referidos a la empresa, negocio, actividad, gestión o explotación empresarial y comercial del concesionario y a lo expresamente pactado.”

²⁰ 6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

1.6.2 Riesgo de demanda

Se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los proyectados en razón de respuestas negativas por parte de usuarios, ciclos económicos, cambio de hábitos de consumo no esperados, incursión de tecnologías sustitutivas, entre otros que incidan sobre la demanda. (MATALLANA, 2013)

El riesgo de demanda, involucra factores que se encuentran bajo el control del concesionario y factores que no se encuentran bajo su control, vale la pena recordar que, en las concesiones de primera generación, se establecía una garantía mínima de tráfico del concesionario, por medio de la cual el estado garantizaba unos ingresos mínimos al concesionario, sin importar si la vía concesionada presentaba un tráfico inferior al mínimo previsto.

No obstante lo anterior, debido a las múltiples críticas que recibió éste mecanismo contractual; resulta conveniente considerar, partiendo de los supuestos que en los estudios previos deben realizarse las proyecciones de la demanda futura del proyecto, si debería existir un porcentaje o nivel de riesgo, que retuviera la administración, estableciendo un porcentaje que juegue hacia arriba y hacia abajo sobre el nivel de demanda previsto, porcentaje por fuera del cual deberá reconocer un mayor ingreso al previsto y en consecuencia una disminución del plazo, para la recuperación de la inversión.

El límite legal a éste riesgo, lo constituye el retorno de la inversión privada involucrada dentro del proyecto de infraestructura (Patricia., 2010), pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la administración pública y una consecuencia ruptura de las cargas y obligaciones públicas previstas en nuestro texto Constitucional.

1.6.3 Riesgo de financiación

Este riesgo implica dos elementos esenciales, el primero es la consecución de la financiación y la obtención del cierre financiero del proyecto, y el segundo es lo que tiene que ver con las condiciones financieras que pueden afectar el proyecto, tales como moneda, tasas y plazos.

La jurisprudencia Arbitral ha entendido este riesgo en los siguientes términos: “El riesgo financiero se asocia a fluctuaciones en las variables de tasa de interés, (costo y volatilidad), plazo, estructura de capital y tasa de cambio, y su efecto sobre la rentabilidad de un negocio.” (COLOMBIA LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, 2001), puede conllevar también fenómenos tales como liquidez y en general el cambio de las condiciones financieras. El documento CONPES 3714 (Departamento Nacional de Planeación, 2011), indica que se transfiere de acuerdo a la información suministrada o disponible, a la parte que éste en mejores condiciones de soportarlo, en éste caso se varía la política de riesgos del Estado en materia de concesiones, pues antes se trasladaba al Concesionario. No obstante, lo anterior, igual que cualquier riesgo previsible no puede ser ilimitado y debe estar cuantificado, para que haga parte de la ecuación económica del contrato.

1.6.4 Riesgos de construcción

Se refiere a que el monto y la oportunidad de costo de la inversión no sean los previsibles por cambio en las cantidades de obra, cambio en los precios unitarios o cambios en el plazo de ejecución de la construcción. (MATALLANA, 2013)

Este riesgo tiene tres componentes:

- a) Cantidades de obra: sucede cuando la inversión requiera de cantidades de obra distintas a las previstas;
- b) Precios: Sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión son distintos a los previstos;
- c) Plazo: Sucede cuando la obra se deberá realizar a un mayor tiempo del inicialmente previsto.

Durante la etapa de pre inversión y estructuración de los proyectos, se debe contar con los estudios respectivos y adelantar actividades que permitan contar con un adecuado nivel de información, con el objeto de fortalecer el análisis de costos, los cual reduce los factores que inciden sobre el nivel de riesgo del proyecto.

Como regla general, los riesgos d construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción, tales como el programa de construcción, la adquisición de equipos, las tecnologías asociadas al proyecto, la compra de materiales, entre otros. Lo

anterior supone que el constructor cuenta con la información suficiente para realizar el costeo, tener en operación el proyecto en la fecha prevista y en las condiciones de operación establecidas, así como el tiempo suficiente para realizar las evaluaciones necesarias para asumir este riesgo. Esto implica que, en caso que fallen los supuestos programas y/o costos previstos por el contratista, éste asume los costos asociados con este riesgo. Esto permite mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño Y utilización de nuevas tecnologías. (Departamento Nacional de Planeación, 2011)

En aquellas concesiones que impliquen construcción que presenten un alto componente de complejidad técnica o geológica que impida contar con información suficiente y confiable para estimar el riesgo, las entidades estatales podrán considerar el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos de construcción asociados con la complejidad identificada. Como mecanismos para mitigar el riesgo, se exige al ejecutor del proyecto el cumplimiento de requisitos de experiencia en diseño, construcción y de puesta en marcha, acordes con las características técnicas del mismo.

1.6.5 Riesgo de operación

Su ocurrencia se presenta cuando no se cumplen los parámetros de desempeño contractuales en razón al aumento de costos de operación y mantenimiento, disponibilidad de

insumos y sus costos y la interrupción de la operación por acto u omisión del operador.

(MATALLANA, 2013)

El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto debido a que implica menores niveles de productividad, e induce a un incremento de costos. La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio de que éste tiene mayor control sobre la operación, salvo en los casos en que la misma involucre actividades a cargo de la entidad estatal, y actividades a cargo del inversionista privado, a raíz de las cuales este riesgo puede ser compartido, como en el caso de la actividad aérea. Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento de requisito de experiencia en operación y capacidad técnica.

(Departamento Nacional de Planeación, 2011)

1.6.6 Riesgo cambiario

La variación de flujos del proyecto en razón a la dependencia de los ingresos y egresos a las variaciones de divisas. (MATALLANA, 2013)

El riesgo cambiario, hace referencia a la tasa de cambio, y es un elemento que impacta el proyecto, bajo varios supuestos, para los efectos citaré los dos más relevantes, el primero consiste en que una de las fuentes de financiación del proyecto se encuentre en una moneda extranjera, es decir el proyecto reportará sus ingresos en pesos y la deuda financiera es en una divisa diferente. En éste caso se pueden presentar fluctuaciones o volatilidad en su tasa de cambio. El segundo, es el representado en el valor de las inversiones que deba realizar

en equipos, insumos, etc., cuya moneda de compra sea una divisa diferente al peso, caso en el cual será igualmente posible su traslado.

El traslado del riesgo no es absoluto, y debe estar limitado por la cuantificación que del impacto se haga en los estudios previos del proyecto, en todo caso en materia de concesiones, las entidades públicas están facultadas, para otorgar un soporte de liquidez para el servicio de la deuda en moneda extranjera, sin embargo no contempla ese soporte de servicio a la deuda como una garantía comercial, pues contabiliza esos recursos como remuneración del inversionista.

1.6.7 Riesgos regulatorios

Los riesgos regulatorios tienen en cuenta el cambios regulatorios, administrativos y legales diferentes a los tarifarios y que afecten los flujos del proyecto. (MATALLANA, 2013)

El riesgo regulatorio, básicamente consiste en el cambio de las condiciones jurídicas durante la ejecución del contrato, para el caso de la presente tesis, durante la ejecución de los proyectos de infraestructura.

Éste cambio puede consistir, en la modificación de las condiciones legales o reglamentarias, las cuales pueden afectar la ejecución del contrato.

El riesgo regulatorio de más alto impacto es el tributario, que implica la creación de nuevos tributos o el cambio de tarifas de los existentes, pues sus consecuencias, llevan al concesionario a asumir cargas adicionales, no presupuestadas al momento de contratar o proponer, las cuales pueden ser de un impacto tal, que afecten la viabilidad del proyecto

El Estado, mediante el documento CONPES, (Departamento Nacional de Planeación, 2011) siempre ha considerado que éste riesgo es esencialmente trasladable al CONTRATISTA, y que es su obligación asumirlo. Sin embargo, consideramos que ésta posición no es coherente, legal ni acertada, y que el traslado del riesgo regulatorio al Concesionario, es de plano ilegal y contraria a los principios básicos de asignación de riesgos consagrados en las diferentes políticas públicas. (LAUDO ARBITRAL , 2011)

1.6.8 Riesgo de fuerza mayor

Los riesgos de fuerza mayor son definidos como eventos que están fuera del control de las partes, y su ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión d las obligaciones estipuladas en el contrato. Las circunstancias temporales de fuerza mayor, que causen demoras, pueden a menudo ser resueltos asignando los costos entre las partes. Eventos graves de fuerza mayor pueden conducir a la interrupción de la ejecución del proyecto. Se pueden presentar bajo las siguientes categorías:

- a) Riesgos de fuerza mayor asegurables: Estos se refieren al impacto adverso que sobre la ejecución y/o operación del proyecto tengan desastres naturales. Estos incluyen terremotos, inundaciones, incendios y sequías, entre otros. Normalmente este tipo de riesgos de fuerza mayor son asegurables. Por lo tanto, este tipo de riesgo estará a cargo del inversionista privado.
- b) Riesgo de fuerza mayor políticos no asegurables: Se refieren de manera exclusiva al daño emergente derivado de los actos de terrorismo, guerra o eventos que alteren el orden público, o incluso hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos. Sólo si estos riesgos son acordados como tales contractualmente, estarán dentro de la categoría de riesgos de fuerza mayor y en los contratos se establecerá su mecanismo de cobertura. De no ser así, se les dará el mismo tratamiento que al riesgo soberano.

Las consecuencias de eventos de fuerza mayor no asegurables que impliquen pagos a inversionista privado, tales como terminaciones anticipadas, no podrán ser pagados a través del fondo de contingencias presupuestado para dichos eventos.

1.6.9 Riesgo de adquisición de predios

Está asociado a la adquisición, disposición oportuna y gestión de los predios sobre los cuales va a desarrollarse el proyecto concesionado. (MATALLANA, 2013)

Dentro de éste riesgo general se incluyen algunos sub riesgos identificables, cuya distribución varía. Básicamente éste riesgo hace referencia a la disponibilidad, compra y mayores costos que resulten de los predios requeridos para adelantar un proyecto de infraestructura, así:

a) Gestión de Compra. Es el único riesgo trasladable, pues constituye una de las obligaciones básicas del concesionario, el adelantar las gestiones necesarias para gestionar la compra directa de los predios. Una vez agotada esta gestión de compra, le corresponde a la entidad pública adelantar por vía judicial o administrativa la expropiación de los predios requeridos, trámites que solo puede adelantar ella, y sobre los cuales no tiene injerencia el concesionario, en éste caso bajo el procedimiento establecido en la ley 1682 de 2013. (Congreso de la República de Colombia , 2013)

b) Mayor valor de los predios. El precio de los predios es establecido por la entidad pública, gestora del proyecto conforme al artículo 34²¹ de la Ley 105 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993). El mayor valor de los predios es intrasladable y en esto se considera acertada la distribución de riesgo planteada por los documentos CONPES.

c) Disponibilidad de predios. Estará a cargo de la entidad pública, de conformidad con el artículo 87²² de la Ley 1474 de 2011. Frente a éste aspecto crea una directriz clara y casi de alcance

²¹ Artículo 34°.- Adquisición de predios. En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.

El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas afiliadas a las Lonjas de Propiedad Raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

²² ARTÍCULO 87. MADURACIÓN DE PROYECTOS. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

extralegal, pues establece una regla general, al asignar el riesgo de mayor valor del contrato y del cronograma de disponibilidad de predios en cabeza de la entidad estatal.

Ello como consecuencia, que la compra de predios para estos proyectos viene precedida de un procedimiento administrativo previo, el cual establece el valor que se puede pagar por cada predio, la oferta que puede plantear la entidad contratante, y el mecanismo de la expropiación administrativa como última medida para expropiar al titular del predio, caso en el cual será la entidad Contratante de igual manera la que fije el valor del precio que se puede o debe pagar por el inmueble, hay que recordar que para los efectos pertinentes, cuando el concesionario negocia predios para un proyecto, lo hace como un mero mandatario de la entidad, pues ella es la dueña de la obra, y es la que determina el valor de los predios.

El riesgo en cabeza del concesionario se limita a la gestión de compra y la financiación del proyecto, disponiendo los recursos, para pagar la compra o expropiación.

Cuando se requiera expropiación, este riesgo estará en cabeza de la entidad, así como las consecuencias de la disponibilidad o indisponibilidad de predios que se pueda generar ante demoras que presente el proceso de expropiación.

No se puede trasladar al concesionario el mayor valor de los predios, que se pueda dar como consecuencia de una demanda; pues el proceso de expropiación es competencia exclusiva del ente estatal.

1.6.10 Riesgo ambiental

Consiste en las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental y las cuales tienen incidencia en el proyecto, en materia contractual se regulan o establecen en los Planes de manejo Ambiental (PMA), licencias, permisos ambientales, concesiones etc.

El riesgo ambiental es un riesgo previsible, y el mismo se consuma cuando por parte del concesionario se da un incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que en materia ambiental debe seguir para el desarrollo del proyecto. Según dicha política, se pueden generar pasivos ambientales y el incumplimiento de las normas o instrumentos legales que regulan las obligaciones ambientales del proyecto, esto según se entiende en los CONPES 3107 y 3133²³, puede conllevar a la creación de pasivos ambientales y mayores costos que afecten la ecuación económica del contrato.

No obstante, lo anterior, es necesario señalar que el concepto de riesgo ambiental, tal y como está definido no puede ser un riesgo previsible, pues el “incumplimiento” de una

²³ Según los documentos CONPES 31107 y 3133, debe estar en cabeza del concesionario, en particular le asigna como imperativo el costo del “incumplimiento o la mala gestión” en materia ambiental “durante la ejecución, la operación y el mantenimiento de la obra.”

obligación legal o contractual no se ajusta a la concepción o definición de riesgo previsible prevista en nuestra legislación.

El incumplimiento de las obligaciones legales ambientales por parte del concesionario, en nada puede afectar la economía propia del contrato, cuando la entidad ambiental competente le imponga las multas y sanciones, a las que se ha hecho acreedor por su actuar. Entender esto implicaría entender que en caso que el concesionario sea sancionado por la administración tributaria, ésta circunstancia también implicaría de hecho un riesgo previsible, o entender que es riesgo previsible que la administración incumpla con su obligación legal de restablecer el equilibrio económico del contrato.

1.6.11 Riesgo soberano o político

Se refiere al cambio de condiciones legales, situaciones políticas o política macroeconómica que incida de manera negativa en las condiciones contractuales de ejecución de la concesión. (MATALLANA, 2013)

Se define en el CONPES 3107, (Departamento Administrativo de Planeación , 2001) como los cambios en la legislación, situación macroeconómica o política del país.

En cuanto a los criterios de asignación de riesgos, el CONPES 3107, (Departamento Administrativo de Planeación , 2001) establece que los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto de que estos deben ser sumidos:

- a) Por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos;
- b) Por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación.

Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tengan incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos.

1.7 Antecedentes de las Asociaciones Publico Privadas

Por las deficiencias que ha tenido el Estado en la obtención de recursos para la provisión de bienes de uso público y la prestación de servicios públicos, históricamente ha existido diversas situaciones en las que las autoridades públicas se han asociado con los particulares para la realización de determinadas actividades. Sin embargo, fue en la Gran Bretaña de principios de la década del noventa, que se empezó a usar la noción de “Asociación Público Privada” para designar esa relación de colaboración (Estado-Particular) en la financiación y provisión de bienes públicos.

El uso de ese nuevo concepto se dio en un contexto de desaceleración de la economía y en la inversión en el sector público, “como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico presidido por John Major denominado PFI (Private Finance Initiative), cuyo objetivo era precisamente modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios” (González García, 2006, pág. 8).

Con ocasión del programa PFI, las distintas entidades del Gobierno debían considerar las opciones de financiación privada para sus proyectos de inversión, transfiriendo al sector privado tanto el control del proyecto, como la asunción de los riesgos derivados del mismo, con la limitante que esta situación no podría generar un mayor costo fiscal.

A pesar de las disputas ideológicas que suscitó esta figura que permitía y promovía la participación de los privados en la financiación de los proyectos públicos, su uso se hizo cada vez más extendido en Europa. En América Latina, los primeros antecedentes del uso de las Asociaciones Público Privadas se encuentran en Chile, México y Perú, donde se han expedidos leyes que instituyen la figura como alternativa para solucionar problemas de infraestructura vial, portuaria y férrea (Tabares López, 2015).

El modelo APP se organiza a lo largo de un continuo proceso entre los nodos y las necesidades públicas y privadas, se establecen nuevos caminos, puesto que hoy en día, las necesidades privadas, a raíz de la exigente economía, impactan directamente en los resultados de las políticas públicas, influenciando el desarrollo de la población en general, integrando el cuerpo normativo, pues, el modelo reacciona y funciona dependiendo de las funciones separadas y distintas, de la sociedad, el mercado y los bienes comunes.

Quizás uno de los grandes problemas comunes para las APP, está, en que va permitiendo ciertas grietas cuando no existen mecanismos que puedan ejercer un control real en su accionar y reforzar la cooperación prevista sin disminuir cualquier sector.

Multisectorial, o de colaboración, así, la asociación se vive en una continua conversación y colaboración de privado a público en diferentes grados de aplicación de acuerdo a la necesidad, las restricciones de tiempo, y el tema en cuestión. A pesar de que estas asociaciones son ahora comunes, es normal que los sectores, privado y público, estén aún distanciados, para ser críticos de los enfoques y métodos de la otra. Es en la fusión de estos sectores que vemos como una asociación unificada tiene un impacto inmediato en el desarrollo de las comunidades y la prestación de servicios públicos.

Para la Comunidad Andina de Fomento, se debe tener en presente, “cuatro principios” (Estudio corporación andina de fomento –, 2011) a la hora de desarrollar una APP

- La idea de que existen bienes y servicios de interés general

- La idea de que el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos.
- La necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible
- la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos.

Con esto la gestión pública – privada puede buscar regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos en el proyecto de interés público.

Pero no toda participación entre el sector público y el sector privado, puede considerarse como la conformación de una APP, pues no se está mencionando una herramienta abierta, sino que goza de un carácter de exclusividad, por ello, varias opiniones expertas han expresado ciertos puntos importantes para que se dé esta consistencia.

“La Comisión Europea establece una serie de características que debe cumplir todo proyecto APP” (Comisión Europea, 2004):

- La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración.
- El sector privado debe participar de algún modo en la financiación.
- El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura.

- La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado.

La máxima finalidad entonces, de la colaboración entre el sector público y el sector privado será que Implica no sólo una relación sino una colaboración con la finalidad de lograr un máximo bienestar social.

“APP” es entonces un concepto complejo, que abarca muchos enfoques diferentes para la provisión de infraestructura y servicios para la función pública.

La amplitud y variedad de los servicios públicos y demás obligaciones de las administraciones, se han enfocado en un mercado abierto para los particulares, viendo estas tareas como productos que están dispuestos a ofrecer, mejorar o administrar, buscando la efectividad y calidad exigida.

Con ello el concepto APP es bastante amplio y no es determinado en un solo proceder o en una sola interpretación, ya que reúne varios elementos de la teoría contractual y asociativa, dependiendo de su modalidad, así como el avance institucional del Estado para su correcta operación, esto depende en gran medida del modelo de ordenamiento jurídico y de las instituciones, mecanismos y entidades que en el operen.

1.8 Naturaleza Jurídica de las Alianzas Público Privadas en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

En el derecho colombiano, un primer antecedente en la asociación de Estado y particulares para el cumplimiento de fines estatales se dio con el Contrato de Concesión regulado en el Decreto del 21 de abril de 1847, proferido por el Congreso de la Nueva Granada que disponía que las personas que realizaran la construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación tenían derecho a cobrar una tarifa a quienes usaran esas vías (Sepúlveda Figueroa, 2014). Aunado a esto, las posteriores regulaciones sobre el contrato de concesión, constituyen sin duda un antecedente para las asociaciones público privadas.

Hay que resaltar que en los documentos Conpes de años anteriores a la ley 1508 de 2012, (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2012) ya venían generando o preparando un ambiente de funcionamiento de las asociaciones público privadas, argumentando la atracción de la inversión privada en el funcionamiento de planeación de infraestructuras en servicios públicos, sobre todo en el sector transporte como por ejemplo el documento Conpes 3714, (Departamento Nacional de Planeación, 2011) se plantea el problema de la legislación y las entidades públicas en la distribución del riesgo, así como la carga de obligaciones contractuales, en la contratación pública

Si bien es cierto en las APP se puede transferir la carga de obligaciones, la responsabilidad y el riesgo al sector privado, esto no quiere decir que se someta al contratista a todos los riesgos, o a riesgos desproporcionados, sobre todo el caso de los riesgos imprevisibles que se deben manejar desde el equilibrio contractual real, puesto que el sector privado también necesita ganar, para fortalecer no solo el equilibrio contractual, sino la confianza en los futuros inversionistas en los proyectos de beneficio público.

El documento CONPES 3615 de 2009 (Departamento Nacional de Planeación , 2009), enfatiza la importancia de la atracción del capital privado en obras de infraestructura y prestación de servicios públicos, y señala las ventajas en el avance de construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública en Transporte mediante la adjudicación de concesiones viales, lo mismo en materia de telecomunicaciones, estas estrategias posibilitaron el desarrollo de la telefonía celular en Colombia y desarrollo de la Televisión a través de la concesión de canales nacionales, la venta de activos en el sector de energía y la entrada de operadores privados mejorando la prestación de servicios públicos a largo plazo.

Finalmente, en el documento CONPES 3760, (Departamento Nacional de Planeación, 2013) se ha dado un desarrollo desde la parte de planeación en las denominadas 4G, o concesiones de cuarta generación, de las cuales hacen parte las APP que nacen con la ley 1508 de 2012.

Los documentos CONPES, son recomendaciones desde la política pública en la ejecución de determinadas materias, en este caso, las determinaciones de dichas recomendaciones se desarrollaron con el tiempo y según las dificultades a superar en la infraestructura pública.

A partir de la expedición de la Ley 1508 de 2012, se adoptó el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas. En el artículo primero de la citada Ley las define así:

“Artículo 1°. Definición. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan 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.”

En la concepción local de las APP, se las tiene como un mero instrumento de planificación y selección en la contratación en la que se propicia la participación de los particulares en la asunción de inversiones, riesgos y utilidades de la obra pública, sin que esto implique la celebración de un contrato distinto a los ya reglados por las normas de la contratación estatal.

Con esto se pueden ver algunas limitaciones, y de entrada en el articulado de la ley 1508, puesto que después de exponer el concepto amplio de asociaciones público privadas, en la precitada ley sólo se expresa como un contrato de provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados.

Si bien con la expedición de la Ley se tienen buenas intenciones, en la definición del concepto de APP se ha quedado muy corta, ya que no se especifica las modalidades de APP del modelo internacional, los mecanismos de financiamiento, ni la existencia de patrocinadores de forma taxativa en los proyectos de infraestructura, mucho menos se menciona la utilización de una Sociedad Vehículo de Propósito Especial, es decir a manera interpretativa y siguiendo con el articulado, seguimos bajo el modelo de concesión, modificada, es la interpretación que en primera impresión nos arroja la norma.

Lo que sí se puede decir de esta definición se refiere a la materialización de una APP en un contrato, entonces el contrato de Sociedad también cabe dentro de esta definición, sin embargo al no ser clara y precisa la disposición la posibilidad sigue haciendo parte de una posibilidad oscura y no definida, así mismo la definición señala que las APP son un Instrumento de vinculación de Capital, definición que también puede usarse al referirse a una SPV (Sociedad de Propósito Especial) que es un instrumento entre otros grandes aspectos también de vinculación de capital privado.

1.8.1 El contrato de Concesión como mecanismo de vinculación de capital privado.

El artículo 2²⁴ de la Ley 1508 de 2012, estableció que las Concesiones tradicionales reguladas por el la ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de las alianzas público privadas.

Con relación a ese acuerdo de voluntades el panorama queda ampliamente abierto, para la interpretación de las formas contractuales desprendidas de los modelos APP, lo que es una limitante en su accionar, debido a la no claridad del modelo, siendo las APP, formas de contratos estatales y como es inconcluso el artículo primero, no existe una sociedad real entre el sector público y el sector privado, en donde se termina pensando en que la relación contractual es en últimas una especie de mandato del Estado al contratista, en donde este último debe analizar los riesgos que este contrato le atribuya.

Por otra parte, el contrato de concesión es una modalidad que se ha tenido en Colombia desde épocas anteriores con esto no solo podemos llegar a la conclusión de que el modelo de Asociaciones Publico Privadas en Colombia ya existía desde mucho antes de la promulgación de la ley 1508 de 2012, (Congreso de la Republica , 2012) sino que es aplicable su forma dentro de la contratación pública colombiana.

²⁴ “ARTÍCULO 2o. CONCESIONES. 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. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”

Esto marcado por la apertura económica de los años 90, que comenzaron a manejar desde las políticas públicas, las vinculaciones de los capitales privados, durante el desarrollo de las generaciones de las concesiones en Colombia, entonces, si las concesiones son formas de APP, el capital privado que ha asumido los riesgos de los proyectos en las generaciones anteriores actuando en concesiones, también es una forma de APP que ha venido funcionando desde antes de la puesta en marcha de la ley 1508 de 2012 (Congreso de la Republica , 2012).

De la regulación contenida tanto en la Ley 1508 de 2012, se desprende que las Asociaciones Público Privadas han sido tratadas como una mera forma de llevar adelante la iniciativa privada en la gestión de los proyectos estatales, al atársele en toda su regulación al régimen previsto para la selección, perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato de concesión previsto en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007.

1.8.2 Características de las Alianzas Público Privadas

Sepúlveda Figueroa (2014), citando a González García (2006), señala que las Asociaciones Público Privadas se caracterizan por (i) la complejidad que implica la nueva interacción entre entidad contratante y contratista en cuanto a la variación de las obligaciones que implica un acuerdo de esta naturaleza, (ii) una distribución de riesgos más específica en la que estos se asumen de acuerdo a la posibilidad que tenga cada parte para ello, (iii) la ruptura en la tradicional asunción del costo por parte del Estado y la transición hacia el pago del costo

por parte del usuario del bien objeto del acuerdo, (iv) lo que deriva en que el pago al contratista no se hace con ocasión de la ejecución de una prestación, sino por el uso que se le dé al bien construido. Y una última característica es que (v) el recurso a este mecanismo debe ser justificado en el sentido de establecer que sea más eficiente que cualquiera de los mecanismos contractuales tradicionales establecido en el ordenamiento jurídico.

1.8.3 Objetivos de la Ley 1508 de 2012–Ley de asociaciones público privadas

Con la implementación de la Ley 1508 de 2012, el gobierno nacional busca, atraer inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera para construcción, operación y mantenimiento de obras; Introducir el pago por disponibilidad y nivel de servicio; aclarar los roles y funciones de las entidades estatales que participan el proceso de formulación, revisión y ejecución del proyecto y diseñar el régimen normativo aplicable a las iniciativas privadas involucrando premios e incentivos adecuados para su desarrollo. (Observatorio legislativo, 2012)

El objetivo del gobierno nacional con la implementación de la Ley APP, se resume en contar con una reglamentación para el desarrollo de las asociaciones público privadas, que facilite la ejecución de obras, que con su aplicación se beneficien los sectores de infraestructura social y productiva del país a través de inversión privada o pública.

1.8.4 Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública reglamentadas por la Ley 1508 de 2012.

En las Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública, la idea inicial de desarrollar cualquier proyecto, bien sea de infraestructura social o productiva, parte del sector público. Las entidades territoriales son las encargadas de realizar los estudios de viabilidad y la evaluación social del proyecto. Si el proyecto resulta viable se procede a realizar la estructuración técnica, legal y financiera y el análisis de riesgos del mismo. Luego de tener la matriz de riesgos arrojada por el proyecto se define la modalidad de contratación, donde podrá ser licitación pública bajo la ley 80 de 1993 (Congreso de la Republica , 1993) o licitación por APP.

Los recursos de este tipo de asociaciones, pueden venir tanto del sector público como del sector privado. Y su proceso de adjudicación puede ser a través de un sistema de precalificación, en el cual inicialmente se escogen un número limitado de oferentes para presentar oferta en el proceso de licitación.

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, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo

beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, de conformidad con el artículo 12²⁵ de la citada ley.

La entidad pública encargada del proceso definirá los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, las unidades funcionales e indicadores que deberá cumplir el privado en caso de resultar adjudicatario del contrato.

²⁵ **ARTÍCULO 12. FACTORES DE SELECCIÓN OBJETIVA.** En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

12.1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

12.2 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, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios 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, 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.

1.8.5 Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada Reglamentadas por la Ley 1508 de 2012

La idea de ejecutar un proyecto en las asociaciones público privadas de iniciativa privada, puede surgir tanto del sector público como del sector privado. En este tipo de iniciativa la ley le permite al privado la estructuración de proyectos de infraestructura pública, siempre y cuando todos los costos asociados a dicha estructuración sean asumidos por el privado.

El privado debe presentar ante la entidad estatal competente la iniciativa en estudio de pre factibilidad, a su vez, el ente público tendrá aproximadamente tres (3) meses para dar una respuesta favorable o desfavorable ante la iniciativa presentada. En caso de ser favorable, el privado deberá continuar con los estudios de factibilidad del proyecto, para luego entregar dichos estudios ante la entidad competente. Las evaluaciones de los estudios de factibilidad pueden durar aproximadamente dos (2) meses o más. En caso que se acepten tales estudios y se llegara a un acuerdo entre las partes, se define la fuente de los recursos para la ejecución del proyecto, los cuales pueden ser asumidos 100% por el privado, o puede suceder que se requerirán recursos públicos; en este caso, la ley solo permite la inversión del 20% del costo total del proyecto por parte del sector público, la inversión restante deberá asumirla el privado.

La modalidad de contratación de esta iniciativa depende si el público invierte o no recursos, en caso afirmativo el proyecto deberá contratarse a través de un proceso de licitación pública. Si la inversión del proyecto será 100% con capital privado se publicará el proyecto y los

acuerdos establecidos entre las partes, si luego de esta publicación resulta un tercero que tenga interés en el proyecto se deberá dar apertura a un proceso de selección abreviada de menor cuantía para la adjudicación del mismo. Si no existe ningún interesado se contrata la obra directamente con el privado que realizó la iniciativa.

Las asociaciones público privadas han venido evolucionando a través del tiempo, inicialmente bajo la modalidad de contratos de concesión, así como actualmente bajo el esquema de proyectos APP. Ambas formas de ejecutar un contrato, reducen los obstáculos económicos y de inversión que se pueden presentar en su estructuración. Una alianza entre el sector público y el privado, no es más, que un esfuerzo común entre dos partes para obtener un bien o un servicio en el cual ambos obtienen beneficios.

Para el Estado considerar una alianza con un privado, resultaría beneficioso en el sentido, que tendría la posibilidad de hacer obras de infraestructura sin tener que invertir en las mismas, por lo que reduciría su gasto público. Asimismo, para un privado interesado en invertir en un proyecto de finalidad pública, será atractivo y beneficioso de acuerdo a la rentabilidad que resultaría de llevar a cabo el proyecto.

La reglamentación de las asociaciones público privadas con la ley 1508 de 2012, (Congreso de la Republica , 2012) servirá como derrotero para implementar este tipo de proyectos en las necesidades relacionadas a la infraestructura vial del país. Una evidencia de

esto, son los proyectos de la cuarta generación de concesiones y las autopistas de la prosperidad que se están adjudicando en este momento bajo la modalidad de APP de iniciativa pública.

1.8.6 Restricciones en el plazo, valor y competencia de las alianzas público privadas

Para culminar este capítulo podríamos afirmar que las APP, fueron creadas bajo unos límites demasiado estrictos, que a nuestro modo de ver, limitan flagrantemente la vinculación del capital privado, y la ejecución de proyectos que no necesariamente sean proyectos de infraestructura.

Es así como observamos que el artículo 6²⁶ limitó el plazo de los contratos de alianza público privada, a un término máximo de treinta (30) años, limitando incluso la posibilidad de ejecución de contratos atípicos especie del contrato de concesión como es el BOOMT, como lo veremos en el capítulo siguiente, en el derecho comparado se han ejecutado con un plazo mayor.

²⁶ **ARTÍCULO 60. PLAZO DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.** Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas.

6.1 Cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior, podrán celebrarse contratos de asociación público privadas siempre que cuente con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.

Igualmente, respecto al valor, el párrafo 1 del artículo 3²⁷ estableció un límite respecto al monto de la inversión, consistente en la suma de seis mil (6.000) SMMLV.

Y respecto a la competencia, la última modificación, extraída de la Ley 1882 de 2018²⁸, estableció que las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sus asimiladas, no podrán contratar bajo el esquema de alianza público privada.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que el contrato de Concesión, es una tipología contractual, originalmente concebida por la Ley 80 de 1993, cuya finalidad es la

²⁷**ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado 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.

También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv.

²⁸ **ARTÍCULO 14.** Modifíquese el párrafo del artículo 8o de la Ley 1508 de 2012.

(...)

PARÁGRAFO. No podrán ser contratantes de esquemas de asociación público- privada bajo el régimen previsto en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sus asimiladas. Lo anterior, sin perjuicio que las entidades excluidas como contratantes puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público privada regidos por esta Ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección.

vinculación de capital privado a proyectos públicos, relacionados con la explotación de un bien del Estado, la prestación de un servicio o la ejecución, mantenimiento y usufructo de una obra, el cual actualmente deberá contratarse bajo el esquema de alianza público privada, como herramienta concebida por la Ley 1508 de 2012, que busca finalmente la eficiencia de la vinculación del capital privado a proyectos públicos, cuyas limitaciones y procedimientos de contratación, quizá no han permitido que tengan la eficiencia y eficacia esperada por el Gobierno nacional y los Gobiernos locales, dados sus límites, básicamente en torno al valor, al plazo y la restricción de la competencia de algunas entidades estatales.

Capítulo 2: Figuras contractuales del BOT al BOOMT

2.1 Antecedentes del Contrato BOOMT

Para abordar el estudio de los Contratos tipo Building Operate Own Maintain Transfer (BOOMT), es necesario precisar que esta modalidad contractual permite que una empresa pública o privada construya con sus propios recursos un proyecto de interés, con una rentabilidad pactada, a través de su operación y durante el tiempo necesario para alcanzarla, y finalmente transferir la infraestructura con sus anexidades al Estado. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, 2003)

Este tipo de contratos no han sido tratados de manera específica en el ordenamiento jurídico colombiano, a pesar de ser un vehículo para la financiación de proyectos en las que el Estado no posea la capacidad financiera para apalancar el mismo, siendo incipiente su actual desarrollo pues su concepción es más evidente en modelos de contratación internacional que de un desarrollo propio.

En las últimas décadas en el mundo se viene aplicando con gran fuerza una tipología contractual, que permite a los Estados la ejecución de proyectos a través de las alianzas público privadas, pero para el caso Colombiano, existen algunos interrogantes frente a la celebración de los mismos, pues dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no hay

claridades en relación a si el mismo obedece a una modalidad del contrato de concesión regulado en la Ley 80 de 1993 o se enmarca dentro de las Asociaciones Público Privadas cuya creación está contenida en la Ley 1508 de 2012. Casos en los cuales estaría sujeto al cumplimiento de las normas de la contratación estatal o si, por el contrario, es un contrato atípico fundado en el principio de autonomía de la voluntad, carente de claridades en relación con los elementos de estructuración, su soporte normativo, las características y posibilidades de su ejecución.

Es necesario precisar que en el derecho comparado los contratos BOT a BOOMT, permiten contar con un esquema de financiación de proyectos estatales cuyo uso es más extendido en el desarrollo de infraestructura, que implica la participación de particulares en la gestión de esos proyectos, y que cumplen sus fines lucrativos a través de los flujos de efectivo que produzca la obras o de los mismos activos de ellas que fungen como garantía. Esto ha sido denominado por la doctrina especializada como *Project Finance*. (Vinazco, 2006)

Para Richard Tinsley, Project Finance es la confianza en los flujos de efectivo futuros procedentes de un proyecto como los principales medios para el pago de su financiación. Los activos, derechos e intereses del mismo se toman como garantías. (Tinsley, 1996)

La idea de financiar proyectos tomando como garantía el propio proyecto es relativamente moderna. Resulta curioso saber que la financiación de proyectos sin recurrir a

garantías externas ha sido una forma habitual de proceder hasta el siglo XVII en determinados ámbitos. Se puede considerar que uno de los primeros antecedentes del *Project Finance* es lo que en el Derecho Romano se conocía como “*pecunia traiectica o nautica*”, y el interés como pago al mismo: el “*fenus nauticum*”. Para facilitar el comercio marítimo, en el Derecho Romano se contemplaba el préstamo otorgado por una persona al armador de un barco. El préstamo sólo sería devuelto cuando la nave terminase el viaje, junto con una suma extra que era el interés del préstamo. En caso de pérdida de la nave, el armador no se hacía cargo de la deuda, por tanto, el riesgo lo corría por entero el prestatario, razón por la cual el interés era bastante alto.

Es el caso de los contratos BOT a BOOMT, cuyo antecedente primario es la implementación oficial realizada en Gran Bretaña a mediados de 1980, que surgió como parte de una campaña de promoción para privatizar proyectos de infraestructura un modelo denominado Public-Private Partnerships, cuales son Alianzas Público-Privadas, que responden a intereses bipartitos entre Estado y sector privado. (Albújar Cruz, 2010).

2.1.1 Antecedentes de los contratos BOT a BOOMT como esquemas contractuales

Los sistemas de concesiones de obras públicas son estructuras empresariales que han sido definidas acertadamente como asociaciones celebradas entre agentes públicos y privados. En ellas, ambas partes trabajan de manera mancomunada en la realización de diversas obras

que por su naturaleza son de responsabilidad del Estado, pero a partir de las cuales se pueden obtener ciertos beneficios, como que el contratista mediante la explotación de la obra por un tiempo o a perpetuidad, recupere la inversión y apuesta a conseguir utilidades; o que el contratante -entidad pública-, eventualmente puede obtener beneficios económicos dependiendo de la modalidad contractual que elija, o que en algunos eventos el beneficio consista en la adecuada atención de una necesidad social sin utilizar sus recursos, lo que implica que puede disponer de ellos en la satisfacción de otras necesidades.

Los contratos BOT a BOOMT tienen en común que incluyen la participación del inversionista, creando la técnica denominada *concesiones*. Esta técnica con el tiempo se reinventó en dos grandes fórmulas. La fórmula *BOOT* y la fórmula *Public Private Partnership* (PPP). Ambas se caracterizan por crear siempre, una Entidad de Propósito Especial (SPE por su sigla en inglés: *Special Purpose Entity*), la cual será titular de todos los derechos, activos y pasivos de la concesión, de modo que es la única que está facultada para gestionar los recursos para financiar el proyecto y no el *sponsor*.

La utilización de una SPE, limita la variedad de técnicas de financiamientos posibles, por ello lo usual es utilizar el '*Project Finance*' (también llamado '*Project Financing*'). Se llama así porque los inversionistas de deuda (bancos, bonistas y demás acreedores) no tienen recurso o su recurso es muy limitado contra el *sponsor*. Otro aspecto relevante es que el financiamiento sólo se reflejará en el balance de la SPE, y no en el balance del *sponsor*.

Aunado a esto, se destaca que el repago de las acreencias se sujeta principalmente a la capacidad del proyecto de generar flujo de caja futuro (por la construcción de la infraestructura del proyecto y la explotación de la misma, y no de los activos específicos que tenga la SPE o su historial crediticio).

Las partes involucradas en estos proyectos son: La Entidad de Propósito Especial y sus accionistas o socios (*sponsors*), Empresas del Sistema Financiero (bancos y aseguradoras), el Estado, el Constructor, el Operador, los Proveedores y los Clientes.

A diferencia del anterior esquema, el *Project Finance* es una técnica de ‘financiamiento sin recurso’ (*non-recourse financing*), en la que se hace una administración de riesgos más sofisticada, en la medida en que se identifican y clasifican de modo que se puedan distribuir más eficientemente entre quienes puedan asumirlos mejor.

Estos esquemas contractuales permiten que los inversionistas usen, gocen, disfruten y posean los activos por un tiempo determinado y estimula la administración privada y a través de la inyección de nuevos recursos para la ampliación y modernización de cualquier infraestructura, pero manteniendo la propiedad de los activos en el Estado.

Las Asociaciones Público Privadas pueden adoptar formas diferentes, las más habituales son BOT, BOO, BOOM, BOOL, BOOT y BOOMT. Bajo estos esquemas el agente privado financia la construcción y puesta en marcha del bien y obtiene a cambio el derecho a explotarlo por un largo plazo para recuperar la inversión y obtener las ganancias como inversionista, para luego devolver la plena propiedad de la obra y su consecuente gestión al Estado. A continuación se explicará de manera sucinta en qué consiste cada esquema de financiación y ejecución de proyectos, esto es, cada uno de los esquemas contractuales a que se ha hecho alusión:

2.1.1.1 Build, Operate and Transfer (BOT)

Bajo esta modalidad se celebran contratos mediante los cuales un agente del sector privado (concesionario) asume la responsabilidad principal del financiamiento, diseño, construcción y operación del proyecto. Posteriormente, y una vez cumplidos los plazos de concesión establecidos en el contrato, el dominio y el control de la obra o proyecto son transferidos al sector público (concedente).

Los proyectos que idealmente son adecuados para la modalidad BOT son aquellos impulsados por los gobiernos en los que se identifican beneficios públicos sustanciales. Esta opción contractual puede aplicarse a cualquier instalación pública, según lo explica el Banco Mundial (Banco Mundial, 2007, pág. 4):

Un proyecto con la modalidad Construir Operar Transferir (BOT) es usado generalmente para desarrollar un activo único más que toda una red y normalmente se trata de una obra nueva situada en un emplazamiento especialmente seleccionado a tal efecto (a pesar de que también pueda incluir la realización de reformas en obras existentes). En un Proyecto BOT la compañía u operador del proyecto obtiene sus ingresos por medio de una tarifa a cargo de la instalación o del gobierno en lugar de a través de tarifas aplicadas a los consumidores. En ciertos países existen proyectos a los que se los denomina como concesiones de obra pública, que es el caso de los proyectos de construcción de rutas por peaje, por ejemplo, que corresponden a construcciones nuevas y tienen una cierta similitud con los Proyectos BOT.

En esta forma de financiamiento de proyectos la entidad privada recibe una concesión o franquicia del sector público, para construir y operar un nuevo elemento de infraestructura para prestar un servicio público, como puede ser una autopista, una red de abastecimiento de agua, un aeropuerto, o una planta de tratamiento de desechos sólidos, por un número determinado de años, después de los cuales la propiedad del bien se revierte al sector público. Durante el tiempo que ese bien es operado y administrado por el concesionario, este puede cobrar a los usuarios por concepto de peaje, derechos de uso, alquileres y otros cargos establecidos en su contrato de concesión para recuperar su inversión y cubrir los gastos de operación y mantenimiento del bien. El concesionario debe ser capaz de obtener el financiamiento necesario para la construcción, así como el capital de trabajo necesario para

los primeros años de operación y asume el riesgo de la recuperación de su inversión y la obtención de un margen de utilidad adecuado.

El contrato BOT guarda similitudes en sus elementos básicos con el contrato de franquicia, pues ambos son contratos atípicos²⁹ o innominados y por tal razón se rige por los principios generales de los contratos, por el principio de la autonomía de la voluntad privada y por la costumbre. Asimismo le son aplicable, tanto las normas generales prevista en el ordenamiento como comunes para toda las obligaciones y contratos. Por su parte la franquicia se aísla del contrato BOT, pues se consolida como un método de comercialización de productos y servicio, mientras que el contrato BOT es usado para construir, operar y, luego, transferir al Estado los activos o todos los componentes del proyecto. Es decir, la empresa privada (contratista) se encarga de ejecutar la obra bajo su riesgo, y, al final, cobra por el uso directo de la misma.

En el contrato tipo BOT, luego de que se cumple el plazo para amortizar la inversión, el activo pasa inmediatamente al sector público. Un ejemplo de este tipo de concesión es el sector energético, donde una vez que se concluye el proyecto, este es transferido al Estado

²⁹ Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. (CSJ Casación Civil Sentencia Oct. 22/2001 exp.5817 MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles).

para su operación. Es el sector público, quien, al tener la propiedad del activo, cancelará el costo y los intereses de la deuda con los ingresos generados por la infraestructura.

2.1.1.2 Build, Operate and Own (BOO)

Es una modalidad de contrato según el cual una compañía privada se compromete a construir y operar, siendo propietario por tiempo indefinido, por lo que las entidades públicas pueden llegar a participar en el accionariado.

Este tipo de contrato se utiliza más en los servicios que en las infraestructuras y con ocasión de él, el proyecto se construye y se opera pero, como se advirtió, no se revierte al ente estatal, de modo que no hay un periodo de operación.

En Colombia esto no es posible debido a que de conformidad con lo establecido en el artículo 14-2 y 19 de la Ley 80 de 1993 de acuerdo a las cuales en los contratos de concesión siempre se debe pactar la cláusula de reversión.

La única diferencia respecto del BOT es que al final se deberá revertir el proyecto, a diferencia de BOO donde quien recibió la concesión queda como propietario de la misma.

Tanto los BOO como los BOT tiene como beneficio para el concedente que dejan un legado de adelantos tecnológicos, conocimiento (know how), maquinaria y puesta en funcionamiento de un proyecto sin que se hubiera requerido la inversión de capital.

2.1.1.3 Build, Operate, Own and Maintain (BOOM)

Este tipo de contrato es igual al que se acaba de exponer, pero además se le exige al contratista que mantenga el proyecto por su cuenta.

2.1.1.4 Build, Lease and Transfer (BLT)

Es una modalidad de contrato en el que hay que construir, arrendar y transferir (BLT) según un acuerdo en el que un promotor (i) diseña y construye un proyecto completo o una instalación (por ejemplo, un aeropuerto, centrales eléctricas, puertos), (ii) lo vende al gobierno (o a un socio de empresa conjunta), (iii) mientras que al mismo tiempo arrienda (generalmente por un periodo de entre 10 a 30 años) para operarlo como un negocio y, después de la expiración del contrato de arrendamiento, (iv) se transfiere al gobierno (o socio según lo acordado previamente o a precio de mercado).

2.1.1.5 Build, Operate, Own and Transfer (BOOT)

Es una modalidad de contrato según el cual una compañía privada se compromete a construir y operar, ser propietario y después transferir los activos a la administración. Dada la

magnitud de las inversiones esta clase de contratos se suele suscribir por períodos largos de tiempo, 20 a 25 años. En la utilización de contratos BOOT es preciso ser cuidadosos en la identificación de los riesgos y repartirlos adecuadamente, de tal manera que la parte con más con mayor capacidad para controlarlos, los asuma. Muchas veces los funcionarios del sector público no tienen la suficiente capacidad de valorar los riesgos y por lo tanto los asumen sin tener en cuenta consecuencias perversas que pueden aflorar y que determinan disminución de la eficiencia en la ejecución contractual.

2.1.1.6 Design, Build, Finance and Own (DBFO)

En este tipo de contrato el particular tiene a su cargo el diseño, construcción, financiación y operación. También corre por su cuenta la asunción de las responsabilidades financieras, aunque son financiados total o parcialmente por los ingresos corrientes de la obra, que incluyen las tasas aplicadas a sus usuarios, los arrendamientos y hasta la emisión de bonos respaldados con la previsión de los ingresos futuros, así como con las subvenciones que eventualmente concede el sector público bien sea en dinero o en especie, aunque hay situaciones en las que los mismos socios privados son obligados a realizar inversiones con su propio capital.

2.1.1.7 Build, Operate, Own, Maintain and Transfer (BOOMT)

Este tipo de contrato será abordado con mayor amplitud en el capítulo 3.

A modo de conclusión sobre los distintos contratos expuestos, es necesario recordar que, en el pasado la mayoría de los proyectos ejecutados por el Estado se realizaban con recursos propios, posteriormente, con el surgimiento de grandes contratistas y la necesidad de contar con el privado, aparecen estas figuras contractuales del BOT hasta el BOOMT, que permiten la ejecución de proyectos, compartiendo como característica común en estos contratos el otorga al operador los derechos a largo plazo de usar todos los activos de la empresa de servicio público, incluyendo la responsabilidad de todas las operaciones e inversiones.

Otro factor que ha contribuido notablemente a la expansión de estos contratos ha sido la creciente participación privada -bancos comerciales, en especial Bancos Multilaterales para el Desarrollo o MDB (Multilateral Development Banks) como el Banco Mundial, Banco Europeo de Inversiones, entre otros, en la financiación de grandes obras, en particular de infraestructuras. En este tipo de proyectos, principalmente y según sus necesidades se usan desde el BOT (Build, Operate and Transfer), al BOOMT (Build, Own, Operate, maintain and Transfer) dadas sus especiales características, se requiere en todas una total asunción del riesgo por parte del constructor no sólo en la concepción, ejecución y puesta en marcha de la obra sino también en la explotación de la misma.

Cabe afirmar que: 1) aunque en el sector de la construcción existen diversos métodos de ejecución de proyectos, en el ámbito internacional se ha impuesto en los últimos años, las citadas figuras; 2) la propia práctica negocial, recogida en los contratos-tipo y condiciones

generales de la contratación se ha encargado de diseñar distintos tipos de contratos de construcción «BOT a BOOMT», intentando establecer una distribución del riesgo equilibrada entre ambas partes contratantes, en función de las características del proyecto.

Consecuentemente, con la importancia que consideramos en abordar este tema, centraremos en el capítulo 3, el análisis en contrato BOOMT, el cual a su vez recoge elementos de los demás contratos expuestos.

Capítulo 3: Análisis del contrato BOOMT

El contrato BOOMT (siglas traducidas del inglés: Construir, Operar, Poseer, Mantener y Transferir), es una tipología de Project Finance, por lo cual se deberá tener claridad en primer lugar sobre la definición general de Project Finance:

El Project finance es una modalidad financiera estructurada sobre una serie de contratos que pretende diversificar los diferentes riesgos de negocios de una gran obra o proyecto entre los participantes, de modo que el flujo de ingresos del proyecto sea la garantía cierta del prestamista y no los bienes que conforman el proyecto, cuyo valor de realización al momento de su venta puede ser inferior al importe del préstamo que se debe pagar. Por otra parte, los participantes (que suelen denominarse sponsors) no desean otorgar garantías personales que afectan sus balances por las contingencias que eso implica. (Marzorati, 2003, p. 324)

Ahora bien, en el contrato BOOMT convergen los elementos fundamentales de un Project Finance que permiten desarrollar grandes proyectos, incluyendo la ejecución, la financiación y la posesión del proyecto hasta la restitución del mismo.

Bajo la modalidad expuesta, en un solo contrato, un tercero, creado bajo una figura jurídica específica denominada *SPV o Proyecto Compañía*, se obliga a realizar todas las actividades de las etapas señaladas (Construir, operar, mantener, poseer y transferir/restituir) y buscar los mecanismos y/o suscribir los contratos que requiera para tal fin.

En términos prácticos, un contrato BOOMT, es un acuerdo de voluntades para la financiación y ejecución de un proyecto, que a su vez garantiza viabilidad y rentabilidad en el tiempo. Las siglas BOOMT, más que una estructura económica, son las obligaciones que permitirán alcanzar el objetivo esperado por las partes intervinientes. Por lo tanto, su naturaleza de contrato y su estructura económica son inescindibles.

Pese a que esta estructura no es exclusiva del sector público, sí es el sector más beneficiado con su uso, puesto que ha obtenido recursos del sector privado para la ejecución de grandes obras de infraestructura, que le retornan al Estado como un activo, sin necesidad de incurrir en grandes costos o endeudamiento a costa del erario.

No obstante lo anterior, y lo prometedor que parece ser el uso de figuras internacionales para el desarrollo de un país como Colombia, no existe un desarrollo normativo, jurisprudencial o doctrinal, que sirva de referente, específicamente para la aplicación de modelos de financiación, lo cual evidencia carencias en el estudio y análisis de alternativas contractuales que pueden beneficiar el desarrollo y competitividad del país, en un mundo cada vez más competitivo y ante un mercado globalizado.

Por lo tanto, para tratar de aportar en la construcción académica con pretensión de ser aplicada, se realiza el presente trabajo para asimilar esta tipología contractual con una alta carga en el proceso de financiación con un contrato típico, normado y ejecutado ampliamente dentro del ordenamiento jurídico colombiano cual es la Concesión.

Hoy el Estado debe estar en capacidad de negociar con un privado en condiciones competitivas y acordes a las necesidades que tenga la Administración, bajo un entendimiento claro de no estar siempre en una situación dominante en una relación contractual, sino más bien en una alianza estratégica, por decirlo de algún modo, en la que ambas partes aportan y ambas reciben.

El contrato BOOMT, ha permitido a varios países en el mundo desarrollar grandes infraestructuras en beneficio de la comunidad, son una clara muestra de lo provechoso que puede llegar a ser la implementación de modelos jurídico- económicos complejos entre el Estado e inversionistas privados.

Ahora bien, a continuación se realizará un análisis frente a los elementos del Contrato BOOMT, de tal manera que se podrá comparar con los elementos del Contrato de Concesión a la luz de la legislación colombiana con el objetivo de dar cumplimiento al cometido del presente análisis cuál es identifica si el primero responde a la tipología de un Contrato de Concesión o si, de lo contrario, es un contrato atípico.

3.1 Elementos del Contrato BOOMT

Señala expresamente el artículo 1501 del Código Civil Colombiano, respecto a los elementos de un contrato:

“Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales” (Código Civil, 2016)

3.1.1 Elementos esenciales.

Para el caso del contrato BOOMT, así como para la mayoría de los contratos, sus elementos esenciales son a) el consentimiento, b) objeto y c) causa. Sin embargo, como elemento innovador a la estructura tradicional de los contratos típicos del ordenamiento legal colombiano, se incluye d) la financiación, elemento indispensable y primordial de este tipo de contratos, para lo cual son determinantes los análisis y proyecciones realizadas que garanticen el beneficio mutuo de las partes. Ahora bien, con respecto a los Contratos de Concesión, hay que anotar que no hay límites frente a las modalidades de financiación que puedan limitar su aplicación en éstos. Es decir, hay libertad para estimar los modelos de financiación más convenientes atendiendo al objeto, alcance y obligaciones pactadas. En esa medida, la Ley 1508 de 2012 en su artículo 5³⁰ incluye como posibilidades de retribución del contratista tanto los recaudos por la explotación

³⁰ *Ibíd*em, ARTICULO 5. “Derecho a retribuciones. 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 etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.”

económica del proyecto, como desembolsos de recursos públicos o cualquier otra retribución pactada. La única limitación que se establece desde la norma de rango legal es que la remuneración del contratista debe estar supeditada necesariamente a la disponibilidad de la infraestructura objeto del contrato, al cumplimiento de niveles de servicio pactados previamente y a estándares de calidad diferenciadas en cada etapa del proyecto. Como puede verse, no hay diferencias entre lo establecido para el Contrato BOOMT como para el de Concesión.

Se encuentra coincidencia en los elementos tanto del contrato de Concesión como el de BOOMT, que pasamos a describir:

a) *El Consentimiento*, este debe estar exento de vicios, tales como error, violencia y dolo, y las partes intervinientes deben estar en capacidad de obligarse, so pena de declararse nulo el contrato. En este sentido, es importante identificar si las partes a intervenir en la relación contractual están o no en capacidad de prestar su consentimiento y cuentan con las autorizaciones que correspondan en caso de requerirse. Al ser requisitos generales para obligarse de acuerdo al artículo 1502 del Código Civil, aplican para cualquier tipo de contrato que se pretenda suscribir en el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, hay similitud entre el Contrato BOOMT y el de Concesión frente al consentimiento.

Un error en el consentimiento, en los contratos BOOMT, sería cuando el contratista accede a suscribir el contrato bajo el entendido que, por el transcurso del tiempo, el proyecto ejecutado con sus recursos, será de su propiedad, o que el contratante actúe con la convicción de que el proyecto le será restituido una vez finalizada la etapa de construcción y que le

explotación comercial estará a su cargo. En relación con el Contrato de Concesión frente a la reversión, ésta debe pactarse entre las partes y, ante la ausencia de pacto, se entenderá así establecida de acuerdo a la prescripción del artículo 19 de la Ley 80 de 1993. En otras palabras, la reversión es un elemento de la esencia del Contrato BOOMT, al igual que lo es de un Contrato de Concesión.

b) *El Objeto*, éste no puede estar fuera del comercio, estar permitido por la ley, no atentar contra la moral, las buenas costumbres y el orden público; todo ello por orden del artículo 1502 del Código Civil. Ahora bien, la expresión subjetiva del objeto es que éste esté. Es decir, al ser un requisito para obligarse, lo comparte tanto el Contrato BOOMT como el de Concesión.

El objeto de un contrato BOOMT es la financiación de un proyecto con viabilidad y rentabilidad garantizada, según los análisis económicos y financieros previos, desde la etapa de construcción, operación, mantenimiento, hasta la restitución a su titular, una vez alcanzado el cierre financiero.

C) *Causa*, al igual que los anteriores, es un requisito para obligarse de los contenidos en el artículo 1502 del Código Civil, por lo que aplica tanto para el Contrato BOOMT como para el Concesión. La causa debe ser lícita, verdadera y debe estar plenamente justificada. Se

entiende como la finalidad que se busca con la suscripción de este tipo de contrato, lo cual en su mayoría se justifica en la necesidad de la parte contratante.

Lo demás que se pacte en el clausulado del contrato y no le sea ni esencial ni natural, se entenderá como elementos accidentales. Así, por ejemplo, cuando en un contrato BOOMT, respecto al traslado de los riesgos, se acuerda una distribución especial, se entenderá con ello la incorporación de un elemento accidental y no un cambio de modalidad contractual.

En conclusión, está visto que tanto el Contrato BOOMT como el Contrato de Concesión comparten los mismos elementos esenciales, es decir, aquellos que los hacen un contrato distinto de los demás. Por lo tanto, la conclusión lógica es que el Contrato BOOMT es una especie del género Contrato de Concesión cuyas características diferenciadoras frente a otros, como se evidenció antes, es la carga que se tiene en relación con su financiación.

d) Financiación, es uno de los elementos indispensable y primordial de este tipo de contratos, para lo cual es determinante el análisis y proyección financiera realizada, que garanticen el beneficio mutuo de las partes.

Una característica a la hora de estructurar el contrato BOOMT, es el modelo financiero que como habíamos advertido es garantizar el beneficio de las partes, en este elemento participan múltiples actores, los contratos involucran, en efecto, a los promotores del proyecto, a la sociedad que se hará cargo de su ejecución y explotación, a las entidades financieras que

aportarán los fondos necesarios para su desarrollo, a los asesores externos que darán su opinión sobre la viabilidad del proyecto y, finalmente, al Estado, que actúa como comitente de la obra.

(De la Riva, 2017)

El modelo de financiación en la estructuración de los contratos BOOMT, impacta indirectamente el plazo del contrato. Es decir, la financiación y retribución del contratista estarán íntimamente relacionados con el plazo de ejecución del contrato en sus distintas etapas; es decir, no sólo en la construcción, sino también en la operación del mismo. Hasta que se logre la ecuación financiera, circunscrito a la vida útil del proyecto. En este sentido, el límite máximo es el tiempo que se espera que el proyecto genere flujo de caja suficiente.

3.1.2 Características de los Contrato BOOMT.

El contrato BOOMT, como contrato que es, independiente a la calidad y naturaleza de las partes que en él interactúan, es decir, sea una, ambas o ninguna de las partes un sujeto de derecho público, o sea una de ellas de origen internacional, reúne características comunes a todos los contratos de nuestro ordenamiento, las cuales por definición están consagradas en el Código Civil colombiano y otras que son aquellas propias de un Project Finance, estas últimas atípicas en nuestra legislación:

3.1.2.1 Bilateralidad.

El contrato BOOMT es bilateral porque las partes contratantes se obligan recíprocamente. Esto quiere decir, que ambas partes deben aportar en la relación contractual a cambio de recibir un beneficio o contraprestación. (Código Civil, 2011)

Se crean obligaciones mutuas entre las partes, aunque muchas veces no en pie de una perfecta igualdad, lo cual no le resta a este tipo de contrato su carácter de bilateral sinalagmática. La característica del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan; porque cada una de las partes que en él intervienen desempeña, a la vez, los papeles de deudora y de acreedora de la otra. (Ospina Fernández, 1998)

En la ejecución de los contratos BOOMT tenemos de una parte a un titular de un derecho, trátase de un derecho de explotación, de propiedad, o de una licencia, entre otros, que por razones de diferente índole requiere financiar la ejecución del proyecto u obra y que para lograr su objetivo, sin perder la titularidad o derechos de los cuales goza, **suscribe un acuerdo de voluntades** con un tercero para que se haga cargo del proyecto en todas sus etapas, desde sus construcción, operación y mantenimiento, y restituya el proyecto cuando se logre la ecuación financiera acordada entre las partes, al momento de la suscripción del acuerdo de voluntades.

3.1.2.2 Oneroso conmutativo.

Como cita nuestro código civil, *“el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio”*. (Código Civil, 2011)

Tal y como lo señala el ordenamiento civil, esta característica se refiere al beneficio proporcional de ambos contratantes, cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente, a lo que la otra debe dar o hacer a su vez, y ambas partes tienen por objeto una utilidad, gravándose cada una a beneficio de la otra. Todas las prestaciones son ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata, su determinación no depende de acontecimiento incierto alguno, parece difícil que pueda afirmarse que hay ciertos repartos de riesgos capaces de convertir un “contrato conmutativo” en un contrato aleatorio”; en efecto en éstos últimos, el riesgo es el objeto mismo del contrato. La diferencia entre ambos tipos de contratos no consiste, nunca, en la cantidad de riesgos que se asuma, sino en el objeto en que se contrata. (PALACIOS MEJÍA, 2000)

En el contrato BOOMT, las ventajas económicas o las ganancias, que consisten en la facultad de explotación o de percibir sus rentas, son ciertas respecto del derecho de percibirlos. La equiparación prestacional no es absoluta; son las partes las que en un proceso de concertación, deciden acoplarse a una relación de prestaciones mutuas. Que lo

uno se mire como lo equivalente de lo otro, es una deseable posibilidad pero no necesariamente una realidad esencial. (MUTIS VANEGAS, 2000)

La Corte Suprema de Justicia al interpretar los alcances del artículo 1498 del Código Civil consideró: *“Lo que caracteriza el contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe, o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta”* (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 1952)

En síntesis en una relación contractual enmarcada en un modelo BOOMT, el proyecto a ejecutar y la utilidad que ello reporta para ambas partes debe estar garantizada en el modelo financiero inicial, de lo contrario estaríamos frente a un contrato aleatorio.

3.1.2.3 Tracto sucesivo.

Es un contrato cuya ejecución se prolonga en el tiempo y no se cumple en un solo momento, sino en varios actos escalonados, dado que las prestaciones de las partes son de largo plazo. La regla general es que la mayoría de estos contratos se extienden en el tiempo,

puesto que nos referimos a inversiones cuantiosas cuyo retorno requiere un plazo considerable.

3.1.2.4 Intuito persona.

Tratándose de un contrato BOOMT, cuya principal necesidad es la financiación, es apenas lógico que la parte que se encargará de la ejecución del proyecto en todas sus etapas, debe reunir unas calidades específicas, y por lo tanto es obligación del titular del derecho asegurarse de que dichas condiciones se mantengan.

Al contrario de lo que se podría llegar a pensar, que al ser un contrato intuito persona implicaría una escogencia parcializada o subjetiva, lo que en realidad conlleva la característica en mención, es preservar las calidades que se tuvieron en cuenta para la escogencia del contratista y la entidad contratante tiene la obligación de asegurar que dichas condiciones se mantengan.

3.1.2.5 Solemne.

En atención a las formalidades especiales que se deben observar a fin de producir efectos, ya que es de la naturaleza del contrato BOOMT transferir la propiedad o la mera tenencia, lo que conlleva a ritualidades que van más allá de un acuerdo de voluntades, sumado ello a la extensión de obligaciones que adquieren la partes y la necesidad de un documento probatorio en caso de incumplimiento.

Las formalidades pueden ser de diversa índole, entre ellas cuando una de las partes es el Estado, el contrato BOOMT, deberá constar por escrito; por expreso mandato del artículo 39 inciso primero de la Ley 80, que señala la forma del contrato estatal:

“Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que implican mutación de dominio o imposición de gravámenes y servidumbre sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad”. (Congreso de la Republica , 1993)

Esto quiere decir que para que nazca a la vida jurídica el contrato BOOMT debe cumplir con la formalidad anterior.

También hace necesario la solemnidad del contrato el hecho de establecer claramente las obligaciones que adquieren las partes, el modelo financiero, la estimación de los riesgos para cada parte, como la necesidad de un documento probatorio en caso de incumplimiento, características que más adelante serán descritas.

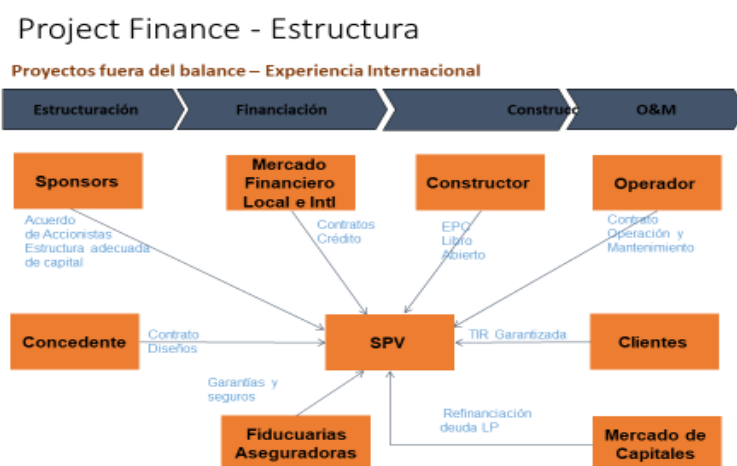
3.2 Partes en el contrato BOOMT

Dentro del contrato BOOMT, una vez definida la estructura financiera del proyecto, se suscribe el contrato entre el titular del proyecto y el *Proyecto Compañía* (SPV – Vehículo de propósito especial). Paralelamente, es fundamental, que a su vez se estructure el negocio

mediante el cual el “Sponsor” o inversionista, perfeccione su obligación a través del *Proyecto Compañía* (SPV – Vehículo de propósito especial) y con ello el titular del derecho tenga garantizado el cumplimiento de lo contratado, para una mayor claridad desarrollaremos más adelante cada parte interviniente.

El contrato BOOMT, tiene como particularidad que una sola parte, en este caso el SPV, se obliga a la financiación, construcción, operación y mantenimiento durante el término de duración del plazo y hasta la transferencia de la infraestructura construida al Estado, si es este el caso particular.

En la siguiente estructura de un Project Finance, se puede observar las relaciones contractuales que se derivan durante las etapas de estructuración, financiación, construcción y operación y mantenimiento:



Tomado de Principes of projet finance, E.R. Yescombe, London U.K, 2002

En Colombia, existe un temor generalizado en entender el rol de cada parte en una relación dentro del marco de un contrato BOOMT, ya que al no ser un contrato de concesión pública, y por tanto no existir un concedente y un concesionario, nos hemos referido en la relación contractual, de manera errónea, de una parte al **Contratante** o titular del proyecto, quien requiere la ejecución de una obra, y de otro lado se ha denominado **el Contratista**, a quien es en realidad el Project Company o el vehículo especial creado dentro del esquema de financiación.

En este punto, se recomienda a la Administración Pública documentar todo el proceso de estructuración financiera y las recomendaciones de los asesores legales y financieros “expertos”, que de cuentas de la naturaleza del contrato y evite interpretaciones erradas de las siguientes Administraciones y los entes de control, ya que continuamente el desconocimiento de esta temática conlleva a generar alertas innecesarias.

3.2.1 El Estado como “Contratante”.

Cuando la parte contratante es el Estado, en ejecución de proyectos de interés público, por concesiones de explotación de recursos naturales o de infraestructura, su participación puede ser como inversionista de equity (capital de la compañía), prestamista por medio de líneas de crédito de fomento o patrocinados por entidades especializadas en apoyar sectores

como las exportaciones, zonas de desastre, etc., o como en el caso bajo estudio parte del contrato BOOMT.

El esquema contractual requiere unas formalidades y solemnidades, como las describimos cuando hablamos de los elementos del contrato, que no le son exigidas a los contratos suscritos por particulares. Sin embargo, hay un mayor nivel de confianza para los inversionistas que contratan con el Estado bajo esta modalidad, en atención a que los flujos de caja futuros (Cash flow) son garantizados por el Estado.

Es importante anotar que el Estado a la hora de selección del contratista, deberá previamente realizar una identificación de potenciales inversionistas y/o sponsor, siendo imprescindible un experto con conocimiento del mercado y la banca. La selección de este inversionista deberá obedecer a los requisitos y formalidades de la entidad titular del proyecto, dependiendo de su naturaleza, es decir, si contrata bajo Ley 80 de 1993 (Congreso de la República, 1993) o tiene régimen especial.

3.2.1.1 *El Estado como concedente o garante final del proyecto.*

En la mayoría de los casos es el Estado el interesado en contratar bajo esta modalidad contractual, ya que obtendría los siguientes beneficios:

- a) *Reducir el endeudamiento del sector público,*

- b) *Promover la eficiencia en el financiamiento, la ejecución de los proyectos y la gestión de servicios y*
- c) *Distribuir el costo de los nuevos activos a través del tiempo en que son utilizados, para evitar los altos costos iniciales de la formación bruta de capital fijo realizada directamente por el propio gobierno. (Caribe, 2017)*

3.2.2 El Proyecto Compañía (SPV – Vehículo de propósito especial) como “Contratista”.

como contratista al desarrollador y ejecutor del proyecto el cual se requiere que se constituya una nueva compañía con personería jurídica, (unidad económica separada y distinta de los promotores) con el único propósito de construir y operar el proyecto y cuya existencia estará determinada por la duración del mismo (SPV, Special Purpose Vehicle). Esto significa que la compañía debe contar con los activos y recursos suficientes para operar, sin recurrir a activos de sujetos distintos, o si tiene que recurrir a dichos sujetos, debe contar con acceso incondicional que permita hacer uso de sus activos. (HERZ, 1996)

Las acciones (o participación) de la compañía del proyecto son propiedad de los promotores (Sponsor), quienes hacen un acuerdo sobre sus deberes y derechos como tenedores de acciones.

Retomando las palabras de Ricardo Duran Vinazco, esta figura es el “Vehículo Jurídico utilizado para la realización del proyecto. (Vinazco, 2006)

El Proyecto Compañía (Project Company) es quien se encarga de la ejecución del proyecto en todas sus etapas. La naturaleza jurídica de este vehículo dependerá de un riguroso estudio del mercado, la normativa aplicable, los beneficios tributarios, las cargas impositivas, entre otros análisis especializados que se realicen.

3.3 Obligaciones de las partes contratantes

Ambas partes son sujetos obligados. El titular del proyecto estará obligado transferir el uso y goce de su derecho, es decir, deberá otorgar a autorización que se requiera para explotar el proyecto, esto es fundamental.

Por su parte, “contratista”, se obliga a ejecutar por su cuenta el desarrollo del proyecto, sin exceder lo acordado, y restituirlo en buen estado al momento de alcanzar el cierre financiero.

Verificación del Cumplimiento por parte del Contratista de las obligaciones establecidas en la Ley, licencias, permisos, actos administrativos, garantías y seguimiento a riesgos, incluidos en el Contrato.

El contratante, entregará a título de usufructo al Contratista si es del caso, los Inmuebles del Proyecto de los cuales es propietario a la Fecha Efectiva a través del Contrato de Usufructo y entregará al Contratista los Derechos de Usufructo sobre los demás Inmuebles

del Proyecto a medida que éste los adquiera en ejecución del presente Contrato a través de los Contratos de Usufructo Adicionales.

En virtud de esta tipología contractual, el Contratista construirá El Proyecto sobre los Inmuebles del Proyecto, la operará, mantendrá y explotará comercialmente hasta la Fecha de Terminación, momento en el cual Restituirá al contratante los Inmuebles del Proyecto recibidos en usufructo y Revertirá los demás Bienes del Proyecto;

El Contratista amortizará la totalidad de la inversión que realice para la construcción, operación y mantenimiento del Proyecto con la explotación económica del mismo, con lo que se dará cumplimiento al pago establecido en el inciso segundo del artículo 739 del Código Civil colombiano.

Como contraprestación por el otorgamiento al Contratista del derecho que tiene El contratante para el desarrollo y explotación del Proyecto las Partes acuerdan un esquema de Remuneración.

Salvo previsión de norma superior en contrario, las labores, actividades, obligaciones y derechos que las Partes adquieren entre sí o frente a terceros con motivo de la vinculación mediante este Contrato, deben guiarse y someterse en primer lugar a lo plasmado en el contrato en virtud al principio de la autonomía, interpretado a partir de los respectivos propósitos de los contratantes y con aplicación del principio y criterio de la “buena fe”.

Se destaca también en este tipo de contratos tanto obligaciones de hacer como de no hacer comunes en todas las etapas del contrato y que pasaremos a destacar las más relevantes:

3.3.1 Obligaciones de hacer del Contratista Comunes a todas las Etapas.

Cumplir con las obligaciones, compensaciones, cargas, autorizaciones, concesiones, términos y condiciones contenidos en la Licencias que sean otorgadas por autoridad competente, en las oportunidades y formas allí previstas, incluyendo, sin limitación, la adquisición de Inmuebles del Proyecto;

Desarrollar el Proyecto a partir de los Parámetros Técnicos aplicando las Buenas Prácticas de Ingeniería y los estándares de calidad correspondientes;

De manera diligente, contratar y mantener vigentes en todo momento las Pólizas de Seguros conforme a lo previsto en el Contrato, excepto cuando los amparos correspondientes no se ofrezcan en el mercado;

Implementar un sistema de administración de riesgos del Proyecto, a través del cual se realicen las actividades de identificación, análisis, evaluación, el tratamiento, seguimiento y monitoreo de los riesgos que pueden afectar al Proyecto en cualquiera de sus Etapas.

Atender los requerimientos de cualquier Autoridad Gubernamental dentro del término establecido para el efecto;

Tomar todas las medidas que resulten necesarias o apropiadas para procurar seguridad del Sitio y de los Inmuebles del Proyecto y de las Personas que allí se encuentren, entendida esta como una obligación de medio y no de resultado;

Obtener, adquirir o suministrar los Equipos, los Materiales, la Maquinaria, los Activos de Construcción, los Activos de Operación y cualquier otro elemento y/o servicio, ya sea de naturaleza temporal o permanente, que sean necesarios o adecuados para la ejecución, construcción, instalación y terminación de todas y cada una de las Obras o los Componentes, para la operación y mantenimiento del proyecto.

Dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas bajo los Contratos Financieros, los Contratos Preconstructivos y aquellos Contratos de Construcción y Contratos O&M que llegue a celebrar el Contratista, así como de cualquier otro contrato relacionado con el Proyecto;

Indemnizar y reparar cualquier daño causado a terceros o sus propiedades con ocasión del Proyecto siempre y cuando medie culpa o negligencia del Contratista;

Asumir y pagar oportunamente los Tributos que le correspondan en las fechas previstas en la Ley Aplicable para el efecto;

Adelantar una adecuada gestión de los contratos con sus Subcontratistas y proveedores, y mantener al contratante libre de todo perjuicio, daño o reclamación, por actos e incumplimientos de cualquiera de ellos o de sus agentes y empleados. (Vinazco, 2006)

3.3.2 Obligaciones de No hacer del Contratista Comunes a todas las Etapas.

Transferir el dominio o un derecho desmembrado del mismo o la tenencia a cualquier título de los Bienes del Proyecto a un tercero, sin autorización previa y escrita del Contratante;

Constituir Gravámenes en relación con los Bienes del Proyecto, excepto por los Gravámenes Permitidos;

Adelantar actividades que no estén relacionadas directamente con el Proyecto o contempladas en el Contrato. En consecuencia, el Contratista no podrá modificar el objeto social del SPV o registrar reformas estatutarias que contravengan lo anterior.

Permitir que los Ingresos Brutos sean percibidos por una Persona distinta del Contratista, salvo que obedezca a un Gravamen Permitido (Vinazco, 2006)

3.4 Responsabilidad Contractual en el marco del contrato BOOMT

En los contratos BOOMT, debe contar con una asignación eficiente de riesgos entre el sector privado (SPV) y el Estado a través de contratos que establecen los criterios de participación y las responsabilidades para cada una de las partes involucradas en el desarrollo de proyectos que contemplan un activo público. En estas colaboraciones, que duran varios años, el SPV, juega un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de una infraestructura, o en el desarrollo de un servicio, participando, de un modo u otro, en la financiación del proyecto.

En el contrato BOOMT, se otorga la responsabilidad al SPV, no solo de la operación y del mantenimiento de los activos, sino también de las inversiones. Sin embargo, la mayoría de las veces el Estado, otorga una serie de garantías o subvenciones para que el sector privado (Sponsor) conciba el proyecto como rentable a pesar de los riesgos existentes. La propiedad de los activos se mantiene en el Estado, al término de la asociación (Banco de Desarrollo de America Latina , 2012).

El contratista como SPV, deberá garantizar, la patrimonialidad de la sociedad constituida, además de la correcta ejecución del proyecto, lo anterior lo ubica en una condición de responsabilidad de asumir la gran mayoría de riesgos contractuales, siendo el

contratante Estado garante de su cumplimiento y generador dentro de las estipulaciones contractuales de eventuales sanciones por causas contractuales o extracontractuales.

La responsabilidad civil -contractual se presenta cuando con ocasión de un una conducta o comportamiento realizado por un sujeto de la relación contractual en la etapa de formación, celebración, ejecución o de liquidación del contrato BOOMT, el contratista (SPV) debe cumplir con el la prestación contractual a la parte acreedora (Estado), ya que la responsabilidad encuentra su justificación en el incumplimiento de las obligaciones contractuales y a los deberes que surgen de esa relación contractual.

En los contratos BOOMT, donde las obligaciones se miran como un todo, donde el contratista se compromete a ejecutar toda la obra por su cuenta y riesgo, por el valor total pactado en el contrato desde su celebración, de tal manera que el incumplimiento en el precio global, constituye la patrimonialidad de la obligación global.

La patrimonialidad de las prestaciones y de las obligaciones en el contrato estatal, son de recibo en la cláusula del precio del contrato y su forma de pago. Por patrimonialidad de las obligaciones entendemos, el valor y contenido económico de cada prestación singular, por ejemplo, en un contrato de obra a precio unitario, la prestación es cada uno de los ítems que integran las cantidades de obra como la implantación de los diseños estructurales, las redes sanitarias, las redes eléctricas etc.; cada una de ellas en sí, constituyen un valor individualmente considerado.

Es de vital importancia comprender que la característica de los contratos BOOMT, es que el contratista ejecuta el proyecto por su cuenta y riesgo, pues esta valoración permite en la estructuración del contrato, analizar los posibles cumplimientos o incumplimientos, y también para revisar sus relaciones de pago, o el incumplimiento total del contrato por defectos de calidad y estabilidad, como presupuestos de hecho de la relación jurídica existente entre la obligación, la prestación, el acreedor y el deudor contractual, cuyo incumplimiento en cualquiera de sus modalidades hace exigible su cumplimiento, la reparación del daño contractual producido por el deudor de la prestación y que sufre el acreedor del mismo. (Banco Mundial, 2007)

Para el presente caso, debido a su extensión en el tiempo, consideramos prudente que en los contratos BOOMT, las obligaciones contractuales sean revisadas periódicamente y por cada etapa de ejecución de los proyectos bajo esta modalidad, cuyas consecuencias jurídicas deberán introducirse en el texto del contrato, además de la forma de solucionar las controversias suscitadas, las cuáles, no todas las veces corresponden a una solución jurídica, también podrá optarse por mecanismos alternativos de solución de conflictos, desde el aspecto técnico, tal cual como lo establece la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“Artículo 73º.- De la Colaboración de las Asociaciones de Profesionales y de las Cámaras de Comercio. Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato.

Artículo 74º.- Del Arbitramento o Pericia Técnicos. Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”

Teniendo presente la atipicidad del contrato BOOMT, respecto al ordenamiento jurídico colombiano, consideramos prudente que las disposiciones anteriormente anotadas podrán introducirse en el contenido del contrato, como una forma de solución de las controversias contractuales en el evento que se presente producto del incumplimiento total o parcial de alguna de las partes contratantes.

3.5 Características asociadas al Project Finance

Pese a que no todas las estructuras del Project Finance son iguales, ya que esto depende del sector y las obligaciones que pretendan incluir las partes, según sus fines y conveniencias, sí existen elementos comunes a la estructura y que le son aplicables a la tipología a la cual nos referimos, esto es, contrato BOOMT:

3.5.1 Propósito especial o único.

El contrato se celebra para financiar un solo proyecto, el cual, en la literatura americana se denomina “Project Company”. Por regla general, este proyecto único es nuevo. (Wood, 2008)

Al respecto es fundamental el análisis que se haga sobre la estructura legal del Project Company o vehículo de inversión (SPV), ya que se constituye como el vehículo a través del cual se desarrollan los demás elementos de la financiación.

Este vehículo de inversión debe tener como característica ser una unidad económica separada y distinta de los promotores, con el único propósito de construir y operar el proyecto y cuya existencia estará determinada por la duración del mismo (SPV, Special Purpose Vehicle). Esto significa que la compañía debe contar con los activos y recursos suficientes para operar, sin recurrir a activos de sujetos distintos, o si tiene que recurrir a dichos sujetos, debe contar con acceso incondicional que permita hacer uso de sus activos (Tinsley, 1996).

3.5.2 Financiación elevada.

El Project Finance puede definirse como un método de financiación de un cierto proyecto de infraestructura (unidad económica separada), en el cual el acreedor o prestamista va a obtener el pago de su crédito, en principio, contando con los flujos de efectivo y demás ingresos del proyecto como fuentes de pago, pudiendo contar con los activos del proyecto o unidad económica como garantía. “Bajo el Project Finance, los bancos proveen financiación a

un proyecto singular y asumen una gran parte del éxito o fracaso de ese proyecto” (Wood, 2008).

En este esquema se requiere la financiación de un elevado porcentaje del valor total del costo del proyecto, estimado entre un 70% y un 90%. (Yescombe, 2002)

Para Richard Tinsley, *“Project Finance es la confianza en los flujos de efectivo futuros procedentes de un proyecto como los principales medios para el pago de su financiación. Los activos, derechos e intereses del mismo se toman como garantías”* (Tinsley, 1996)

El Project Finance es aplicado en mayor medida en grandes proyectos de infraestructura, sobre todo del sector público, para los cuales los sistemas tradicionales de financiación resultan insuficientes o por lo menos inapropiados para contribuir al éxito del proyecto. También se ha convertido en un servicio financiero tradicional de las instituciones financieras. Los usuarios del Project Finance usualmente son industrias o proyectos que requieren una fuente intensiva de capital, como en el sector eléctrico, minero (gas, petróleo, etc.), telefonía, puentes y autopistas, refinerías, oleoductos o cualquier otro que implique construcción o ingeniería. (Wood, 2008)

3.5.3 Sin suscripción de Garantías de pago.

Como una característica novedosa en nuestro sistema contractual, es que ante una financiación de casi la totalidad del proyecto, la única garantía de pago es el proyecto mismo.

El titular del proyecto no garantiza el pago de lo invertido en caso tal de un fracaso del proyecto, y para tal efecto, el riesgo lo asume en su totalidad el inversionista. Sin embargo, surge la cuestión sobre a quién se le transfiere el riesgo por parte del inversionista, ya que ante una inversión de tal magnitud sería una irresponsabilidad hablar de la falta de garantías, es por esto, que la utilidad debe ser significativa para el inversionista, ya que a mayor riesgo mayor rentabilidad.

3.5.3.1 *Mecanismos de Protección y Garantías*

Los inversionistas en el proyecto, salvo los promotores, generalmente sólo están buscando obtener una rentabilidad por su inversión, no están dispuestos a asumir riesgos distintos del propio riesgo del crédito o inversión que conceden, por lo tanto buscarán mecanismos que los protejan de riesgos operacionales, tecnológicos, de economía, político, etc.

Tales mecanismos de protección son garantías que pueden ser:

a) **Garantías directas:** Garantías reales sobre activos tangibles o intangibles (contratos) del proyecto o prenda sobre el establecimiento de comercio, o garantías personales, limitadas o no en cuanto a monto y tiempo. La obligación del garante está circunscrita a lo que diga el contrato. (NEVITT, 1983)

b) **Garantías indirectas:** Seguridades o soporte al crédito como contratos take-or-pay, garantía de suministro de materia prima, compromiso de cubrir deficiencias de flujo de efectivo y pactos similares. (NEVITT, 1983)

c) **Garantías contingentes:** condicionada a la materialización de un riesgo determinado. Puede ser una garantía de refinanciación después del financiamiento inicial del proyecto, de acceso a divisas para el repago del proyecto o una opción de pagar los intereses en moneda local o extranjera. (HERZ, 1996)

d) **Garantías implícitas:** no son garantías reales sino promesas de pago tipo comfort letters o cartas de conformidad por medio de las cuales, una entidad matriz de otra que es la deudora, generalmente en el extranjero, emite una declaración a los acreedores afirmando que conoce del crédito que han otorgado a su filial y adquiriendo a veces un compromiso sobre mantener su participación accionaria en la filial, controlar su gestión o brindar algún apoyo financiero, entre otros.

3.5.4 Vida útil del proyecto

El pago máximo de la deuda está condicionado a la vida útil del proyecto. Esto es relevante, ya que al momento de las estimaciones económicas y de financiación, el plazo

máximo contemplado será el de la vida del proyecto, es decir, la capacidad máxima en el tiempo en el que el proyecto genere flujo de caja. (HERZ, 1996)

3.6 Intervinientes en la estructuración del Project Finance

Dentro de un Project Finance tenemos, por lo menos, los siguientes intervinientes, los cuales son actores esenciales en la estructuración del contrato BOOMT, bajo el entendido que con ello se determina la figura jurídica a seguir y si el proyecto es viable y sostenible.

(Vinazco, 2006):

3.6.1 Sponsor (promotor):

Es quien identifica un proyecto y lo desarrolla, dentro de sus esfuerzos se ocupa en primer lugar de ser el ejecutor del proyecto, y una vez logrado esto, se ocupa de conseguir los préstamos, inversionistas, proveedores y compradores y destinarlos al proyecto. También participa en la búsqueda del vehículo adecuado para dar vida a la compañía del proyecto (SPV), que es la sociedad o tipo de asociación o unión que va a personificar el proyecto y que será constituida únicamente para el desarrollo de este, por esta razón, el promotor usualmente es accionista o tiene algún tipo de privilegio en la distribución de utilidades. Estos promotores son generalmente sociedades que dentro del proyecto tienen funciones específicas o se desempeñan de manera eficaz en alguna de las etapas del proyecto, aunque también pueden ser simplemente quienes se encarguen de conseguir la financiación, los inversionistas de

equity, los contratistas, etc. y luego no tener participación en la construcción, a cambio de un beneficio económico.

La figura del promotor, en cuanto quien inicia una empresa constituyendo una sociedad, está consignada en los artículos 140 y 141 (Codigo de Comercio, 1971). José Ignacio de Narváez los define como “*quienes planean la organización de una empresa con estudios técnicos de factibilidad, llevan a cabo las gestiones tendientes a constituir la sociedad, sufragan los gastos necesarios y responden solidaria e ilimitadamente de las obligaciones contraídas con tal fin*” (NARVAEZ, 1996). Pueden contar con ventajas como un porcentaje de las utilidades o un privilegio económico en la suscripción de acciones, cuotas o partes de interés, sometidas ambas a los límites del artículo 141 del Código de Comercio.

Por su parte el promotor deberá tener en cuenta la calidad del banco o institución financiera de la cual obtendrá los recursos para asegurar el éxito del proyecto, debe asegurarse de entrar a un mercado seguro y manejar los diversos riesgos de la inversión, debe elegir el vehículo (forma asociativa o de unión) adecuado para cubrir los intereses de los participantes en el proyecto.

El promotor es el sujeto protagonista del Project Finance y es el punto donde convergen todas las relaciones jurídicas con los proveedores, contratistas, inversionistas, garantes, etc. Es el responsable de que el proyecto se culmine, “es quien va a ubicar y acercar a las partes que van a participar en el proyecto y es quien estructura el mismo” (CALVET, 1996)

El Promotor a su vez puede contar con equipo de expertos que le ayuden con la estructuración del mismo, entre ellos:

3.6.1.1 Asesor Financiero

Quien prepara la información que describe la naturaleza y viabilidad económica del proyecto.

3.6.1.2 Expertos Técnicos

Preparar el estudio de factibilidad del proyecto.

3.6.1.3 Asesor Legal

Quien estructura la naturaleza jurídica del vehículo de inversión (SPV) o Project Company. Además, deberá realizar el análisis de riesgos y la asignación de los mismos.

En alguna literatura se puede observar que se hace referencia al promotor y al inversionista con roles diferentes, por una parte se hace referencia al promotor como el titular inicial del proyecto, lo cual genera muchas inquietudes en el análisis de una y otras lecturas. Para efectos del presente trabajo que abordaremos específicamente el contrato BOOMT y no a profundidad la estructura del Project financie, no entraremos en esta discusión y simplemente haremos referencia al inversionista o sponsor (promotor) respecto a quien asume el control de la sociedad vehículo y el Estado o titular inicial del proyecto.

3.6.2 El Project Company (SPV – Vehículo de propósito especial)

Es el vehículo jurídico utilizado para la realización del proyecto, denominado vehículo de propósito especial (SPV), también conocido como entidad de propósito especial (SPE), es una compañía subsidiaria con el propósito de facilitar los arreglos financieros de la compañía matriz, incluyendo el apalancamiento y las inversiones especulativas, sin comprometer a todo el grupo. Si el SPV entra en riesgo financiero, la compañía matriz no se verá afectada, a su vez si la matriz se declara en insolvencia, el SPV está protegido. (Wayman, 2002)

Frente a la forma de concebir jurídicamente el vehículo de propósito especial (SPV) se desarrollara con mayor precisión en el numeral 3.6 del presente trabajo.

3.6.3 Prestamistas o Lenders:

Es la banca inversionista y además son el principio de dispersión del riesgo, los prestamistas varían de acuerdo con el proyecto, así como pueden llegar a verse en un mismo proyecto prestamistas privados y organismos multilaterales de crédito. *“Estos pueden ser inversionistas institucionales que son quienes otorgan la financiación para el proyecto y generalmente lo hacen a través de bonos emitidos en el mercado de capitales; o pueden ser bancos comerciales”* (CALVET, 1996) . Son los proveedores de recursos catalogados como deuda principal, no siempre bancos sino también tenedores de bonos emitidos por el promotor o la compañía del proyecto.

La participación de los prestamistas no se limita a firmar el acuerdo de crédito con la compañía del proyecto o los promotores, también suelen celebrar acuerdos directos con cada uno de los participantes del proyecto sobre aspectos como aseguramiento de los activos del proyecto, el manejo del Know How, entre los participantes y la compañía del proyecto, suministro de materias primas, garantías colaterales y cualquier tipo de acuerdo tendiente a mantener la continuidad del proyecto (DELMON, BOO/BOT Projects, A Commercial and Contractual Guide. , 2000).

3.6.4 Compañías de seguros.

Los promotores pueden a través de las compañías de seguros nacionales o internacionales, contratar pólizas de seguro para asegurar el pago de la deuda o la reactivación del proyecto afectado por cualquier tipo de riesgo, incluso político. De este modo el promotor queda obligado a usar el pago recibido de la compañía de seguros para reconstruir el proyecto o ponerlo a funcionar de nuevo, o para pagar la deuda si no es posible seguir el proyecto sin que varíen sustancialmente las condiciones (Wood, 2008). Esto debe ser objeto de acuerdo entre promotor (o deudor) y acreedor.

3.6.5 El Estado en el Project financie

Además del papel del Gobierno y el Estado en general como ente regulador y autoridad en temas como impuestos, licencias, control de cambios, etc., también puede tener

una intervención importante asumiendo riesgos (generalmente el riesgo político o riesgo país), o sirviendo como garante por medio de una entidad pública especializada.

3.6.6 El Operador

Este sujeto que puede ser a su vez sponsor o el SPV, sea directa o indirectamente, será quien mantenga y opere el proyecto durante un periodo o todo el tiempo, es quien manejará las diferentes etapas del proyecto y será monitor general del avance del mismo. Normalmente, esta figura es subcontratada, y el operador del será elegido debido a su experiencia en la industria o capacidad de llevar a cabo esa tarea. Sus deberes son especificados en el contrato de operación, entre ellos, además de dirigir las operaciones, la compra de insumos y venta del producto del proyecto -lo que implica una capacidad en la toma de decisiones unilateralmente, es el encargado de llevar un registro del monto del capital del proyecto (o compañía del proyecto) y sus costos de operación (FINNERTY, 1996.)

3.6.7 Compradores (Off Takers)

Son quienes se comprometen a pagar por el producto o servicio del proyecto. Cuando son contratos BOOMT como en proyectos del sector eléctrico, carreteras, etc., aunque puede haber compradores, también se habla del off taker como la entidad del Gobierno que contrata y paga el proyecto al promotor o compañía del proyecto.

Los compradores generalmente participan en el proyecto por medio de un contrato de compra de lo que produzca la compañía, lo que convierte a los compradores en parte fundamental de la financiación del proyecto, pues estos contratos aseguran un flujo de caja que garantizan el pago del servicio de la deuda. Estos compradores mantienen un estricto control sobre el proyecto con el fin de que les sea garantizada la calidad y precio pactado, así como una puntual entrega del producto. Se puede llegar incluso a imponer sanciones pecuniarias por el incumplimiento de la compañía. (Wood, 2008)

3.6.8 Calificadoras de riesgos.

Son sociedades anónimas cuyo objeto social exclusivo es la calificación de valores o riesgos relacionados con la actividad financiera, aseguradora, bursátil y cualquier otra relativa al manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

La calificación de valores o de riesgo es una opinión profesional que produce una sociedad calificadora de riesgos, sobre la capacidad de un emisor para pagar el capital y los intereses de sus obligaciones en forma oportuna. Para llegar a esa opinión, las Sociedades Calificadoras de Riesgos desarrollan estudios, análisis y evaluaciones de los emisores así mismo, deben adoptar metodologías que garanticen la obtención de calificaciones objetivas e independientes basada en el análisis idóneo y técnico de la información relevante para el proceso de calificación. La calificación de valores es el resultado de la necesidad de dotar a

los inversionistas de nuevas herramientas para la toma de sus decisiones.

(SUPERFINANCIERA, 2011)

Podríamos concluir a la hora de hablar de los intervinientes del project finance, en palabras de, Ignacio de la Riva, cuando se refiere a la interacción de todas las partes y al respecto ha dicho que *“Una característica de esta modalidad de financiamiento es que en su estructuración participan múltiples actores. Los contratos pertinentes involucran, en efecto, a los promotores del proyecto, a la sociedad que se hará cargo de su ejecución y explotación, a las entidades financieras que aportarán los fondos necesarios para su desarrollo, a los asesores externos que darán su opinión sobre la viabilidad del proyecto y, finalmente, a la Administración pública que actúa como comitente de la obra. La intervención de todos ellos se articula a través de la firma de diversos contratos, vinculados entre sí”*. (De la Riva, 2017)

3.7 Etapas del Contrato BOOMT

Luego de concebir el Project financie, y determinar que según la necesidades de las partes y considerar dentro de la gama de contratos que describimos en el capítulo 2, que el contrato BOOMT, es el indicado para su ejecución, y luego de haber surtido las etapas para la escogencia del contratista dentro de un proceso de selección con el Estado, conlleva a realizar diversas etapas que se requieren en el marco de la estructuración del contrato BOOMT, así:

3.7.1 Etapa de Planeación.

En la etapa de planeación en la estructuración de un contrato tipo BOOMT, se debe tener presente lo siguiente:

- a) Verificar la viabilidad de los flujos del proyecto: Las partes inmersas en el contrato, previo a su suscripción, verifican que se cuente con toda la documentación necesaria que permita evaluar los estudios, diseños y presupuestos del proyecto, se deberá analizar y determinar la capacidad del proyecto de generar flujos de caja suficientes como para pagar la inversión y generar utilidad al inversionista.
- b) Identificación y asignación de riesgos: Tal y como veremos más adelante “La esencia en esta tipología contractual es identificar los riesgos y determinar quién debe soportarlos” (Wood, 2008)
- c) Formalización jurídica de la operación, esto es, la naturaleza jurídica de la sociedad vehículo – SPV.
- d) Cierre financiero del proyecto que es cuando se acuerda la estructura financiera, el monto a financiar con recursos propios y con deuda, y el modelo económico del proyecto o de proyecciones financieras que incluye el pago de la inversión con el cálculo de la rentabilidad para el inversionista, dependiendo del riesgo que se asume.

- e) Formalización de acuerdos generales de la estructura contractual, si el contrato es, por definición, un acuerdo de voluntades encaminado directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, es claro que en él no puede faltar la voluntad de cada uno de los sujetos partícipes. Por medio del acuerdo de voluntades las partes regulan la manera como se llevará a cabo el cumplimiento de las obligaciones (Vinazco, 2006)

3.7.2 Etapa de construcción.

En esta etapa confluyen dos aspectos importantes, el aspecto financiero y la ejecución de la obra o proyecto como tal; en el primero el éxito de la operación económica se encuentra estrictamente asociado a la ejecución de la construcción del proyecto, en los términos previstos desde la modelación financiera, ya que el retorno de la inversión está sujeta al flujo de caja del proyecto. (Wood, 2008)

Ahora bien, en la ejecución del proyecto como tal debe tenerse presente las siguientes fases:

- a) Construcción. Es cuando se produce la ejecución de los trabajos. Ésta es una de las fases de los proyectos de construcción donde más meticoloso hay que ser con el cumplimiento de la normativa, en especial en lo concerniente a la regulación aplicable en materia de seguridad y salud.
- Gestión de la construcción.
 - Selección de personal.

- Formación y capacitación de personal.
- Abastecimiento de equipos y herramientas.
- Recepción y control de materiales.
- Control de los trabajos.
- Control de calidad.
- Aplicación de lo dispuesto en la programación de seguridad y salud.
- Gestión de contratistas.

b) Puesta en marcha. Es la fase dedicada a comprobar que todo lo planeado funciona de acuerdo al diseño y está operativo. Si todos los trabajos se han ejecutado correctamente, este momento sería el de verificar que el proyecto ha sido un éxito (Universidad Barcelona, 2017).

3.7.3 Etapa de Operación y mantenimiento.

a) La importancia desde la perspectiva financiera en esta etapa radica en que ya el proyecto genera flujo de caja para el pago de la deuda y generar utilidades. Por lo tanto, el control sobre esta etapa es fundamental para velar que el funcionamiento sea óptimo y se cumplan en estricta forma los acuerdos suscritos a fin de retornar el activo, esto es, el proyecto a su titular inicial, una vez se alcance la ecuación inicialmente pactada.

b) Desde el aspecto constructivo, la operaciones y mantenimiento, el proyecto de construcción no terminan con la entrega al contratante, sino que, muchas veces, es preciso continuar prestando servicios como los que se describen a continuación:

- Programa de mejora el rendimiento.
- Gestión de instalaciones.
- Mantenimiento y operaciones en planta.

En este aspecto es importante tener en cuenta lo referente a la posesión del proyecto, pues este genera gran discusión frente al significado de la palabra en inglés “Own”, ya que en su traducción se refiere a dueño y no poseedor como se entiende en la normativa colombiana, pues bien, al respecto se aclara que la finalidad de la creación de un vehículo especial es constituir el proyecto como una entidad independiente y por lo tanto la posesión se refiere a la titularidad del vehículo sobre el proyecto hasta el cumplimiento de las condiciones acordadas. La forma y condiciones como se retornará el proyecto debe estar claramente definida en el acuerdo inicial, lo anterior se abordara con mayor precisión en el numeral siguiente donde abordaremos el estudio del SPV.

3.8 El Proyecto Compañía (SPV – Vehículo de propósito especial)

La mayor relevancia en el estudio jurídico de este tipo de contratos, es el análisis de la estructura jurídica del proyecto compañía o SPV, ya que de ello depende la distribución de los beneficios económicos y la distribución de los riesgos. A continuación, analizaremos los de mayor uso en la actualidad.

Para efectos de llevar a cabo el proyecto se constituirá una sociedad de propósito especial (o “SPV”, por “special purpose vehicle”), en la que los sponsors serán los accionistas. A través de la constitución de una sociedad de propósito especial, los sponsors aíslan los riesgos inherentes a todo nuevo proyecto (incluyendo el riesgo de que el proyecto no resulte ser exitoso). La sociedad de propósito especial tendrá como objeto exclusivo llevar a cabo el proyecto, para lo cual ejecutará todas aquellas actividades que resulten necesarias para el cumplimiento de su objeto, suscribiendo todos los contratos que resulten necesarios con proveedores y clientes. (Albújar Cruz, 2010)

La sociedad de propósito especial será también la encargada de obtener el financiamiento para llevar a cabo el proyecto, teniendo la calidad de deudora bajo tal financiamiento. Un beneficio adicional que trae la creación de la sociedad de propósito especial es que permite que los sponsors, a través de esta, puedan obtener un financiamiento en montos que, en otras circunstancias, excederían su capacidad de endeudamiento, por lo que se suele decir que son sociedades altamente apalancadas. (BREALEY, 1997)

La sociedad de propósito especial es la titular de los activos, derechos y contratos del proyecto. A manera de ejemplo, en el caso de una sociedad de propósito especial constituida con el objeto de desarrollar un proyecto de transmisión de energía eléctrica, será la sociedad especial la que sea titular de la infraestructura correspondiente a las líneas de transmisión eléctrica (por ejemplo, las torres eléctricas), los derechos de servidumbre que puedan requerirse para la instalación de la línea de transmisión eléctrica, la concesión de transmisión eléctrica otorgada por el Estado, los contratos destinados al mantenimiento de la línea de transmisión eléctrica, entre otros. (Albújar Cruz, 2010)

Ahora bien, no debe verse la constitución de una sociedad de propósito especial solo como una forma de protección para los sponsors, ya que también es una forma de proteger a la propia sociedad de propósito especial y el proyecto a desarrollar de los riesgos inherentes a las actividades de cada uno de los sponsors. (HEROS & MARIN, 2017)

Una de las principales características del SPV, es que el financiamiento a ser otorgado a la sociedad, estará basado en los flujos de caja que el proyecto generará. Dado que en principio el financiamiento será pagado en su totalidad con los flujos que el proyecto genere, los bancos y demás instituciones que financiarán el proyecto, pondrán un especial cuidado en el análisis de los flujos de caja que el proyecto estará en capacidad de generar, haciendo uso de modelos financieros.

Gracias al SPV, los sponsors no responden con su patrimonio en caso el proyecto fracase. Es decir, el sponsor del proyecto no tiene la obligación legal de repagar la deuda asumida para el desarrollo del proyecto o los intereses vinculados a dicha deuda si los flujos de caja generados por el proyecto resultan ser insuficientes para el pago del servicio de deuda (HOFFMAN, 2001)

Al no existir recurso contra los sponsors del proyecto, es decir, los sponsors no asumen riesgo crediticio, éstos no tienen que reflejar en sus balances las deudas (pasivos) contraídas por la sociedad de propósito especial para el desarrollo del proyecto, y solo reflejarán en sus estados financieros la inversión (en acciones) que mantienen en la sociedad de propósito especial.

Finalmente, un tema que no podemos dejar de mencionar es la experiencia es el uso de otras figuras legales como “vehículo especial” para el desarrollo de un proyecto bajo la técnica del Project Finance, enmarcada en un contrato BOOMT. Si bien, por lo general, se utilizan sociedades anónimas o cualquier otro tipo de sociedad de responsabilidad limitada, en algunos casos se han usado figuras que permiten aislar riesgos y limitar la responsabilidad de los sponsors para la estructuración, que pasaremos a describir:

3.8.1 Análisis de las diferentes estructuras jurídicas que podrían ser el *Proyecto Compañía* (SPV – Vehículo de propósito especial)

Como se ha venido tratando a lo largo de este trabajo, una forma de llevar a cabo el proyecto es usar como vehículo una persona jurídica separada de los promotores (sponsor) constituida bajo la forma de una sociedad comercial y con el único propósito u objeto social de constituir y operar el proyecto. Bajo esta forma, los activos y contratos del proyecto se radican en cabeza de la sociedad, así como las emisiones de títulos de deuda para la financiación.

Ahora bien, es importante en este punto observar que se pondrá de referente la sociedad anónima, como SPV, pero no quiere decir que sea la única forma societaria que podría utilizarse para ser parte en un contrato BOOMT, todas aquellas que se encuentran en el Código de Comercio, podría ser utilizadas, pero requerirá de manera detalla y en cada caso particular analizar las ventajas y desventajas de cada forma societaria.

Precisamente, entre las ventajas que podemos destacar son la limitación de responsabilidad de los promotores (sponsor) y poder usar la sociedad como ente emisor de títulos de deuda y títulos de participación (acciones, cuotas o partes de interés) (FINNERTY, 1996.), además como ya lo advertimos, que las sociedades están reguladas en el Código de Comercio.

Otra ventaja sería que sea cual fuere la forma societaria, el objeto social está limitado a la construcción y operación del proyecto. Dentro de este objeto social se entienden incorporados los

actos relacionados con el proyecto y aquellos que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados del proyecto.

También es ventajoso frente al capital social o inversión en equity, pues para el pago de aportes se debe tener en cuenta la regulación especial de cada tipo de sociedad, ya que se forma con los aportes generalmente de los promotores, sea en dinero especie o industria, y que deben ser entregados en el lugar, forma y época estipulados en el contrato social.

Sin embargo, puede tener desventajas porque la misma regulación puede parecer muy rigurosa y restarle agilidad al proyecto o hacerlo más complicado, empezando por la constitución de la persona jurídica. Por otra parte, la limitación de responsabilidad que es la regla general en algunas sociedades, no opera en contratos estatales artículo 7, parágrafo 3, (Congreso de la Republica , 1993) También se puede decir que la obligación de constituir la reserva legal puede desalentar a los futuros socios. Por otra parte la obligación de presentar estados financieros consolidados en situaciones de control no permite lograr el efecto de mantener la deuda fuera del balance.

3.8.1.1 Sociedad Anónima

Señala nuestro ordenamiento jurídico que *“La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una*

denominación seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de las letras "S. A." (Codigo de Comercio, 1971)

3.8.1.1.1 Características de la Sociedad Anónima como SPV en un BOOMT

- El equity (Patrimonio) lo suministran los socios ya sea con sus ingresos o a través de créditos y la deuda la toma el SPV, apalancado por el proyecto.
- Se obliga a consolidar los estados financieros de la sociedad.
- Todos los activos pertenecen a la Sociedad (SPV).
- Los dueños del Equity no son directamente responsables de los pasivos, a menos que se especifique lo contrario.
- Los pasivos están limitados al equity invertido.
- La Junta Directiva nombra a un Gerente a fin de que ejecute las decisiones.
- La distribución de los costos y beneficios queda especificada en los contratos que se suscriban.

En palabras del abogado Pablo Andrés Córdoba Acosta *“La sociedad anónima es el tipo societario que proporciona mayores ventajas a los accionistas, ya que está adaptada a un manejo profesional, puede negociar sus acciones en la bolsa, suministra la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada, casi que absoluta, a sus accionistas, sin olvidar, la ventaja de la liquidez de la inversión cuando se encuentra inscrita en bolsa”* (Córdoba Acosta, 2014)

En vista de lo anterior analizaremos otras formas de constituir un SPV para ejecutar contratos BOOMT.

3.8.1.2 Unión temporal

El Estatuto General del Contratación lo define así: *“Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.”* (Ley 80, artículo 7, 1993)

3.8.1.2.1 Características de la Unión Temporal como SPV en un BOOMT

- Las obligaciones y derechos de cada parte se estipula en un contrato de operación.

- No existe límite al valor del pasivo que puede afrontar cada integrante de la unión temporal y responde a prorrata de su participación.
- El pasivo es a nombre del copropietario.
- Cada compañía refleja en sus balances su proporción del proyecto.
- La Unión Temporal no es contribuyente al impuesto de renta, art. 18 del Estatuto Tributario.
- Los integrantes de la unión temporal, responden solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.
- Si independientemente cada integrante de la unión temporal es capaz de conseguir mejores tasas de préstamos, esta es la figura aconsejable.

3.8.1.3 *Patrimonio Autónomo Fiduciario*

El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica y por ello, no tiene capacidad para ser parte en un proceso. El fiduciario, lleva la personería para la protección y defensa de

los bienes entregados al patrimonio autónomo. Los bienes que recibe el fiduciario a ese título no se integran a su propio patrimonio y únicamente garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, de ahí que obre la separación entre tales patrimonios y los provenientes de otros negocios fiduciarios, según lo que se desprende de los artículos 1226 a 1233 del Código de Comercio. (Superfinanciera, 2005)

3.8.1.3.1 Características del Patrimonio Autónomo Fiduciario como SPV en un BOOMT

- El Patrimonio autónomo supone una transferencia de bienes por parte del Sponsor para que con ellos se cumpla una finalidad.
- Los bienes deben ser transferidos a una fiduciaria.
- Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (Sponsor) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo.
- Los bienes recibidos en fideicomiso, es decir que conforman el patrimonio autónomo no pueden confundirse con los bienes del Sponsor.
- Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia (Ministerio de Hacienda y CréditoPúblico, 2010)

3.9 Financiación de los Proyectos mediante un contrato BOOMT

Debido a la naturaleza de este mecanismo para desarrollar proyectos, la cual usa como fuente de pago el flujo de caja futuro de ingresos, su financiación tiene particularidades que la diferencian de los créditos corporativos o deudas soberanas, usadas históricamente para adelantar proyectos; es entonces cuando la tarea de estimar los flujos de ingresos futuros, toma un importante papel en la estructuración del proyecto.

Este mecanismo es aplicable a proyectos sobre los cuales la certeza de los ingresos futuros es alta, ya sea porque se tienen contratos de venta de largo plazo del producto producido por el proyecto, se realizan en el marco de concesiones sobre las cuales se han pactado ingresos fijos, alrededor del servicio a prestar o simplemente se trata de la producción o explotación de un producto con un amplio mercado para ser vendido.

El flujo de caja (cash flow) constituye un indicador que nos permite conocer la liquidez que tiene una empresa, midiendo los flujos de entrada y salida de efectivo o equivalentes de efectivo, durante un periodo determinado. Así, el flujo de caja no es otra cosa que la diferencia entre los cobros y pagos de una empresa en un período determinado.

En este sentido, los inversionistas y los prestamistas, ambos fuentes de financiación, deberán tener amplio conocimiento y certeza de que el proyecto se completará en tiempo y en presupuesto estimado, va a ser desarrollado con tecnología probada, tanto en la construcción como en la operación y la generación de flujos futuros será lo suficientemente amplia para atender todas y cada una de las obligaciones adquiridas en la estructuración de los contratos del Proyecto. (Yescombe, 2002)

3.9.1 Beneficios financieros.

Cabe señalar que en la ejecución de contratos BOOMT, se busca que buena parte del financiamiento sea con deuda, dado que la deuda es normalmente más barata que el capital y que mientras más se pueda apalancar una inversión, mejor retorno tendrá el accionista. Esto último por cuanto tomar deuda mejora contablemente el rendimiento que los accionistas reciben sobre el capital invertido, es decir, mejora el retorno sobre el capital o patrimonio invertido por los accionistas (sponsors) para obtener un determinado beneficio económico y por ello se busca obtener el mayor benéfico financiero entre ellos:

3.9.1.1 Alto apalancamiento

El apalancamiento no es otra cosa que el endeudamiento que tiene una empresa, es decir, el uso de deuda (y no de capital) para financiar una determinada inversión, En este sentido, los proyectos desarrollados bajo este mecanismo, se estructuran con financiación que

puede alcanzar hasta el 90% de valor total del proyecto, con lo que se logra mejorar las rentabilidades obtenidas por los inversionistas, partiendo del hecho de que el costo de la deuda es menor que el costo de capital, En otras palabras, los prestamistas tienen limitadas posibilidades de reclamar a la sociedad de propósito especial en caso la sociedad de propósito especial no esté en capacidad de cumplir con el pago del financiamiento. Es por ello que los prestamistas son los principales “socios” del proyecto. (Albújar Cruz, 2010)

3.9.1.2 Ahorros tributarios

Al considerarse un mayor endeudamiento, el interés que se paga por el servicio de la deuda es deducible de impuestos, caso contrario a lo que sucede con los ingresos de los inversionistas que aportan patrimonio, aunque finalmente, este ahorro en el pago de impuestos se verá reflejado en una mayor rentabilidad para el inversionista. (Albújar Cruz, 2010)

3.9.1.3 Financiación fuera del balance

Al constituirse la deuda en cabeza del vehículo de inversión o la compañía proyecto, los inversionistas no verán reflejado este pasivo en su balance, desafectando en el mercado financiero su capacidad de endeudamiento para otros proyectos. (Albújar Cruz, 2010)

3.9.1.4 Capacidad de endeudamiento

Los proyectos estructurados bajo este esquema permiten alcanzar niveles de endeudamiento. (Albújar Cruz, 2010)

3.9.1.5 Limitaciones en el riesgo

Los promotores involucrados en la consecución de los fondos, normalmente no garantizan los pagos de los fondos conseguidos vía endeudamiento, ya que es la compañía proyecto, con su generación de flujos futuros, la que deberá responder por la atención de la deuda. (Albújar Cruz, 2010)

3.9.1.6 Financiaciones de largo plazo

Los créditos estructurados para la financiación de este tipo de proyectos, suele contar con mayores plazos que un típico crédito corporativo. Las financiaciones de largo plazo son necesarias en los casos en que el proyecto requiera de altas inversiones, las cuales no pueden ser recuperadas en tiempos cortos, sin elevar los precios del producto final del proyecto. (Albújar Cruz, 2010)

3.9.2 Mercados para la consecución de recursos.

Históricamente las principales fuentes de financiación para estos mecanismos de desarrollo de proyectos provienen de recursos privados. En primera línea con créditos de bancos comerciales y emisiones de bonos, seguidos de deudas subordinadas, leasings y financiamiento directo con el vendedor.

Es importante indicar que aunque las estructuras legales, los procedimientos y los mercados de financiación son diferentes, los criterios bajo los que se estructura la deuda y el pago de esta son bastantes similares: las deudas son emitidas a favor de la compañía proyecto y la fuente de pago siempre será el flujo de caja futuro de la misma.

3.9.2.1 Bancos Comerciales.

Los proyectos atendidos por los bancos comerciales suelen ser de infraestructura, desarrollos energéticos y telecomunicaciones; transacciones que requieren de grandes inversiones motivo por el cual son los preferidos por estas entidades, en la mayoría de los casos, los préstamos son emitidos por una sola entidad bancaria, con lo que se logra disminuir los costos administrativos implícitos en cada una de las financiaciones.

Debido a las importantes sumas a ser financiadas, al profundo conocimiento del área de negocio y a lo detallado de las estimaciones de ingresos futuros, los bancos comerciales crean departamentos especializados para la estructuración de este tipo de proyectos, con lo que se busca centralizar las operaciones y lograr alcanzar altos niveles de experticia en el grupo de trabajo, y de esta manera asegurar una mayor eficiencia en los procesos y una mejor relación con los grupos de interés que intervienen en el proceso; la confianza que se pueda obtener en el desarrollo de la estructuración, se vuelve fundamental para garantizar el éxito de la operación.

3.9.2.2 Emisión de bonos.

La emisión de bonos se ha convertido en el segundo mecanismo más usado para la financiación de proyectos de esta naturaleza, su principal diferencia con los créditos de bancos comerciales, es la posibilidad de transacción y liquidez que otorga el título valor, teniendo en cuenta que el objeto principal de la emisión no es la comercialización del papel.

Los términos de emisión de este tipo de bonos, incluyen largos plazos y tasas fijas (principalmente), y son adquiridos, en su mayoría, por fondos de pensiones y compañías de seguros de vida. También pueden resultar atractivos para compradores gubernamentales y corporativos, siempre y cuando se garantice altas tasas de retornos.

La emisión de Bonos es efectuada por los Bancos representan títulos valores que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo, redimible a mediano plazo, y a cambio de una remuneración generalmente mayor a la de cualquier otro depósito bancario (MEJÍA, 2007)

3.9.2.3 Financiación del Sector Público.

La participación en la financiación de proyectos por parte del sector público se ve reflejada generalmente vía subsidios, que funcionan bajo la modalidad de deudas subordinadas y en este sentido, ocupan el segundo lugar de pago en relación con los acreedores ordinarios.

La compañía proyecto podrá entregar garantías al financiador público, las cuales no necesariamente podrán tener obligación de reembolso, siempre y cuando el dinero entregado se use para el Proyecto, o podrá existir un reembolso siempre y cuando el proyecto alcance el nivel de ingresos pactado.

En la mayoría de los casos, las financiaciones públicas se asemejan más a una participación patrimonial, que a una deuda comercial; estos recursos son aportados para garantizar los cierres financieros en la construcción de proyectos de infraestructura pública, suponiendo que el inversionista privado será más eficiente en la construcción y operación del proyecto de uso público (Tabares López, 2015)

3.10 Riesgos del contrato BOOMT

La identificación, mitigación y distribución eficiente de los riesgos constituyen elementos claves en el proceso de distribución de riesgos en la estructuración de un contrato BOOMT, permite a los sponsors conocer los riesgos que deberán asumir frente al proyecto. Esta distribución de los riesgos puede mejorar la posibilidad de que el proyecto tenga éxito, dado que cada participante está asumiendo determinados riesgos y tiene un interés en que el proyecto tenga éxito, es decir, que pueda realizarse (HOFFMAN, 2001)

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "riesgo", en sentido amplio, "es la contingencia o proximidad de un daño, que puede suceder o no suceder, que puede ser previsto o imprevisto". El mismo diccionario se aproxima al concepto de previsibilidad al definir el verbo prever como: "ver con anticipación. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias" (Diccionario Real Academia de la Lengua , 2018) .

En un sentido más jurídico, el riesgo se ha definido como aquel peligro de naturaleza especial, a consecuencia del cual alguien está obligado a soportar la pérdida o el deterioro que una cosa sufre por caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo, se define como la posibilidad de destrucción material o de deterioro de una cosa debida. En materia contractual, el "riesgo" se ha observado desde diversos ángulos: i) se habla del riesgo del incumplimiento, cuando una de las prestaciones no resulta ejecutada por un hecho voluntario o culposo del deudor, por intervención de un tercero, por *factum principis* o por un caso fortuito; ii) el riesgo de la pérdida o de la disminución de la expectativa económica del negocio, sea por la preexistencia o el acaecimiento de circunstancias previstas, previsibles o no previsibles, que no comportan un incumplimiento en sentido técnico sino un cambio de la economía originaria del negocio (NARVAEZ, 1996).

Por lo general los proyectos de infraestructura que son desarrollados mediante contrato BOOMT, estos presentan altos niveles de riesgo, sea tecnológico, económico, político, etc. El propósito es entonces, desde el momento de empezar a redactar los contratos, lograr detectar y

repartir eficazmente el riesgo de modo que no sea una sola parte quien lo asuma en su totalidad, y que lo haga quien esté en mejor capacidad de manejarlo. “La esencia del BOOMT es identificar los riesgos y determinar quién debe soportarlos.

En Colombia se encuentra amplias regulaciones en el “derecho común”, esto es, el Código Civil y el Código de Comercio, sin tener presente las normas especiales posteriores a estos regímenes que han complementado o reemplazado a algunas disposiciones de los códigos antes citados. Con todo, el “derecho común” se estructura sobre la autonomía de la voluntad privada, generando que el uso de disposiciones legisladas sea marginal, en tanto contiene una buena parte de normas dispositivas y supletivas, y pocas normas impositivas. La consensualidad, los negocios masivos y el comercio electrónico permiten tener presente que los particulares, como legisladores de sus propias relaciones jurídicas, diseñan tantas formas contractuales como estimen convenientes.

Por su parte, los regímenes contractuales especiales, usualmente asociados con la intervención del Estado en la economía, la protección de contratantes expuestos a condiciones contractuales dominantes y los contratos estatales, entre otros, se construyen sobre normas imperativas que establecen el diseño y contenido de los contratos que serán celebrados por los prestadores de servicios públicos, las personas que ocupan una posición dominante contractual y las entidades públicas.

El régimen de la contratación pública presenta una aparente contradicción, que se detallar de la siguiente manera: el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece que, en lo no dispuesto por esta ley especial, el contrato estatal se regirá por las disposiciones del Código Civil y el Código de Comercio; de esta manera, las normas imperativas del régimen de la contratación pública, en caso de anomalías, acuden a las normas dispositivas o supletivas del “derecho común”; esta remisión supone la incorporación de la autonomía de la voluntad privada al régimen de la contratación pública, de forma tal que las entidades públicas, a pesar de la rigurosidad y extensión de las normas de contratación pública, cuentan con libertad para diseñar sus contratos, de acuerdo a la función económica y jurídica que requieran satisfacer. Sin embargo, por otro lado, las Leyes 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y 1474 de 2011, regularon los mecanismos de selección del contratista, limitaron y le insertaron una rigidez significativa al proceso de confección del contrato así como a la escogencia del contratista. Con el fin de garantizar los principios de transparencia, selección objetiva y responsabilidad, se establecieron normas de derecho público que dirigen el quehacer administrativo y regulan la adjudicación del proceso de selección hacia la mejor oferta presentada dejando en manos de cada entidad pública la determinación de la necesidad que se quiere satisfacer con el contrato, el cálculo de la mejor relación costo-beneficio de la oferta y la estimación de riesgos previsibles.

En material contractual pública, con la expedición de la ley 1150 de 2007, se modificó sustancialmente el tratamiento de los riesgos contractuales, estableciendo un procedimiento adicional a la etapa de planeación de los contratos así:

“Artículo 4°. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

Con todo, la estimación de riesgos, aunque obligatoria, carece de un marco normativo determinado que guíe a las entidades públicas, en la medida en que el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007 establece el deber de prever, estimar, asignar y publicar los riesgos previsibles del contrato, en los pliegos de condiciones o invitación pública, pero no señaló qué tipo de riesgos deben preverse.

Para entender mejor los riesgos en materia contractual, especialmente para los contratos BOOMT, es necesario identificar los riesgos propios, regulados por el “Derecho Común” y los riesgos propios que doctrinalmente se han establecido para los contratos regulados por el Estatuto General de Contratación.

La estimación de riesgos contractuales en el “derecho común” se encuentra permeada por la autonomía de la voluntad privada. Por esta razón, pareciera no coexistir una obligación jurídica explícita que obligue a las partes contratantes a enumerar los riesgos y asignarlos – salvo si se tiene en cuenta las “cargas” contractuales, sugeridas por la doctrina, en especial, la carga de sagacidad y diligencia, transparencia y legalidad–. (DÁVILA VINUEZA, Regimen Juridico de la Contratación Estatal, 2003)

Sin embargo, la tipificación, estimación y asignación del riesgo varía según la naturaleza jurídica del contrato, en la medida en que las consecuencias de los riesgos de los contratos aleatorios difieren sustancialmente de las propias de los contratos conmutativos (NARVAEZ, 1996).

Adicionalmente, se encuentran los riesgos producto de la imprevisión que afectan a cualquier forma contractual, sea aleatoria o conmutativa. El Código de Comercio colombiano trae algunas consideraciones sobre la imprevisión en el artículo 868, que pueden resumirse como hechos inciertos e imprevisibles, externos a las partes del contrato y que alteran el equilibrio económico del acuerdo de voluntades. Así las cosas, la imprevisión puede suponer aleas económicos, que, a diferencia de los expuestos con anterioridad, no se encuentran explícitamente aceptados por las partes contratantes. De igual manera, se encuentran los riesgos por incumplimiento del contrato, que se materializan con el cumplimiento tardío del contrato, su cumplimiento defectuoso o el incumplimiento total de las obligaciones derivadas de éste. En el régimen legal de la contratación pública colombiana, este riesgo es cubierto con

la Garantía Única de Cumplimiento que consiste en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, reguladas por la Superintendencia Financiera, en garantías bancarias y en otros mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por los decretos reglamentarios, actualmente el Decreto 1082 de 2015, cuya principal función es amparar la inejecución de las obligaciones del contrato por parte del contratista. Estas garantías son unilaterales, es decir, sólo benefician a la Administración Pública, y amparan: (i) el cumplimiento de las obligaciones del contrato; (ii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas, y (iii) los demás riesgos a los que se encuentre expuesta la Administración. Sin embargo, estas garantías no amparan el rompimiento del equilibrio económico del contrato provocado por riesgos contractuales previsibles, y tampoco amparan los daños provocados por la inejecución del contrato por parte de la entidad pública contratante. Es así como el manejo y la administración del riesgo previsible queda al margen de lo establecido para los riesgos por inejecución de las obligaciones o de los hechos imprevistos. Estos riesgos deben contar con una causa objetiva, y están en el marco de lo que de manera lógica puede ocurrir en la vigencia de un contrato, cuya ocurrencia es probable, pero incierta, y cuya regulación jurídica se restringe al contrato. Sin embargo, para todos los riesgos previsibles es necesario tener en cuenta las siguientes circunstancias sugeridas por la doctrina (Escobar Henríquez, 2000):

- La administración del riesgo implica predecir y anticipar eventos que pueden causar efectos no deseados.

- Cada contrato tiene riesgos particulares dependiendo de su naturaleza y prestaciones.
- Los riesgos inherentes a todo contrato no pueden continuar siendo un problema “de transferencia por conveniencia”.
- Los contratos son las herramientas idóneas para identificar y administrar los riesgos previsibles.
- Los riesgos deben ser asignados a la parte contratante que mejor pueda administrarlo.
- La identificación y la cuantificación del riesgo son un ejercicio de disciplinas exógenas al derecho. Los riesgos, observados de esta manera, permiten realizar estimaciones económicas, en el marco de las cargas de diligencia y sagacidad, al margen de la norma que así lo imponga.

Los principios de planeación y transparencia conducirían, no a que el riesgo en los contratos estatales sea concebido como una intención especulativa propia del contrato aleatorio, sino a que se asuman responsabilidades sobre los riesgos ciertos que pueden acaecer en la vigencia del contrato. Inclusive, opina el autor referido, un contrato aleatorio con un alea jurídico estaría viciado de nulidad absoluta por causa ilícita al ser contrario al artículo 44 de la Ley 80 de 1993. De esta forma, los riesgos contractuales previsibles en contratación pública pueden ser entendidos como la probabilidad de un evento y su consecuencia que puede alterar el equilibrio económico del contrato. Se trata de una causa objetiva y subjetiva, que es (i) previsible, (ii) afectan la ecuación del contrato, (iii) que están tipificados en el contrato –alea

jurídico–, estimados y asignados a la parte contratante que mejor puede administrarlos y controlarlos. Con todo, estos elementos han sido contruidos doctrinariamente, ya que la fórmula normativa adoptada por la Ley 1150 de 2007 es lo suficientemente abierta como para permitir que, en cada contrato, de acuerdo a su contexto y finalidades, la entidad pública haga una valoración efectiva de los riesgos previsibles que debe tipificar en el contrato. No obstante, se evidencia un despliegue normativo que pretende construir un marco que limitaría de manera sustantiva la autonomía de la voluntad privada de las entidades públicas en la estimación y asignación de riesgos previsibles. Lo anterior encuentra respaldo en lo que establecen la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, que fijan un amplio margen de maniobra en la etapa precontractual –etapa en la que se fijan y asignan los riesgos contractuales– y establecen que las condiciones para desarrollar los procesos de selección del contratista deben ser fijados con autonomía por las entidades públicas contratantes, siempre y cuando dichos términos no afecten la libertad de concurrencia a la convocatoria pública a ofertar o la selección objetiva del contratista.

De igual manera, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, establece la posibilidad que los contratistas puedan solicitar el restablecimiento de la igualdad o la equivalencia económica del contrato, cuando este se ve comprometido por “causas no imputables a quien resulte afectado”. Se trata de riesgos previsibles, sobrevinientes, cuya ocurrencia es incierta, pero externos al contratista (ESCOBAR GIL, 2005). Estos riesgos, advierte el autor citado, conducen a predicar con rigurosidad el principio del riesgo creado o riesgo beneficio, que supone que el riesgo de los mayores costos o la ventura de los mayores beneficios que

sobrevengan durante la ejecución del contrato puedan radicarse en el patrimonio del contratista, siempre que no se llegue a la incertidumbre de los riesgos y costos asociados a la ejecución del contrato.

Como compensación, los riesgos anormales –o imprevisibles– radican en la entidad pública, así como las variaciones (*ius variandi*) o las medidas generales (hecho del príncipe) radican en cabeza de la entidad contratante.

A pesar de todo, desde el año 2001, el marco que ha guiado a algunas entidades públicas y en algunos casos a los órganos de control ha sido el asignado por el documento CONPES 3107 de 2001 (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, 2001) y el documento CONPES 3133 de 2001 (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, 2001) que modifica el anterior. Este instrumento fija la “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura”. De igual forma, se encuentra el documento CONPES 3714 de 2011 (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2011), que se refiere “Al riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”. En la actualidad, el segundo documento que debe ser seguido por las entidades públicas en la estructuración del riesgo contractual es el “Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación” de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

A pesar de lo descrito, ninguno de los documentos CONPES tiene en realidad una fuerza vinculante, en la medida en que estos no se encuentran contenidos en el ordenamiento

jurídico. En efecto, es resaltable que la fuerza vinculante de los documentos CONPES es relativa. Su objetivo es la coordinación y orientación de las instancias encargadas de la dirección económica y social del gobierno, el estudio y la aprobación de políticas que son presentadas para la discusión. Estos documentos CONPES formal y materialmente, no hacen parte de la ordenación jurídico-lógica que les brinde eficacia directa debido a que contienen pautas y orientaciones generales a entidades públicas, desprovistas de contenidos específicos vinculantes. Los conceptos y directrices establecidos en los documentos CONPES no garantizan ni contienen la asignación de funciones propiamente administrativas o decisorias.

De acuerdo con los criterios fijados por el Documento CONPES 3107 (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2011), la evaluación de los proyectos o inversiones privadas en infraestructura, así como su estructura y oportunidad y viabilidad financiera, se debe realizar sobre la base de una proyección probable de flujos, es decir, los costos del diseño, construcción y operación, así como los ingresos futuros esperados. Estas proyecciones deben permitir el pago de las fuentes de financiación, en las que se incluya el capital de riesgo del inversionista y los empréstitos.

Algunos conceptos indispensables para comprender los riesgos contractuales se aprecian en el CONPES (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2011) anotado, así:

Asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de mitigación. Esto se logra asignando el riesgo a la parte contratante que mejor lo puede controlar.

Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden incidir en que los resultados previstos no se cumplan y que los flujos esperados no se cumplan. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan esos flujos proyectados.

Los conceptos de riesgo en proyectos de infraestructura se pueden definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten su desarrollo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.

Para el caso de los contratos BOOMT, como una especie del género Contrato de Concesión, deberán garantizar el principio de planeación, por lo que consideramos que se deberá cumplir con las estipulaciones del artículo 4 de la ley 1150 de 2007, es decir que se deberá tipificar, estimar, distribuir y asignar el riesgo, antes de la celebración de dicho contrato.

Sin embargo, en los contratos BOOMT debido su especialidad y la forma de su ejecución es usual y corriente que la gran mayoría de los riesgos estén asignados a la parte considerada ejecutora, incluso aquellos que dentro de la teoría de la imprevisibilidad son considerados imprevisibles e irresistibles.

Para el caso de los contratos BOOMT, la premisa principal es que los riesgos los asume el proyecto. En este sentido, el análisis del riesgo y su asignación es fundamental.

Los pasos claves para este procedimiento según (Gatti, 2013), son:

1) Identificación de riesgos, 2) Análisis de riesgos, 3) Transferencia y asignación del riesgo a los actores que mejor puedan cubrirse contra estos y 4) Administración de los riesgos residuales.

En cualquier proyecto estructurado bajo la modalidad de *project finance*, su aptitud para despertar interés entre los potenciales inversores depende, primordialmente, de que se haya dispuesto un reparto razonable de los riesgos involucrados. Los adquirentes de títulos de deuda en los mercados de capitales, en efecto, sólo estarán dispuestos a asumir aquellas contingencias cuya ocurrencia se encuentren en razonables condiciones de controlar. (De la Riva, 2017)

Los riesgos que consideramos más relevantes, y de los que haremos una breve reseña de la distribución de riesgos que hace el autor Jeffrey Delmon (DELMON, 2000), mencionando que eventos se entienden incluidos dentro de cada categoría de riesgo.

- **Riesgos en la fase de desarrollo:** Son los que se presentan en el momento de preparación del proyecto, inicio de las negociaciones para obtener financiación y acuerdos entre los futuros participantes. Este riesgo incluye eventos como dificultades o errores en el proceso de negociación, en la constitución de la compañía del proyecto, en la obtención de los recursos, etc.

- **Riesgo de culminación o terminación:** Son los riesgos que se presentan en la fase de construcción del proyecto, relacionados con los requerimientos de calidad de la obra, desempeño o rendimiento, diseño, el tiempo de terminación y la propia culminación del proyecto.
- **Riesgo por el incremento en los costos:** Es el principal problema para los prestamistas y se puede presentar en los siguientes casos: riesgos de evaluación, inflación, impuestos, aumento del precio de inversión, incremento en los costos de construcción, incremento en los costos de operación, costo de los repuestos o partes de la obra, baja en el precio de compra al momento del reintegro al país luego de una venta, costos de cubrir los riesgos a los prestamistas, esto es, los créditos stand by y las adiciones de capital por parte de los accionistas de la compañía proyecto.
- **Riesgos derivados de rendimiento del proyecto:** Estos riesgos están relacionados con el tipo de proyecto que se va a ejecutar. Los riesgos por rendimiento del proyecto son: el de diseño y construcción, operación, los del suministro al proyecto y las estructuras que se acuerden con los compradores para pagos y entregas del producto.
- **Riesgos por operación:** Estos riesgos normalmente los asumen el operador y la compañía proyecto (SPV), y tienen que ver con el performance antes mencionado y

la operación y mantenimiento del proyecto, estos riesgos son: diseños defectuosos de los equipos o mala calidad de los materiales, la disponibilidad de mano de obra y materiales locales que no obliguen a exportar, cambios en las regulaciones sobre operación, ley u otros, costo de reemplazo de repuestos, personal de dirección del país calificado, los cambios climáticos y otros cambios durante la etapa del proyecto.

- **Riesgo político:** Pueden ser eventos de guerra, rebelión, cambios en la ley, incumplimientos o no-pago del sector público. Regularmente estos riesgos son asumidos por el Gobierno. En el caso de los BOOMT, los riesgos son: cambios en la legislación, cambios en el presupuesto, Gobierno o atmósfera política, expropiaciones, cambios en la legislación tributaria, cambios en los costos de los requerimientos técnicos, inmunidades en jurisdicción, en ejecución judicial, “hechos del príncipe”, percepción pública del proyecto, riesgo político en el país que debe suministrar los materiales y un cambio en la legislación del país anfitrión.
- **Riesgos ambientales:** Este riesgo ha adquirido especial trascendencia, todo debido a las presiones de las organizaciones ambientalistas y convenciones internacionales. Es así como la OPIC (overseas private investment corporation) ha sostenido la teoría de desarrollo sostenible y adicionalmente se ha desarrollado por parte de la ISO la certificación ISO 14.000 para obras que impliquen una relación con el medio ambiente.

3.10.1 Paquete de Seguridades.

Teniendo en cuenta que los inversionistas y los prestamistas no están dispuestos a soportar riesgos diferentes al de crédito (operativos), el estructurador del proyecto deberá arreglar un paquete de seguridades que permitan aislar a los inversionistas y a los prestamistas de los demás riesgos.

Para ello se requerirá un paquete de seguridades que normalmente se hace por medio de contratos:

1. Que el proyecto será terminado aún si se exceden los costos inicialmente planteados, o en caso contrario, se pagarán todos los préstamos
2. El proyecto generará la suficiente caja para cubrir las obligaciones
3. Si por cualquier razón, incluyendo fuerza mayor, el proyecto es interrumpido, suspendido o terminado, la deuda se continuará sirviendo. (DÁVILA VINUEZA, 2003)

3.11 Modelo contractual para la ejecución de concesiones (caso chileno)

La experiencia chilena en el involucramiento del sector privado en el desarrollo de infraestructura y prestación de servicios es bastante amplia, debido a que desde comienzo de la década de los noventa se empiezan a utilizar esquemas de asociación con los particulares. Este mecanismo surge debido al déficit en infraestructura que presentaba este país. Además de esta problemática, también se contaba con que los fondos y presupuestos públicos no alcanzaban los niveles necesarios de inversión para superar este atraso,

por lo que era necesario encontrar nuevas soluciones, como por ejemplo la alianza con el sector privado, que se denominó sistema de concesiones (MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS -MOP-, 2003).

El Sistema de Concesión de Obras Públicas en Chile, presenta las siguientes características:

1) En un contexto presupuestario restringido la concesión permite incorporar la inversión privada. Las necesidades de financiamiento de la infraestructura de transporte han crecido enormemente. La solución pasa por establecer un vínculo entre la tarificación de la infraestructura y su financiamiento.

2) Permite ligar la realización de la obra con el mantenimiento y la explotación de manera que una obra bien concebida será mejor realizada y explotada. El concesionario asume los riesgos técnicos, financieros y comerciales ligados a que la obra cumpla efectivamente su función. Como contrapartida, el concesionario tiene que asegurar la rentabilidad de los capitales que invierte y su remuneración tiene que ser suficiente y competitiva con el mercado monetario, donde pueden obtenerse rendimientos elevados en el corto plazo. Este tema está ligado con la distribución de riesgos en el contrato.

3) Permite sustituir las limitaciones de la gestión administrativa por una lógica empresarial (BULL, 2012).

Tomando en consideración estas ventajas, entre otras, las autoridades de Chile decidieron adoptar como Sistema de Concesiones de Obras Públicas en Chile el denominado por sus siglas en inglés BOT: Built, Operate and Transfer, y que es utilizado por diversos países en el mundo que a través de la concesión de obras públicas han buscado satisfacer necesidades sociales por medio de recursos privados. Lo que caracteriza al modelo BOT es que permite la comunión entre los intereses de los particulares y el interés público, de la forma que más adelante se explicará.

Cabe también señalar en este punto, que el modelo BOT trae aparejada algunas ventajas que se suman a las apuntadas anteriormente respecto de los sistemas de concesión en general, a saber:

1) Atraer Inversión extranjera. Propiciando que en las licitaciones públicas que se lleven a cabo participen inversionistas extranjeros –sean personas naturales o jurídicas- a través de asociaciones con empresas nacionales o bien directamente. Para capitales extranjeros será atractiva la idea de invertir en Chile en la medida que el Estado concedente de garantías de seriedad respecto de su estabilidad política, es decir, que no importando el gobierno de turno las reglas no cambiarán arbitrariamente durante la vigencia del contrato de concesión. Y por otra parte que sean proyectos a gran escala que justifiquen la inversión de capital, asociados a utilidades para el inversor igual de significativas (YÁÑEZ, 2006).

2) Transferencia tecnológica. El inversionista extranjero que tiene interés en participar en las licitaciones generalmente es una persona –natural o jurídica- que tiene conocimientos

especializados en el área, por ello es que “El modelo BOT pueda facilitar la transferencia de tecnología eficaz entre los países, fomentando así el crecimiento de un sector privado local fuerte. Grandes corporaciones transnacionales, con tecnología de punta para la realización de grandes obras, tales como represas, puertos, túneles, carreteras, necesitan mantenerse en movimiento y los contratos de esa envergadura son de larga gestación, sobre todo en países menos desarrollados. Por lo tanto, es de su interés que se concreten obras de infraestructura de alta inversión, lo cual significa, adicionalmente, que empresas locales, ligadas en subcontratación a dichas corporaciones, adquieren de manera blanda un conocimiento tecnológico de primer nivel, el cual les permitirá mantener el activo en concesión máxima productividad” (NARBONA, 2009)

3) Incubar una mayor Infraestructura pública a largo plazo. Por medio de los Contratos BOT, se logra que el Concesionario al final del período de vigencia del contrato transfiera la propiedad de la obra construida al Estado, de manera tal que en el largo plazo se produce un incremento de la infraestructura pública.

Para ello, se procuró por parte de las autoridades, optar por un sistema capaz de satisfacer esta necesidad, en el cual el Estado no tuviese que ser el principal inversionista. Es decir, uno en que el Estado no tuviese que gastar recursos públicos para el desarrollo de estos grandes proyectos. Y en esta senda, varios de los actores involucrados coincidieron en que una buena salida a la problemática de la obtención de recursos, era la creación de Asociaciones Público-Privada. Asociaciones que por una parte, resultaran atractivas para los

inversionistas privados, como encargados de la construcción y explotación de una obra o servicio público y por la otra, diera cobertura y eficiencia a las necesidades económicas y de infraestructura que tenía la Administración del Estado. Es así como se llega a la implementación de un Sistema de Concesiones, en el cual el Estado encarga a un Sponsor (SPV), a través de un Contrato de BOOMT, la construcción y explotación de una obra o servicio de carácter público.

Es sabido que las necesidades de la sociedad son múltiples, y por contrapartida los recursos que se pueden asignar a la satisfacción de ellas son escasos y están limitados por la administración pública –el gobierno-, que en su labor de priorizar en la asignación de recursos prefieren aquellos proyectos que tienen un impacto social mayor en términos cuantitativos, en desmedro de aquellas necesidades que siendo igualmente relevantes para la sociedad tienen un rédito social menos directo; no cabe duda que entre dedicar varios millones de dólares en construir una cárcel o una moderna autopista versus dedicar esas misma cantidad de recursos fiscales a la construcción de viviendas sociales, se preferirá la última alternativa. El optar por uno u otro proyecto es una cuestión de política pública, y es la autoridad de turno la que frente al dilema de necesidades ilimitadas y recursos limitados deberá tomar decisiones claves con el fin de optimizar socialmente el gasto público.

Y fue justamente este dilema el que enfrentó la autoridad en los albores de la década de los noventa cuando Chile poseía un déficit de inversión en infraestructura vial que llegaba a los 10.273 millones de dólares de esos años y que redundaba, tal como se consigna en la

historia de la ley 20.410 (CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2009), en un impacto negativo en términos de pérdida para la economía porque para el desarrollo del sector de recursos naturales es esencial contar con una adecuada red vial que permita una fluida actividad exportadora de la producción. Ahora bien, el problema no solo se reducía a la determinación de los proyectos en que se utilizaría el presupuesto fiscal sino que se sumaban los problemas en las rentas fiscales propiamente tales, de modo que frente a la escases de recursos fiscales del Chile de los noventa y la necesidad en términos de mejoramiento y construcción de obras públicas urgía una modalidad distinta de enfrentarlas que necesariamente debía ser distinta a la que se había estado utilizando (NARBONA, 2009).

Aquí es cuando se echa mano al sistema de concesión de obras públicas, en particular el modelo BOT, que como antes se adelantó, permite utilizar recursos privados en la satisfacción de necesidades sociales, a saber, son inversionistas y empresas privadas quienes asumen el riesgo económico de la construcción de una obra pública que tiene como objetivo prestar utilidad a toda la sociedad –o parte de ella³¹-, por encargo del Estado que para estos fines actúa a través del Ministerio de Obras Públicas, construyen dicha obra sin recibir remuneración alguna en forma directa por parte del mandante y una vez finalizada, previo

³¹ Es posible entender que ciertas obras públicas prestan utilidad sólo a determinado sector de la población, por ejemplo, las autopistas sólo sirven a la población que posee vehículo y las cárceles modernas sólo mejoran la calidad de vida de los reclusos. Pero si analizamos esto en perspectiva tomando en cuenta toda la sociedad y las múltiples interconexiones en ella, es fácil comprender que de las cárceles modernas no sólo se benefician los reclusos sino que el conjunto de la sociedad que por una parte sanciona a los sujetos que delinquen aislándolos y por otra busca a través del efecto disuasivo del mismo castigo su reinserción a la sociedad; a su vez la autopista no sólo beneficia al automovilista sino que al usuario de la locomoción colectiva también, reduce los tiempos de traslado repercutiendo en la calidad de vida de las personas. En resumen, las obras públicas tienen como objetivo último beneficiar a toda la sociedad, ahora bien siempre existirán sectores de la misma que reciben un beneficio más directo que otros.

visto bueno por parte de la autoridad, comienza la operación o explotación de la misma (SILVA, 1995).

Este proceso de operación o explotación de la obra pública queda entregado al SPV, por un período de tiempo previamente determinado, durante el cual cobrará una tarifa o precio por el uso de ella. Este pago que realizan los usuarios por la utilización de la obra tiene como objeto pagar la inversión realizada por la firma privada que asumió el riesgo de la obra, y además generar para ella un beneficio económico que se traduce en la utilidad final que la inversión le genera, es por ello que las concesiones tienen un período de duración largo que ha sido determinado por la autoridad concedente y estudiado por la empresa privada con tal de proyectar si es o no rentable el negocio. En simple, se realiza un cálculo aritmético para determinar, en consideración del período por el que se otorga la concesión, sumado a las proyecciones de uso de la obra por ese período y el monto del peaje, si es que se recupera la inversión sumado a un porcentaje de utilidad para la firma concesionaria (RUFÍAN, 1999).

3.11.1 Funcionamiento.

Previo al perfeccionamiento del contrato de concesión del tipo BOT es necesario, sin entrar en mayor detalle porque no es el objetivo de la presente memoria, señalar cuáles son las etapas previas que se llevan a cabo por el Ministerio de Obras Públicas –MOP- a fin de determinar quién será la empresa privada mandatada para construir la obra.

En primer lugar, se debe tener presente que existen proyectos que son de iniciativa del propio Estado y otros que provienen de iniciativas privadas, que deben ser declarados de

interés público por parte del Ministerio de Obras Públicas –MOP- para transformarse en una concesión. Respecto de los primeros, los proyectos provenientes del Estado envuelven un trabajo en que la autoridad correspondiente a determinado mediante la preparación de estudios de evaluación económica y social si existe una necesidad social que pueda ser satisfecha mediante la construcción, reparación o conservación de una obra pública, y acorde a la viabilidad e impacto social de la misma evaluar si es que se justifica su ejecución. Respecto de los segundos, cabe señalar que según el artículo 2° inciso segundo de la Ley de Concesiones y en específico lo preceptuado en el artículo 4° del Reglamento de Concesiones de Obras públicas, existen Proyectos de Iniciativa Privada que pueden transformarse en proyectos a ser licitados por el Ministerio de Obras Públicas –MOP- previa declaración de interés público de los mismos, a saber:

“Artículo 4°, Proyectos de Iniciativa Privada

1.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° inciso 2° y siguientes del DS MOP N° 900 de 1996, las personas naturales o jurídicas podrán postular ante el Ministerio de Obras Públicas la ejecución, reparación o conservación de obras públicas, a cambio de su explotación, mediante el sistema de concesión, siempre que la obra no esté, al momento de la presentación, siendo estudiada por el MOP para ser ejecutada mediante este mismo sistema. Para estos efectos, el MOP pondrá a disposición de los interesados, en los meses de enero y julio de cada año, un registro de los proyectos seleccionados para su explotación por el sistema de concesión. Serán eliminados de dicho registro los proyectos

que no hayan sido licitados dentro del plazo de 5 años contados desde su incorporación, salvo que el MOP fundamente su mantenimiento.

2.- Esta postulación se cumplirá de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos siguientes y comprenderá dos etapas. En la primera, en adelante “Presentación”, el postulante entregará el proyecto para que el MOP evalúe si es de interés público. En el caso de que exista, en principio, interés público en el proyecto presentado, se iniciará una segunda etapa, en adelante “Proposición”, en la que el postulante acompañará los estudios considerados por el Ministerio para evaluar la idea de iniciativa privada”.
(CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2009)

Segundo, con la determinación de la viabilidad de un proyecto, sea que provenga del propio Estado o por iniciativa privada, habrá que elaborar las bases de licitación “definidas como el conjunto de reglas que establecen el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato, así como el contenido del mismo, es decir, la delimitación de la obra pública que se concesiona, así como los servicios que ha de prestar el concesionario y los derecho y obligaciones de las partes contratantes” (RUFÍAN LIZANA, 1999). En ellas se recoge el proyecto en cuestión y todas las circunstancias que sean pertinentes, a fin de llevar a cabo la obra acorde a la necesidad o necesidades que se pretenden satisfacer por parte del Estado pero que respete la institucionalidad vigente. Podrá el MOP estimar necesario –es facultativo- que se realice un proceso de precalificación con tal de determinar con antelación a la licitación misma, y según parámetros objetivos de selección, quienes serán los oferentes que podrán

participar de ella, al tenor, el artículo 6 bis (CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2009) señala que “El Ministerio de Obras Públicas podrá efectuar un llamado a precalificación de licitantes a fin de seleccionar, mediante un proceso compuesto por una o varias etapas, a los interesados que cumplan con los requisitos uniformes, objetivos y razonables que se establezcan en las respectivas bases de precalificación, los que sólo podrán referirse a aspectos jurídicos, de capacidad financiera o técnica, de experiencia, resultados en otras obras encargadas en el pasado, cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social y responsabilidad del interesado o de sus personas relacionadas” (MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS -MOP-, 2003).

Tercero, se desarrollará un proceso de licitación pública en torno a las bases de licitación elaboradas por la autoridad con tal de que los particulares interesados, sea que hayan sido preseleccionados por el Ministerio de Obras Públicas –MOP- en un proceso de precalificación o bien que sea una licitación abierta a cualquier oferente, puedan acceder a las bases y estudiarlas y en razón de ellas realizar su propuesta. El proceso de licitación pública debe ajustarse a parámetros de transparencia, publicidad, imparcialidad y objetividad, asegurando de esta forma que todos los oferentes estén en igualdad de condiciones al momento de conocer el contenido de las bases y realizar su oferta, además de propiciar la competencia entre los particulares con tal de obtener las condiciones más ventajosas para el interés público. Es decir, los principios que dan sustento al proceso de licitación son la publicidad de la licitación por una parte y el secreto de las proposiciones por otra. (MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS -MOP-, 2003)

Cuarto, la adjudicación del proyecto por parte de uno de los oferentes participantes en base a la calificación de su propuesta, evaluada a la luz de los criterios previamente señalados por la autoridad en las bases de licitación, es el paso final que lleva a la determinación de cuál es la empresa licitante que comenzará con la ejecución de la obra. Este proceso de evaluación consta de dos fases, en la primera se evalúan a los oferentes desde un punto de vista técnico a fin de determinar si cumple con los requisitos exigidos para el desarrollo de la obra; en la segunda fase con la selección de cuáles son los oferentes que se adecúan a las bases, se procede a evaluar las ofertas económicas realizadas por ellos. Una particularidad del contrato de concesión es que su adjudicación “se resolverá por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda -y obviamente la del Presidente de la República-[...]Dicho Decreto deberá ser publicado en el Diario Oficial, una vez que la Contraloría General de la República haya tomado razón del mismo, teniendo dicha publicación efectos constitutivos, es decir, el contrato se perfeccionará una vez publicado en el Diario Oficial el Decreto Supremo de Adjudicación” (RUFÍAN LIZANA, 1999)

Con la determinación de cuál es el SPV para ejecutar el proyecto, es propicio hablar del modelo BOT que es quizás el que parte para llegar a abordar el BOOMT, el que es bastante simple de comprender y en el que es posible distinguir tres grandes etapas:

3.11.1.1 Construcción.

La empresa privada o consorcio que se haya adjudicado, mediante el Decreto Supremo de Adjudicación, el proyecto licitado por el Estado administrador a través del Ministerio de Obras Públicas, y en la medida que haya constituido la Sociedad Concesionaria a la vez que suscrito y protocolizado el Decreto Supremo de adjudicación, podrá comenzar con la construcción de la Obra Pública licitada –en el evento que no existan labores expropiatorias pendientes por parte de MOP u otras que impidan la inmediata ejecución de la obra-. La compañía adjudicataria asegura el financiamiento para construir el proyecto, ya sea mediante recursos propios, recurriendo al financiamiento de instituciones bancarias (nacionales o internacionales) o atrayendo inversionistas (nacionales o internacionales). La construcción de la obra deberá realizarse bajo un estricto cumplimiento de lo establecido en el Contrato de Concesión de Obra Pública -que como ya se dijo se compone de las Bases de Licitación, Oferta y Decreto Supremo de adjudicación-, para velar por ello señala el artículo 38° del Reglamento que “El MOP nominará un inspector fiscal en el plazo de 15 días desde la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial. Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas se canalizará a través del inspector fiscal, sin perjuicio de las instancias de apelación establecidas en la Ley de Concesiones, el presente Reglamento o en las bases de licitación correspondientes”. Y a continuación en el artículo 39° se detallan las funciones y atribuciones mínimas con las que contará el Inspector Fiscal, entre ellas: *“Inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto; Fiscalizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras; Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria; Fiscalizar el cumplimiento de las normas de calidad; Proponer la*

aplicación de las multas que correspondan, en virtud del contrato de concesión.”

(CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2009)

3.11.1.2 Operación.

La Sociedad Concesionaria una vez que la construcción de la obra pública licitada ha sido terminada, completa o parcialmente –según lo permita las bases de licitación-, lo que deberá ser visado por la autoridad fiscalizadora correspondiente, toma posesión temporal del bien, lo mantiene y opera por el período concesionado que se ha convenido según el Contrato de Concesión de Obra Pública. Durante esta etapa la Sociedad Concesionaria está autorizada para explotar la obra pública construida; esta explotación conlleva darle un uso natural que dice relación con el fin para la que fue construida –satisfacer una necesidad social- y que en detalle se expresará en el contrato. Asociado al uso de la obra por parte de la sociedad existe una tarifa que la Concesionaria cobrará a cada usuario que la desee utilizar con el objetivo de recuperar su inversión y hacerla rentable, además de conseguir recursos que el mantenimiento de la obra en el tiempo requiere. Esta etapa es de gran importancia porque es precisamente en ella que el sistema encuentra su razón económica de ser, he aquí el negocio, es en ella que la Sociedad Concesionaria mediante la explotación de la obra que ella ha edificado con recursos propios recupera los mismos y proyecta las utilidades que la inversión le trae. En este punto hablamos del cobro de una tarifa que según el artículo 3° del Reglamento es la *“Contraprestación del servicio básico prestado por el concesionario, regulado en el contrato de concesión”*. (CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2009)

3.11.1.3 Transferencia.

El Contrato de Concesión de Obra Pública, tal como cualquier otro contrato, produce efectos en el tiempo hasta que pierde su vigencia lo que naturalmente ocurre cuando vence el plazo por el que fue convenido. Transcurrido el período por el que se estableció la Concesión, la Sociedad Concesionaria transfiere la propiedad y la operación de la Obra Pública a la Administración o a la autoridad correspondiente del Estado. Esta etapa es importante desde la óptica de la inversión Estatal en infraestructura pública a largo plazo, porque es aquí cuando el Estado recupera una obra que antes no tenía, o si la tenía era en peores condiciones, con la que la autoridad de la época podrá realizar lo que estime pertinente. (CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 2009)

3.12 Análisis Caso chileno

Podríamos concluir que frente al caso chileno, las Concesiones de Obras Públicas se hicieron presente más que por elección, por necesidad. Teniendo en cuenta la época histórica, además de una realidad social, económica y de infraestructura que se vivía este país a fines de la década del 80' y comienzos de la del 90', el mecanismo de las Concesiones de Obras Públicas surgió como la mejor respuesta o la mejor reacción posible frente a un importante déficit en materia de infraestructura, caso muy parecido al Colombiano.

Frente a la necesidad de ejecutar proyectos de largo aliento no existían los medios económicos suficientes para dar cobertura a todas estas necesidades, por cuanto eran unas

entre muchas otras heredadas de varios años de turbulencias en materia política y social. De ahí surge la idea y la necesidad de concesionar parte importante de las Obras Públicas, teniendo como objetivo principal el de obtener el financiamiento económico suficiente para que Chile, fuese capaz de ponerse al día en esta área de la forma más rápida y eficiente posible.

El déficit en materia de infraestructura en Chile, aún persiste, pero no en los alarmantes niveles de hace más de 20 años atrás. El régimen de concesiones imperante ha dado satisfacción a parte importante de la infraestructura faltante, demostrando ser un mecanismo fiable, ordenado y que ha arrojado, dentro de todo, resultados positivos.

Pudimos evidenciar que en Chile, se recurre a los distintos tipos de concesiones y por ende aplican los modelos contractuales existentes del BOT al BOOMT, y lo hacen por elección, porque sabido es que el sistema funciona y que es una manera real y concreta de avanzar en temas de infraestructura sin que el Estado tenga que invertir recursos en ello, permitiendo además, destinar esos recursos a otras necesidades en las cuales la mano del Estado debe estar más presente y ser más cercana a las necesidades de la gente.

Es evidente que al igual que en nuestro país, el sistema Chileno necesita seguir perfeccionándose, necesita seguir acomodándose constantemente a las necesidades que vayan surgiendo y a la realidad imperante, pero en términos generales, el sistema de concesiones y la aplicación de los contratos BOT al BOOMT hoy arroja resultados positivos.

Capítulo 4:

Autonomía de la voluntad y Competencia de las entidades públicas para celebrar contratos tipo BOOMT

El análisis de la autonomía de la voluntad reviste una especial importancia a la hora de la suscripción de este tipo de contratos por parte del Estado, y se debe ser rigurosos a la hora de su aplicación, teniendo presente que: i) mediante los contratos las entidades públicas desarrollan los fines del Estado y protegen el interés colectivo y general de los ciudadanos; ii) la responsabilidad disciplinaria, penal, fiscal y civil, que puede derivarse de la contratación del Estado, no sólo frente a los servidores públicos, sino también frente al particular contratista, pues sus normas no sólo tienen como destinatarios a las entidades públicas, sino también a las personas naturales o jurídicas que participan en los procesos de selección y que celebran contratos con el Estado; iii) la contratación estatal siempre se caracterizó por procedimientos y controles excesivamente rígidos.

Lo primero para resolver estos postulados es la Constitución de 1991 que trajo consigo nuevos mandatos que llevaron que se reformara, el Decreto 222 de 1983 (Congreso de la Republica, 1983), el cual regulaba el tema, consecuentemente, se expide la Ley 80 de 1993 (Congreso de la Republica , 1993), que elimino aquellas normas que impedían una celebración ágil y eficiente de los contratos, la eliminación de procesos innecesarios y la introducción de nuevos postulados, entre ellos el principio de la autonomía de la voluntad.

El principio de la autonomía de la voluntad a pesar de estar consagrada expresamente en dicha ley, no puede ser tratada de igual manera a como se aplica en el derecho civil y comercial, por cuanto en materia de contratación estatal prima el cumplimiento de los fines del Estado sobre los intereses particulares de los contratantes (CORTE CONSTITUCIONAL, 2008)

El presente análisis, está encaminado a determinar cómo se aplica el principio de la autonomía de la voluntad en la ejecución de los contratos BOOMT, para lo cual deben identificarse los límites que le imponen la Constitución y la Ley.

La autonomía de la voluntad puede explicarse, por un lado, desde a) la teoría subjetiva del negocio jurídico, más conocida como teoría de la voluntad. Por otro lado, las tres b) teorías objetivas: la teoría de la declaración, la teoría preceptiva y la teoría normativa.

a) la teoría subjetiva, Para ilustrar mejor esta posición, Benjamín Moisés, sostiene que la esencia del negocio es la voluntad y que la declaración es tan sólo un medio de manifestación, lo que implica que “en caso de discordancia entre la voluntad y la declaración, la sola apariencia de un negocio normal no basta para generar el correspondiente vínculo jurídico, sino que además es necesario que se haya debido al obrar culpable del declarante y que haya dado lugar a una razonable confianza por parte del destinatario de la declaración” (MOISÁ, 2005)

b) la teoría objetiva, en sus tres aspectos considera que el contrato se constituye por

i) la teoría de las declaraciones de la voluntad, en la que los sujetos, toda vez que “es la declaración, tal y como puede ser entendida de acuerdo a las circunstancias, la que importa para el derecho, no la voluntad síquica del declarante” (BIANCA, 2007) .En otras palabras, la esencia del negocio pasa del contenido psicológico a una declaración o exteriorización de la voluntad, porque “la ley no confiere la eficacia creadora y transformadora implícita en todo negocio jurídico a la voluntad de las partes reservada a su fuero interno, sino al deseo exteriorizado” (VON TUHR, 1934)

Por su parte, ii) la teoría preceptiva señala que la autonomía privada es un fenómeno social que “es identificado en la disposición con la cual el sujeto regula por sí mismo sus propios intereses en la relación con los otros, o sea cabalmente en la autorregulación” (BIANCA, 2007)

De otra parte, iii) la tesis normativa señala que el negocio jurídico es fuente de normas jurídicas concretas, que operan dentro de los límites de la autonomía de la voluntad establecidos por el ordenamiento jurídico del Estado (BIGLIAZZI GERI, 1992)

Por su parte ARRUBLA PAUCAR, recoge estos análisis y define la autonomía de la voluntad de las partes como “*la potestad normativa que les permite el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus propios intereses, siempre que respeten los límites establecidos en las normas de orden imperativo y que sus convenios no deroguen las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*” (ARRUBLA, 2006)

A pesar de sus claras diferencias, las teorías del negocio jurídico anteriormente descritas tienen importantes puntos en común. En primer lugar, todas admiten el papel central que desempeña la voluntad en la configuración del negocio jurídico, aunque debe quedar claro que dicha voluntad tiene que ser exteriorizada. Además, todas coinciden en afirmar que la autonomía privada faculta a los particulares para autorregular sus propios intereses.

No obstante, lo anterior, significa que la contratación estatal se encuentre excluida de la posibilidad de suscribir contratos con esta característica, prueba de ello es la definición de contrato estatal que consagra el artículo 32 de la Ley 80: *“Todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”*

Los contratos estatales atípicos, habilitados por el principio de la autonomía de la voluntad como herramienta creadora, consagrada en el Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, ayudan en la consecución de los fines estatales ajustados perfectamente a las necesidades de las entidades estatales, sin que esto implique una violación al principio de legalidad que genere su inadmisibilidad jurídica.

Sin embargo, el derecho administrativo Colombiano no ha sido amplio en desarrollar este principio, pese a su legalidad. Esta dificultad se debe, al temor ante los entes de Control, que a falta de tipicidad, suponen una extralimitación de los sujetos de derecho público que

conlleven a procesos sancionatorios, enmarcados en contravenciones a estipulaciones de contratos tipificados.

Para el presente caso, debemos determinar si las entidades estatales tienen la competencia para celebrar contratos tipo BOOMT, caso que abordaremos a profundidad en el capítulo 4, por ahora podemos afirmar que de acuerdo a nuestra legislación colombiana, las competencias en las actuaciones administrativas están determinadas por el principio de legalidad, es así como la ley 80 de 1993 (Congreso de la Republica , 1993), en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, la cual incluye, entre otros, la libertad en la selección del tipo contractual que se pretende celebrar. En efecto, el artículo 32 mencionado señala que **“son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”** (negrilla fuera del texto), mientras que el artículo 40 dispone que **“las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”** (negrilla fuera del texto).

De acuerdo con esas dos normas, las entidades estatales efectivamente gozan de libertad en la selección de la tipología contractual a utilizar, lo cual les permite celebrar contratos típicos y atípicos, nominados e innominados, pues lo importante es determinar el vehículo jurídico a través del cual prestará los servicios necesarios para satisfacer el interés general. En otras palabras, no existe ninguna duda de que todas las entidades estatales pueden

celebrar contratos atípicos, para lo cual deberán seguir las reglas de selección de contratistas expresamente señalada por el ordenamiento, concretamente la regla general de las modalidades de selección del contratista: la licitación pública contenida en el artículo 2-1 de la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República, 2007).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado la anterior conclusión sin ningún reparo, para lo cual expresó: “La libertad de configuración de los contenidos contractuales, con la cual se encuentran investidas las partes, abrirá el espacio a la celebración de toda clase de convenios para conferir funciones administrativas a particulares, (...) típicos o atípicos” (CONSEJO DE ESTADO, 2016)

La autonomía de voluntad tiene diferencias sustanciales tratándose de una persona de derecho privado o una persona de derecho público. Para las primeras, basta con que el comportamiento no esté proscrito en el ordenamiento jurídico para que se entiendan capaces de adoptarlo. Mientras tanto, tratándose de la autonomía de la voluntad de las entidades públicas necesariamente se debe remitir al concepto de competencia, entendida ésta como la aptitud o capacidad que le atribuye el ordenamiento jurídico a las personas de derecho público para adoptar decisiones. Es la manifestación prístina de la aplicación del principio de legalidad consagrado en la Norma Superior:

“Constitución Política de Colombia. Artículo 6: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo

son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

(Subraya fuera de texto) (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Para determinar los límites de la competencia debe recurrirse a factores objetivos, subjetivos, temporales, materiales y territoriales:

- a. Factor objetivo: se refiere a si la entidad como persona jurídica de derecho público puede adoptar la decisión porque una ley o un reglamento así se lo permite.
- b. Factor subjetivo: si la persona que emite la decisión dentro de la entidad tiene la facultad para hacerlo.
- c. Factor temporal: es posible que una entidad deba adoptar una determinada decisión en el marco de un tiempo determinado. En este caso encontramos que la expiración del tiempo puede constituir una pérdida de la facultad, como por ejemplo la expedición de un acto administrativo sancionatorio; o no dé lugar a la pérdida de la competencia, como lo es el acto administrativo de adjudicación de un contrato producto de un proceso de selección.
- d. Factor material: está relacionado con la materia de la decisión a adoptar.
- e. Factor territorial: delimita el campo geográfico dentro del cual una entidad puede adoptar una decisión.

Ahora bien, el presente capítulo se centrará en determinar la competencia de las entidades públicas para celebrar contratos BOOMT, bajo la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

4.1 Competencia para celebrar contratos estatales

Dentro del amplio espectro de lo que pueden realizar las entidades públicas en el marco de sus competencias, encontramos la de celebrar contratos estatales para satisfacer necesidades de los administrados y cumplir sus funciones no sólo legales sino constitucionales.

Precisamente sobre ésta materia, la Constitución Política, en el último inciso del artículo 150, le asignó al Congreso de la República la expedición a través de la Ley del régimen de contratación de la administración (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); el cual lo hizo mediante la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Sin embargo, debe precisarse que hoy en día, a partir de la Ley 80 de 1993, el régimen de los contratos estatales es objetivo. Es decir, todo contrato que suscribe una entidad de derecho público se entiende como contrato estatal en su naturaleza; en contraposición a lo que estaba regulado en el Decreto 222 de 1982 en el que las entidades podían suscribir a veces contratos estatales y a veces contratos de derecho privado.

Aun así, debe anotarse que existen diferentes regímenes en relación con el medio a utilizar para llegar al contrato estatal: un régimen general de contratación de las entidades públicas que está regulado por la Ley 80 y la Ley 1150 antes relacionadas; y un régimen excepcionado pues no aplican los procedimientos en ella contemplados y que están regulados en varias normativas de carácter especial, entre las que se encuentran las universidades

públicas (Congreso de la República, 1992), el Banco de la República (Congreso de la República, 1992), las Empresas Sociales del Estado (Congreso de la República, 1993), las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos domiciliarios (Congreso de la República, 1994), entre otras.

Lo anterior significa que no importa el tipo de contrato que se suscriba, si es nominado, innominado, si está regulado en normas de derecho público o privado, siempre será un contrato estatal cuando lo suscribe una entidad estatal, bajo régimen general de contratación o bajo cualquier régimen excepcionado. (Corte Constitucional , 1995).

Así las cosas, podemos inferir claramente que el contrato estatal, es una categoría general enmarcada en un criterio netamente orgánico, respecto a que una de las partes debe considerarse una entidad pública, independiente del régimen de contratación predicable a dicho contrato estatal.

4.2 Análisis de las entidades públicas sobre las cuales se les aplica el régimen de contratación pública.

La Ley 80 de 1993 establece expresamente algunas reglas en materia de la competencia para suscribir contratos estatales desarrollando los factores ya vistos con anterioridad.

Sobre el factor objetivo, el artículo 11 dispone que pueden celebrar contratos estatales las relacionadas en el artículo 2 de la misma; es decir:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.” (Congreso de la República, 1993)

Respecto del factor subjetivo, el mismo artículo 11³² de la Ley 80 le asigna competencia para representar a la entidad al momento de celebrar contratos a:

³² ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2:

“a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos

1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los Presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.” (Congreso de la República, 1993)

De acuerdo con lo anterior, es importante precisar que el numeral 1 del artículo 2 de la ley 80 de 1993, tuvo como finalidad realizar una gran diferenciación respecto de las entidades públicas que por disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias poseen personería jurídica y por ende competencia para celebrar contratos estatales, diferentes a los órganos y dependencias del Estado, que sin poseer personería jurídica, dicha ley les ha otorgado competencia para la celebración de contratos estatales.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, que en fallo de constitucionalidad ha expresado que el legislador fue consciente de los cambios introducidos con la expedición de la Ley 80 de 1993, al querer otorgarles competencia a organismos del Estado, que sin tener autonomía presupuestal, ni personería jurídica, puedan estar dotados de capacidad para contratar. (*Gaceta del Congreso No. 75 de septiembre 23 de 1992, pág 16*). (CORTE CONSTITUCIONAL, 1994)”

Respecto de aquellas entidades públicas, dependencias y organismos del Estado, resulta claro que el régimen legal contractual por regla general es el establecido en la ley 80 de 1993, y sus normas modificatorias.

Sin embargo, encontramos que normas posteriores como la ley 1150 de 2007 y la ley 1474 de 2011, han posibilitado la aplicabilidad de un régimen excepcional sobre algunas entidades públicas, como lo ha expresado el artículo 93.³³ (MATALLANA, 2013)

De conformidad con la anterior exposición, podemos deducir claramente que debido a las competencias asignadas a diversas entidades públicas, y al desarrollo de actividades especiales como las industriales y comerciales o el ejercicio de mercados que impliquen monopolio legal, o sus actividades se encuentran reguladas, el legislador determinó la posibilidad de un régimen exceptuado respecto al estatuto general de contratación, cuya consecuencia básica, es que puedan autoregularse, especialmente en la creación de mecanismos de selección de los contratistas como colaboradores profesionales en la prestación de los servicios o en la satisfacción del interés general, respetando íntegramente los principios propios de la contratación pública, y sometándose a las limitaciones de la capacidad que por razones de moralidad y de evitar el nepotismo y el tráfico de influencias

³³ “Artículo 93. Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así: Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.”

ha establecido el legislador con el nombre de inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

Dichos principios por remisión expresa, se encuentran establecidos en el artículo 13³⁴ de la ley 1150 de 2007.

Sea éste el momento para indicar que, además de lo anterior, importa determinar la naturaleza jurídica de las entidades pues ello determinará las limitaciones normativas a su autonomía de la voluntad al suscribir Contratos BOOMT. Al respecto, la Ley 1508 de 2012 indica que las reglas contenidas en ella no son aplicables a las sociedades de economía mixta, y sus filiales, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y aquellas Industriales y Comerciales del Estado. Mientras que, tratándose del resto de entidades públicas, verbigracia la nación y entidades territoriales con sus correspondientes sector central y descentralizado, tendrán que aplicar lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012 (Congreso de la Republica , 2012) que establece, entre otras, un límite en el plazo para ejecución de los contratos de 30 años incluidas sus prórrogas, salvo justificación aprobada por el Consejo Nacional de Política Económica y Social.

Por lo anterior, consideramos que es necesario analizar cuales entidades públicas, se encuentran exceptuadas al régimen de contratación pública, establecido en la ley 80 de 1993 y

³⁴ “Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

sus normas modificatorias, en especial aquellas que por sus condiciones legales y contractuales, podrían celebrar un contrato BOOMT, sin olvidar una forma de organización administrativa, como lo es la descentralización por servicios, sea de manera directa o indirecta.

4.3 Descentralización por servicios una forma de organización administrativa para contratar.

En la parte orgánica de la Constitución Política, se ha definido que la función administrativa, está al servicio de los intereses generales, sobre la cual recae una serie de principios propios, que integralmente se desarrollarán bajo varios mecanismos, entre ellos la descentralización:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Para efectos del presente trabajo, consideramos importante definir que es la descentralización y el tipo de entidades descentralizadas por servicios.

La descentralización es una técnica de administración que pretende mitigar el centralismo propio de un Estado unitario, permitiendo a las entidades un manejo administrativo en el mismo sector donde actúan, dotándolas de mayor efectividad, agilidad y cercanía a los ciudadanos. De esta manera la descentralización administrativa supone el traslado de competencias y capacidad de decisión de la administración central del Estado a nuevas personas jurídicas de derecho público e incluso a particulares. (MATALLANA, 2013)

Este concepto técnico se puede encontrar en varios artículos constitucionales, como el artículo primero, en donde se clasifica a Colombia como “un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales (...)”³⁵. También en el artículo 209, donde se establece que “La función administrativa (...) se desarrolla mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”³⁶

La mención que se hace desde el artículo primero de la Constitución del concepto descentralización, tiene grandes implicaciones en la estructura del Estado. La referencia a un Estado descentralizado implica dar cuenta de la incapacidad que tiene el sector central para manejar todos los asuntos administrativos, teniendo en cuenta las muchas funciones públicas que se encuentran en cabeza del Estado moderno y más cuando se autodenomina un Estado social de Derecho. Es por esta razón que la Ley 489, en su artículo 7³⁷, establece la obligación

³⁵ Artículo 1 de la Constitución Política

³⁶ Artículo 209 de la Constitución Política

³⁷ Artículo 7 de la Ley 489 de 1998

en cabeza del gobierno de desarrollar disposiciones y normas que profundicen la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración.

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido la descentralización de la siguiente manera:

“Forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa, dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados” (CORTE CONSTITUCIONAL , 2000)

En los términos expuestos por la Corte Constitucional, los tipos de descentralización son el territorial, funcional o por servicios, por colaboración y, finalmente, por estatuto personal. La descentralización territorial es entendida como el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales regionales o locales, las cuales se ejecutan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. La descentralización funcional o por servicios consiste en la asignación de competencias o funciones del Estado a ciertas entidades, que se crean para ejercer una actividad especializada, tales como los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, las empresas industriales

y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. La descentralización por colaboración se presenta cuando personas privadas ejercen funciones administrativas, por último, la descentralización por estatuto personal, cuyo concepto fundamental es el destinatario de la norma jurídica.

4.4 Características propias de las entidades descentralizadas por servicios

Ahora bien, ya conociendo en qué consiste el concepto de descentralización administrativa es importante indagar qué se entiende por entidad descentralizada.

El artículo 68 de la Ley 489 establece que las entidades descentralizadas son aquellas:

“Creadas por la Ley o con su autorización cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, aun cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”

De acuerdo a lo enunciado por el artículo anterior, se puede decir que las entidades descentralizadas comparten tres características principales:

Personería jurídica. Es decir, que por ministerio de la Ley son sujetos de derechos y deberes, hábiles para actuar directamente representando un conjunto de intereses independientes.

Autonomía administrativa y financiera, que consiste en la posibilidad de auto organizarse administrativamente, nombrar, contratar y determinar la utilización de los recursos económicos asignados por la Ley o que son percibidos por los servicios a su cargo. Es importante aclarar que esta característica de autonomía administrativa propia de los entes descentralizados no se puede confundir con la autonomía propia de los entes autónomos como el Ministerio Público, la Contraloría, las Corporaciones Autónomas Regionales, etc. Tampoco debe confundirse con la denominada autonomía territorial. Tal como lo referencia Fernando Brito Ruiz (RUIZ, 2013), la diferencia entre los conceptos de autonomía como característica de la descentralización y las otras denominaciones de autonomía mencionadas, radica en que el primero implica el ejercicio de competencias asignadas al ente descentralizado para que las ejerza bajo la supervisión o control de otras autoridades administrativas como los ministerios, unidades administrativas especiales, secretarías de despacho, etc., mientras que los conceptos de autonomía mencionados en segundo lugar, implican el ejercicio de competencias que le son propias y sobre las que no recae control de otras autoridades administrativas y menos del sector central. (RODRIGUEZ, 2007)

Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes. (RODRIGUEZ, 2007)

4.5 Entidades descentralizadas por servicio directo.

Son aquellas entidades creadas directamente por el Estado a través del congreso, asambleas departamentales y consejos municipales, dependiendo del orden al que pertenezca la entidad descentralizada. Este sector está compuesto por:

Los establecimientos públicos: Organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público.³⁸

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado: Organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.³⁹

Es importante advertir, que este tipo de empresas, casi siempre se encuentran en competencia con el sector público o privado a nivel nacional o internacional, razones suficientes para encontrarse exceptuadas del régimen legal de contratación público.

En Colombia éste tipo de empresas han sido ideales para la creación incluso de entidades descentralizadas indirectas, las cuales trataremos más adelante, cuyas actividades mercantiles e industriales les permiten el asocio con particulares e incluso para el caso concreto la celebración de contratos tipo BOOMT, debido a su intencionalidad económica y a

³⁸ Artículo 70 de la Ley 489 de 1998.

³⁹ Artículo 85 de la Ley 489 de 1998.

su régimen presupuestal, el cual no se encuentra sometido a los ciclos presupuestales de las entidades territoriales, que por regla general están condicionados al principio de anualidad.

Las sociedades de Economía mixta: Organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial en unión con los particulares, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley.⁴⁰

Las sociedades de economía mixta tienen una clara diferencia con las empresas industriales y comerciales del estado, consistente en que su capital está compuesto por un porcentaje público y uno privado, y por lo tanto, no es propiamente la ley el acto jurídico que las crea, sino que autoriza expresamente al ente público que se descentraliza a suscribir o celebrar el contrato social con un privado, adoptando cualquiera de las formas societarias posibles, casi siempre como sociedad anónima y últimamente como sociedad por acciones simplificada, de conformidad con las disposiciones establecidas en la Ley 1258 de 2008.

El aporte público puede definir su régimen contractual y legal, pero no pierde su naturaleza jurídica, circunstancia aclarada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea

⁴⁰ Artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

"del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución. De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución." (CORTE CONSTITUCIONAL, 1999)

Las sociedades públicas: Organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, compuesta por varios socios que son personas jurídicas de derecho público de los diferentes niveles administrativos.⁴¹

Este tipo de sociedades, han sido frecuentadas para la conformación de entidades descentralizadas dedicadas a la prestación del servicio de transporte masivo público, tales como el METRO DE MEDELLÍN, cuya categoría sociedad es limitada, y sus socios son la Gobernación de Antioquia y el Municipio de Medellín, así como los demás sistemas integrados de transporte masivo (SITM), tales como METROPLÚS S.A., TRANSMETRO y el MIO, entre otros.

⁴¹ Artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

Las sociedades públicas, por disposición legal, se encuentran sometidas al régimen legal y contractual que se establezca para las empresas industriales y comerciales del Estado.⁴²

Las unidades administrativas especiales con personería jurídica: Son organismos que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo.⁴³

Las superintendencias con personería jurídica: Organismos que cumplen funciones de inspección y vigilancia.⁴⁴

La categoría especial de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (ley 142 de 1994)

Para el caso en concreto se debe precisar en primer lugar, que las nociones de naturaleza jurídica y régimen jurídico son diferentes, afirmación que se colige del tenor del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, y que si bien son conceptos que pueden estar relacionados, no por ello se deben confundir o tomar por iguales. Respecto a la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, señaló que:

⁴² Parágrafo 1 del artículo 38 de la ley 489 de 1998.

⁴³ Artículo 67 de la ley 489 de 1998.

⁴⁴ Artículo 66 de la Ley 489 de 1998.

"Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1º. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado. (...)

En cuanto al régimen de contratación, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994,⁴⁵ con la modificación introducida por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, dispuso:

"Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa. Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación

⁴⁵ Artículo 3 de la ley 689 de 2001.

contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

En este orden de ideas cabe anotar que el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios es, por regla general, el establecido en la normatividad privada, pero, así mismo, es necesario concluir, que, de conformidad con las excepciones dispuestas por la misma ley, dicho régimen debe catalogarse como "mixto", pues está integrado tanto por normas propias del derecho privado como del derecho público. Por lo tanto, sólo en los casos en que la Ley 142 de 1994 de manera expresa lo disponga, el régimen de contratación será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

Ahora, la Corte Constitucional en la sentencia C-1153/08 estableció que una interpretación plausible es aquella que indica que el contrato al que se refiere el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, es el definido en el artículo 32 del Estatuto de contratación administrativa. Sobre el particular dijo:

"Como puede verse, el estatuto de contratación administrativa define el contrato de obra a partir de elementos subjetivos, es decir de criterios que atienden a la calidad de los sujetos contratantes y no al objeto del contrato, pues claramente indica que "(s)on contratos de obra los que celebren las entidades estatales...". Es decir, el elemento esencial que define la presencia de un contrato de esta naturaleza es que sea celebrado por una entidad estatal.

De otro lado, la norma ahora acusada impone un gravamen tributario a las personas que suscriban contratos de obra pública con "entidades de derecho público", o celebren adiciones a los mismos. En efecto, el inciso primero del artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, ahora bajo examen, dice así:

"Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición."

(Negritas y subrayas fuera del original)

Así pues, el Estatuto de contratación dice que "son contratos de obra los que celebren las entidades estatales"; y la norma acusada afirma que "todas las personas naturales o

jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público" deberán pagar la contribución en ella regulada. De lo que se infiere que los contratos de obra pública a que alude la disposición acusada no pueden ser sino los mismos contratos de obra (simplemente de obra) a que se refiere el artículo 32 del Estatuto de contratación administrativa, toda vez que por el sólo hecho de ser suscritos "con entidades de derecho público", caen dentro de esa categoría jurídica por expresa disposición legal. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2008)

Así las cosas, podemos concluir que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independiente de su régimen jurídico, están facultadas para contratar bajo un régimen mixto, el cual les da una versatilidad y maniobrabilidad que les permite competir con el sector público o privado a nivel nacional o internacional, así las cosas, son las que más frecuentar la ejecución de contratos BOOMT, necesarios para ejecutar contratos de largo aliento, como es el caso puntual de la hidroeléctrica Ituango, que actualmente se encuentra bajo ejecución por parte de Empresas Públicas de Medellín, bajo la modalidad atípica señalada, es decir BOOMT.

4.6 Autonomía de la Voluntad.

Como lo explica Galgano (Galgano, Franceso. , 1992) el contrato es una figura conocida a lo largo y ancho del planeta, en aquellos lugares donde la economía de mercado ha hecho su aparición y domina el ordenamiento económico; sin embargo aunque esta figura no

sea igual en todos los ordenamientos o pueda entenderse de la misma manera, es claro que representa una figura de la autonomía de la voluntad (general) al encontrar su manifestación concreta en la autonomía o libertad contractual (particular) y que en cuanto a las relaciones patrimoniales es un reflejo de intercambio de bienes y servicios.

La autonomía de la voluntad de las entidades públicas, para expedir actos administrativos y para contratar, aun cuando se les otorga un amplio margen contractual está limitada por la satisfacción del interés general (Corte Constitucional, 2001); con independencia del régimen de contratación aplicable.

Interés general que debe satisfacerse con los recursos disponibles o contratar con particulares la prestación de servicios, bienes, obras que garanticen su observancia. En particular, en cada proceso de contratación la entidad debe corresponder no sólo al interés general sino a la autonomía de la voluntad con la limitación establecida en el orden jurídico tal y como se evidenció en anterioridad.

Respecto de la contratación atendiendo al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite a las entidades públicas suscribir cualquier tipo de contrato que permita el ejercicio de la autonomía de la voluntad; es

decir, contratos típicos en las normas privadas⁴⁶ y en las normas de contratación públicas⁴⁷, pero también contratos atípicos, es decir, que no están regulados expresamente.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad de la entidad estatal no se refiere únicamente a la manera de considerar la forma de satisfacer la necesidad en cumplimiento de su función y de determinar el tipo de contrato a suscribir, sino además que el mismo artículo 40 permite que el contrato incluya todos los elementos de la esencia y la naturaleza de cada tipo contractual y la inclusión de:

“las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración” (Congreso de la República, 1993)

Por lo tanto, la autonomía de la voluntad permite identificar el momento para iniciar el proceso de selección para contratar, la libre escogencia del tipo del contrato salvo que la ley lo imponga en casos específicos, la negociación para determinar la inclusión de cláusulas excepcionales según el tipo de contrato, la determinación de las variables financieras al momento de realizar el estudio de mercado correspondiente, la inclusión de cláusulas penales y multas.

⁴⁶ Código Civil y Código de Comercio.

⁴⁷ El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 tipifica los siguientes contratos: de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, encargo fiduciario y fiducia pública.

Debe recordarse la necesidad de observar los procedimientos de selección consagrados en la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, según el tipo de contrato a celebrar y los principios de la contratación.

Ahora bien, respecto de las entidades que están exentas de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la autonomía de la voluntad también está delimitado por el cumplimiento del objeto social en búsqueda del interés general. Sin embargo, la autonomía de la voluntad resulta más amplia que para el resto de las entidades estatales pues pueden acudir a las normas de derecho privado para contratar, aplicando en todo caso los principios de la función administrativa y gestión fiscal como se relacionó antes.

Así las cosas, podemos indicar que es totalmente admisible, la celebración de contratos tanto típicos como atípicos por parte de las entidades del Estado, independiente del régimen de contratación aplicable a dicho contrato.

El contrato atípico, o mejor el contenido regulado en él, es admisible en nuestro ordenamiento jurídico siempre y cuando esté dentro del orden público y las buenas costumbres, que no tenga objeto ilícito o causa ilícita, que no estén presentes vicios del consentimiento y que en aquellos casos que se exigen formalidades se cumplan para el nacimiento del contrato.

De igual forma, el contrato atípico es admisible para el derecho administrativo además de cumplir con estos requisitos -aunque no de vicios del consentimiento sí de competencia para la entidad contratante-, en virtud que la ley 80 de 1993, como ley de principios, facultó a las entidades públicas para que estas en aplicación de los principios de autodeterminación y de la autorresponsabilidad sean quienes determinen el tipo de contrato que mejor se ajuste al interés general e incluyan en sus contratos las cláusulas necesarias para dicho fin.

En efecto la ley 80 de 1993 en su artículo 32 al señalar la definición de contrato estatal señala también sus fuentes de regulación y de allí claramente la presencia del fundamento para los contratos atípicos:

—Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación... (Subrayado fuera del texto).

De las definiciones del artículo 32 de la ley 80 de 1993 (Mutis Vanegas, Andres; Quintero Múnera, Andrés., 2001) se entienden existen tres fuentes de los contratos estatales:

1. Los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, lo cual sin duda junto con los artículos 13 y 40 remiten tanto a los Códigos Civil y de Comercio, así como la tipificación que se realice de un contrato en la legislación especial que valga la pena añadir puede ser privada o pública. También es necesario mencionar que este caso también se incluyen disposiciones especiales sobre contratos, como por ejemplo la regulación que realicen los entes públicos encargados de un mercado en particular sobre las actividades económicas que en él se desarrollan. – Ej. La Supervigilancia para los prestadores del Servicio de Vigilancia Privada

2. Los contratos estatales que a título enunciativo se mencionan en el artículo 32, contratos que si bien no se desarrollan en su integridad consideramos están definidos sus elementos mínimos que junto con el resto de cláusulas que se incorporan a lo largo del estatuto contractual ofrecen una disciplina que conlleva la tipicidad de estos contratos.

3. La autonomía de la voluntad, y para ello nos remitimos a lo dicho anteriormente sobre este postulado en apartes anteriores de este trabajo, pero que sin duda representa la habilitación legal para las entidades públicas de concluir contratos atípicos.

Esta clasificación pone de presente un cambio de paradigma en el entendimiento del postulado clásico del principio de legalidad respecto del contrato estatal y su tipología, sin embargo, creemos que el contrato atípico siempre ha estado presente y en una u otra medida

la libertad contractual de la administración si consideramos que el contrato es similar al contrato de derecho privado y ambos tiene su pilar o sustento en la autonomía contractual.

Sin embargo, aún en vigencia del estatuto anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina de derecho administrativo aceptaban la presencia de contratos administrativos atípicos. En efecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 21 de abril de 2005 radicado No 14651 C.P. Ramiro Saavedra Becerra, señaló:

Como tampoco corresponde el negocio jurídico celebrado por las partes a ninguno otro de los tipificados en el Decreto Ley 222 de 1983, no obstante lo cual, subsiste su naturaleza vinculante como acuerdo de voluntades creador de obligaciones a cargo de los cocontratantes y regido por las cláusulas pactadas por éstos.

Más adelante en la misma Sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado en cita a Bercaitz igualmente señaló: (BERCAITZ, Miguel Angel. , 1980)

“—Los innominados son aquellos que presentan caracteres atípicos resultantes de la reunión en un contrato de diversos elementos constitutivos de los contratos típicos, como también aquellos otros que, dentro del marco de la legalidad, pueden ser celebrados por los órganos del Estado dentro de la esfera de su propia competencia. Fiorini sostiene que el contrato innominado se desconoce en el derecho administrativo. Consideramos equivocada esta afirmación. Como expresa Riveró: Fuera de esos contratos (que deja enumerados renglones más arriba) que corresponden a un tipo determinado, como los contratos

especiales del derecho civil, la administración utiliza el procedimiento contractual a los fines y según las combinaciones más diversas: son los contratos innominados de derecho administrativo. Todo esto pone en relieve la expansión que conoce actualmente el contrato administrativo y la renovación que resulta en su teoría general” (Sentencia C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 2005)

Fiorini sostiene que el contrato innominado se desconoce en el derecho administrativo. Consideramos equivocada esta afirmación.

Como expresa Riveró: Fuera de esos contratos (que deja enumerados renglones más arriba) que corresponden a un tipo determinado, como los contratos especiales del derecho civil, la administración utiliza el procedimiento contractual a los fines y según las combinaciones más diversas: son los contratos innominados de derecho administrativo. Todo esto pone en relieve la expansión que conoce actualmente el contrato administrativo y la renovación que resulta en su teoría general.”

También Escola rechaza la posición negativa de Fiorini: Es cierto que los más importantes contratos administrativos están nominados y regidos por la ley. Pero no es sostenible en cambio que la administración pública, en el curso de esa gestión, no puede celebrar sino esos contratos, y solamente éstos’. _Al contrario, si el interés público lo exige, si la actividad administrativa lo impone, no puede negarse a la administración la posibilidad de celebrar otros tipos o clases de contratos, y aun la de crear nuevas figuras contractuales’.

Coincide Marienhoff. En el derecho administrativo -salvo excepciones- la mayoría de los contratos no están disciplinados normativamente, de donde, implicando figuras que no

constituyen contratos pertenecientes a una categoría predeterminada, carecen de una denominación especial.

Hacemos nuestros esos conceptos y agregamos que, además, como se ha dicho, aun cuando siempre rija la máxima plus est in re quam in nomine', esta clasificación de contratos nominados e innominados presenta interés para conocer cuál ha sido el propósito de las partes al celebrarlos, y cuáles son las reglas a que pueden estar sometidos, principalmente si se trata de un contrato disciplinado por normas legales.” (Sentencia C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 2005)

Lo anterior, hace evidente que el contrato atípico ha estado presente en el derecho administrativo aún antes de la ley 80 de 1993, pues es claro que la necesidad y la importancia de este tipo de contratos llevan a evitar que la administración pública permanezca estática frente a los nuevos cambios económicos, tecnológicos y sociales que demanda la creación de nuevas relaciones contractuales.

Es decir, hoy en día, bajo el ordenamiento jurídico contractual que rige tanto para las Entidades Estatales que aplican la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 como para las que aplican el régimen de contratación privado pueden acudir a su autonomía de la voluntad para adelantar y suscribir contratos como el BOOMT siempre y cuando su objeto responda a los límites antes mencionados.

Capítulo 5: Potestades excepcionales

5.1 Poderes de la Administración Pública frente a la Celebración del contrato BOOMT

Uno de los medios más extendidos para la concreción de los fines estatales, es la contratación pública. Como todo acto de la administración, la contratación implica ejercicio del poder y preeminencia del interés general, razón por la cual la Ley ha reconocido para las entidades ciertas prerrogativas al momento de celebrar, ejecutar y liquidar aplicables a determinados contratos que celebre con un particular.

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 puede verse que el contrato estatal se concibió como un verdadero contrato, es decir, que busca que surta consecuencias jurídicas iguales que la de un contrato del derecho privado. Sin embargo, el Legislador concluyó que:

“El interés colectivo exige que se garantice el adecuado uso de esta herramienta jurídica, de modo tal que se evite cualquier acción portadora de menoscabo o perjuicio. Por ello, debe dotarse a la Administración de mecanismos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales.”

(Congreso de la Republica, 2018)

Las cláusulas excepcionales, también conocidas como potestades excepcionales o poderes exorbitantes de la administración en una relación jurídica contractual son prerrogativas especiales al derecho común que privilegian a la Entidad en razón al interés

público que reviste el cumplimiento de los objetos contratados con particulares que, a su vez, va a redundar en el cumplimiento de las finalidades del Estado. (Osorio Moreno, 2013)

Otro de los fundamentos de la existencia de cláusulas excepcionales es que el Estado ostenta un poder soberano frente a los particulares por lo que son prerrogativas públicas que le otorgan un beneficio. Por lo mismo, no hay cabida de prerrogativas excepcionales en las relaciones jurídicas privadas.

Sin embargo, aún con lo anterior, no para todos los contratos que suscribe la Administración pueden establecerse cláusulas o prerrogativas excepcionales al derecho común. Las razones que llevaron a que la Ley realizara una diferencia entre cuáles sí es posible, incluso obligatorias y cuáles no es que hay ciertos contratos que están relacionados con actividades comerciales, industriales o tecnológicas que no implican directamente la prestación de un servicio público o su objeto no constituye una prestación de utilidad pública. En otras palabras, sobre algunos objetos y tipos de contratos no se desarrollan por sí mismos funciones estatales en estricto sentido, sino que el Estado, aunque tiene la facultad de suscribirlos, se desplaza al campo de actividades propias de particulares. (MATALLANA, 2013)

La Ley 80 de 1993, en sus artículos 15 a 18, establece cuáles son las potestades excepcionales que pueden ser aplicadas de manera unilateral en la relación contractual de tal manera que se salvaguarde la correcta ejecución del contrato y, en consecuencia, el interés público detrás de su ejecución y son, de acuerdo a dichos artículos: terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, sometimiento a leyes nacionales, caducidad

y reversión. Además, indica en qué tipos de contratos son obligatorias, en qué tipo son facultativas y qué tipo no es posible pactarlas por expresa prohibición.

Frente a tal desequilibrio entre las partes, la Corte Constitucional se pronunció considerando que es razonable que el Legislador establezca prerrogativas excepcionales de la Administración en la relación contractual de tal manera que se garantice que la prestación de los servicios públicos no se vea interrumpida. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2000)

Respecto de los contratos en que son obligatorias y que se entienden incorporadas por mandato de la Ley aun cuando no se pacten expresamente se encuentran: los contratos cuyo objeto es el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra. Por su parte, son facultativas cuando se está en presencia de un suministro y de prestación de servicios. Por último, resulta prohibida su estipulación en los contratos que se suscriban con personas públicas internacionales, de cooperación, ayuda o asistencia, en los interadministrativos, de empréstito, donación, arrendamiento y aquellos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales, el desarrollo de actividades científicas o técnicas y los contratos de seguro. (MATALLANA, 2013)

Sin embargo, la Ley guarda silencio sobre las potestades excepcionales en relación con los contratos de consultoría, comodato, leasing y otros típicos. Es decir, no se expresa si, cuando se está en presencia de esa tipología contractual, resulta obligatorio para la Entidad estipular las potestades excepcionales, es facultativa si a bien lo tiene de acuerdo al análisis de conveniencia, o si está prohibida su estipulación.

La discusión no resulta en un problema menor pues ésta pasa por si las potestades excepcionales se enmarcan en desarrollo de la autonomía de la voluntad o de la competencia. En otras palabras, si la conclusión es que las cláusulas exorbitantes resultan de la expresión de la autonomía de la voluntad, entonces sí se podrán pactar en el contrato de consultoría, comodato, leasing, entre otros que no encajen en las definiciones y condiciones de los artículos 15 a 18 de la Ley 80 de 1993; si, por el contrario, se concluye que tales cláusulas son expresión de la atribución de competencia, no podrán pactarse por no tener expresa autorización legal.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido mayoritaria al indicar que las potestades excepcionales no pueden pactarse en los contratos sobre los cuales la Ley guarda silencio en razón a que ese tipo de poderes en el que el Estado se encuentra en una situación superior, extraordinaria e inusual en relación con el derecho común requieren autorización legal para su inclusión posterior utilización; además, el Legislador es el único que puede disponer de competencias para la expedición de actos administrativos que es el medio a través del cual se ejercita la aplicación de dichas cláusulas. Por lo tanto, no es posible pactar las potestades excepcionales en virtud de la autonomía de la voluntad. (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, 2013)

Concretamente, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece como elemento de la naturaleza de los contratos estatales, que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que sea monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, así como en los contratos de obra y en aquellos celebrados para la concesión de bienes del Estado, las potestades de terminar,

interpretar, modificar unilateralmente y caducar los contratos, por parte de la entidad contratante.

Aunque la Ley 80 de 1993 habla de la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes - también denominadas cláusulas excepcionales-, lo que en realidad el legislador ha establecido es una serie de poderes que tiene la administración, para asegurar el cumplimiento de unos fines que deben inspirar el negocio jurídico con el particular. Estos poderes, son verdaderas potestades que no devienen simplemente de un acuerdo entre las partes, sino que tienen su fuente directamente en la Ley.

En torno al carácter excepcional de estas potestades que pueden estipularse en cláusulas contractuales, el tratadista Luis Guillermo Dávila Vinueza ha sostenido:

Se dice que son excepcionales al derecho común por cuanto en un contrato entre particulares o en contrato estatal regido exclusivamente por el derecho privado, no es habitual sino excepcionalísimo que una parte posea prerrogativas que afecten la igualdad que se ha dicho caracteriza al contrato (DÁVILA VINUEZA, 2003, pág. 609).

La ruptura de la tradicional igualdad de fuerzas que supone un contrato, se justifica por el deber de toda autoridad pública de garantizar una continua y adecuada prestación de servicios públicos y la correcta ejecución de los contratos, dentro del marco de la garantía del

interés colectivo y de los fines esenciales del Estado, los cuales, al tiempo que justifican la existencia de las potestades, hacen que su ejercicio sea limitado, al punto que si se aplican sin sujetarse a tales fines, se estaría frente a una desviación de poder por parte de la administración.

Las facultades excepcionales, se explican además por los atributos de poder inherentes a cualquier autoridad pública, que se ejerce a través de las funciones de dirección, control y vigilancia, para asegurar que el contrato se ejecute a cabalidad. Para esto, las entidades estatales cuentan con potestades de policía administrativa, que le permiten proferir actos administrativos reguladores o de autotutela declarativa, que son expedidos atendiendo a razones de orden público, que cuentan con la prerrogativa de ser ejecutoria en favor de la administración, y en los que se puede regular directamente las relaciones jurídicas con los particulares, prescindiendo del aparato judicial, aunque el particular conserva la posibilidad de acudir a la jurisdicción para pretender el control de legalidad de la actuación (DÁVILA VINUEZA, 2003).

En atención a lo anterior, debe concluirse que en los Contratos BOOMT suscritos por Entidades que aplican en su integridad la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, se entienden obligatorias las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, sometimiento a leyes nacionales y caducidad. Mientras que, aquellas que cuentan con un régimen de contratación privado, no pueden establecer contractualmente dichas cláusulas por carencia de habilitación legal para ello. En relación con la reversión, no debe olvidarse que es una cláusula exorbitante y, además, es un elemento de la esencia tanto

del contrato de Concesión como BOOMT, por lo tanto, ésta se entiende pactada en todos los contratos BOOMT con independencia del régimen jurídico de contratación aplicable a la Entidad Pública; de lo contrario, dicho contrato derivaría en otro completamente distinto. (NARBONA, 2009)

5.2 Cláusula Excepcional de Caducidad

La caducidad es una potestad de que goza la entidad estatal para dar por terminado de manera anticipada un contrato por razones atribuibles en un todo al contratista (DAVILA, 2016, pág. 656). Se encuentra desarrollada en el artículo 18⁴⁸ de la Ley 80 de 1993.

Como puede verse, a pesar de que con la declaratoria de caducidad el contrato se da por terminado, el fin de esta potestad no es la terminación en sí misma, sino que ella es un medio para asegurar la cabal ejecución contractual hasta el agotamiento del objeto pactado. (Escobar Gil, 2003)

⁴⁸ ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Es por esto que en los eventos en que el contratista incurra en alguna de las causales de procedencia señaladas en el citado artículo 18, la administración debe hacer un análisis concreto sobre la conveniencia de declarar la caducidad, teniendo como norte que lo que se debe garantizar es el cumplimiento de un interés público, que más allá de una mera sanción para el contratista incumplido, es que se logre la correcta ejecución del objeto contratado.

Un aspecto relevante es el límite temporal o plazo para el ejercicio de la potestad. En este punto, el tratadista Jorge Pino Ricci, ha señalado:

(...) el incumplimiento del contratista debe afectar de forma grave la ejecución del contrato, al tiempo que ha de amenazar con su paralización. Esta última circunstancia sólo podrá presentarse con anterioridad al vencimiento del plazo, pues no se podrá paralizar la ejecución de un contrato si el término convencional se encuentra vencido. Es obvio, entonces, que la caducidad solo podrá decretarse durante el plazo contractual (2005, pág. 360).

Otra cuestión que ha sido ampliamente discutida en la doctrina especializada y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, es el carácter sancionatorio o no de la declaratoria de caducidad. Sin embargo, como el objeto de este trabajo no es profundizar sobre los vaivenes de esta disputa teórica e ideológica, bastará con reseñar la postura dominante, recogida de una forma sistemática por el Consejo de Estado en la

sentencia del 22 de octubre de 2012, proferida dentro del expediente 20.738, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero.

En esa providencia se advierte que el carácter sancionatorio de la caducidad está determinado por el cumplimiento de unos factores que permiten identificar el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte del Estado. Puntualmente, en el mencionado fallo se señala:

(...) la caducidad es una sanción administrativa porque se pueden identificar cada uno de los elementos de la definición ofrecida:

1. Se inflige un mal al contratista: La finalización anticipada del vínculo contractual sin que se tenga derecho a indemnización alguna, así como la generación de una inhabilidad para contratar por un término de 5 años a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declaró la caducidad;
2. El mal dispensado es consecuencia de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico: generar un incumplimiento de las obligaciones contractuales de tal envergadura que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, y;
3. Se priva al contratista de un bien jurídico consistente en alterar una posición de ventaja contractual: éste no sólo no puede finalizar el contrato, sino que además no recibe indemnización por los perjuicios que la medida ocasione sobre su patrimonio.

Adicionalmente, se afecta su derecho a participar en cualquier proceso selectivo y por supuesto a suscribir negocios jurídicos con entidad pública alguna (Consejo de Estado, 2012).

Con esto, se concluye que debido a que con la caducidad se inflige un mal al administrado, a través del ejercicio de una fuerza coercitiva, es producto de la inobservancia de determinadas normas u obligaciones contractuales, se entiende que su aplicación implica el ejercicio del poder sancionatorio de la administración, que como se pudo advertir, se encuentra limitado en el tiempo y por la exigencia legal de verificar que su ejercicio no implique una mayor afectación al cumplimiento del objeto contractual o a la garantía de la prevalencia del orden público y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

5.3 Aplicabilidad de multas frente a las obligaciones contractuales

Las multas en los contratos de la administración, lejos de cumplir una función resarcitoria encaminada a la indemnización de los perjuicios que tenga la Administración derivados del incumplimiento parcial o la mora del contratista, en realidad cumplen una función compulsiva o de apremio, encaminada a propender por un eficiente cumplimiento del contrato por parte del contratista (Dávila Vinuesa, 2016).

En el antiguo régimen de la contratación estatal -Decreto 222 de 1983-, existía una regulación expresa de la multa como cláusula obligatoria en los contratos estatales

propiamente dichos y la forma en cómo se haría efectiva. Sin embargo, con la derogatoria de esa regulación derivada de la expedición de la Ley 80 de 1993, surgió una discusión en torno al mantenimiento del poder exorbitante de imposición de multas. (Dávila Vinuesa, 2016)

De manera conclusiva, la doctrina especializada (Escobar Gil, 2003) ha señalado que, bajo la regulación actual, contenida en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, es jurídicamente plausible pactar la cláusula de multas en los contratos estatales, debido a que las partes gozan de autonomía negocial para definir el contenido del contrato a través de la estipulación de cláusulas con las que consideren que se regula adecuadamente su relación jurídica.

Otra cuestión que ha suscitado discusión, es la posibilidad que tiene la administración de hacer efectiva la multa por sí misma, o si requiere acudir ante la jurisdicción para que se ordene el respectivo pago. Anteriormente, en el mencionado Decreto 222 de 1983, se permitía la aplicación de la multa a los otrora denominados contratos administrativos y proscribía su aplicación en los contratos de derecho privado de la Administración, pero con la expedición de la Ley 80 estas disposiciones fueron derogadas, y en su lugar, se guardó silencio en torno a este asunto.

Frente a ese silencio, el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de junio de 1998, inicialmente sostuvo que en virtud de las prerrogativas de ejecutoriedad y ejecutividad propias de los actos administrativos, así como de los poderes de autotutela declarativa inherentes a toda autoridad pública, era jurídicamente plausible la imposición de multas por parte de la

entidad contratante (Dávila Vinueza, 2016, pág. 683). Sin embargo, más adelante esta postura fue recogida por el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de octubre de 2005, al señalar que aunque podía pactarse la cláusula de la multa, su imposición, como ejercicio de una potestad exorbitante, debía estar autorizado expresamente por la Ley, que en caso de guardar silencio sobre el particular, generaba como efecto que la administración debía acudir al juez para pretender el cobro (Dávila Vinueza, 2016, pág. 684).

Esta discusión fue zanjada definitivamente por lo señalado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, del que se concluye que la cláusula de multa o cláusula penal puede pactarse en favor de la Administración o del contratista, pero que solamente la primera tendría la potestad para imponerla de manera unilateral, siempre y cuando se respete el derecho fundamental al debido proceso.

5.4 Terminación Unilateral del Contrato BOOMT

Todo contrato estatal tiene diversas formas de terminación. Dentro de esas formas existen unas que son normales como el cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo extintivo u ocurrencia de una condición resolutoria expresamente estipulada por las partes. Sin embargo, hay otras, como la terminación unilateral, que son formas anormales, aplicable a

los contratos estatales, por disposición de la Ley 80 de 1993, que en su artículo 17⁴⁹, consagra para la parte contratante -Estado- la potestad de declarar la terminación unilateral del contrato.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio. (Escobar Gil, 2003)

La finalidad de la medida de terminación unilateral, conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es evitar traumatismos en la ejecución del objeto contractual, por tal razón su declaratoria debe ceñirse a los requisitos señalado en la disposición que se acaba de citar, pues en caso de que se declare un terminación por fuera de estos límites, se entiende que el funcionario que así hubiere obrado habrá incurrido en falta gravísima, tal y como lo señala el artículo 48-32 de la Ley 734 de 2002.

⁴⁹ ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

Por otra parte, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 24 de agosto de 2016, proferida dentro del expediente con radicado 41.783, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ha sostenido que la cláusula de terminación unilateral también puede incluirse en aquellos contratos regulados por el derecho privado, celebrados por entidades de régimen exceptuado de Ley 80, puesto que se trata de una estipulación plenamente permitida en diversos tipos contractuales reglados en el Código Civil –artículos 1882, 1983, 1984 y 2185– y en el Código de Comercio –artículos 973, 1325, 1279 y 1420–.

El Consejo de Estado ha comprendido que los contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial a que tienen derecho, pueden pactar una cláusula de esta naturaleza para dotarlo de herramientas y mecanismos jurídicos tendientes a garantizar el cumplimiento del objeto contractual, sin que esto implique que la parte que hace uso de esa cláusula pueda verse obligada a afrontar un proceso judicial en el que se determine el recurso adecuado a la cláusula.

Así las cosas, en la sentencia en comento, el Consejo de Estado señaló:

En síntesis, para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere: 1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria (Consejo de Estado, 2016).

En general, la cláusula de terminación unilateral, no puede pactarse en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, los interadministrativos, los contratos de empréstito, donación, arrendamiento, los que tengan por objeto el desarrollo de actividades comerciales o industriales de entidades que no esté enlistadas en los artículos 32 Par. 1 de Ley 80 de 1993 y 15 de Ley 1150 de 2007, así como aquellos contratos de seguro tomados por las entidades estatales o en los que el objeto contractual sea el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas (Dávila Vinueza, 2016, pág. 645).

5.5 Interpretación Unilateral del Contrato BOOMT

Así como con las demás cláusulas excepcionales, la interpretación unilateral existe con el único objetivo de “evitar la parálisis del contrato y, afectar, por ende, los intereses colectivos que con él se pretenden satisfacer” (Dávila Vinueza, 2016, pág. 632).

Debe aclararse que la interpretación unilateral del contrato estatal está supeditada al hecho que las cláusulas que son objeto de interpretación sean confusas o divergentes, o sean ambiguas y que tal situación pueda derivar en la parálisis de la ejecución del objeto contractual o que por su causa ya se haya paralizado. En tal sentido, lo ha establecido el artículo 15⁵⁰ de la Ley 80 de 1993.

⁵⁰ ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio

Como puede verse, si bien el ejercicio de la potestad se debe ceñir a una discrepancia que tenga la entidad de afectar la ejecución del contrato o la prestación de un servicio, debe resaltarse que esas situaciones en sí mismas no habilitan a la administración de obrar de esa forma, puesto que primero debe procurarse llegar a un acuerdo con el contratista, y en caso que esto no sea posible sí será procedente la interpretación unilateral.

Aunado a esto, debe señalarse que pese a reconocerse la potestad de interpretar unilateralmente el contrato, la entidad contratante se encuentra sujeta a los principios de la función pública y la contratación, y al cumplimiento de los fines estatales y la garantía de la estabilidad económica del contrato.

Respecto a las reglas de interpretación de los contratos estatales, el Consejo de Estado, ha indicado lo siguiente:

2. Las reglas de interpretación de los contratos

2.1 Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio comercial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado.

público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración.

La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales. Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C. C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).

Sin embargo es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron y es

entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C. C.), que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1621), que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (art. 1624 inc. 1º), y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624 inc. 2º).

2.2 La regla de interpretación contra el predisponente o proferentem contenida en el inciso final del artículo 1624 del Código Civil es de rancia raigambre pues se remonta al derecho romano clásico.

En efecto, Celso expresaba que “cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula” (4), opinión ésta que reiteraba Ulpiano al señalar que “cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas contra el estipulante” (5).

Téngase en cuenta que en Roma el estipulante presentaba el texto de la stipulatio y el promissor adhería a lo predispuesto, circunstancias éstas que determinaron que los jurisconsultos opinaran que las oscuridades debían interpretarse en contra de quien redactó la estipulación pues “fue libre para emplear con latitud las palabras.” (6)

Pues bien, en términos actuales y de una manera más general podríamos afirmar que las cláusulas oscuras deben interpretarse en contra de quien las redactó o predispuso porque siendo de su cuenta la confección de la cláusula se impone con más vigor en él la carga de la claridad pues así lo exige la buena fé contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información y el deber que tiene todo contratante de velar no sólo por su propio interés sino también por el interés del otro ya que el contrato cumple finalmente con una función económica y social.

Ya se comprenderá entonces que estos deberes se aquilatan cuando se trata de la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y se utilizan para ello los esquemas contractuales.

Pero por supuesto, se reitera, esta regla de interpretación que se viene comentando es de carácter subsidiario pues sólo puede acudir a ella si no es posible dilucidar en primer lugar con las otras reglas la común intención de los contratantes. (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, 2011)

5.6 Modificación Unilateral del Contrato BOOMT

En torno a la potestad de modificar unilateralmente el contrato, el artículo 16⁵¹ de la Ley 80 de 1993, estableció dicha facultad.

⁵¹ ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente

La modificación unilateral persigue los mismos fines de evitar afectaciones a la ejecución contractual y a la prestación de los servicios públicos que la interpretación unilateral, sin embargo, lo que hace procedente el recurso a esta potestad no es una discrepancia sobre el contenido o alcances de una cláusula, sino la necesidad que en ocasiones se tiene de añadir o suprimir contenido al contrato estatal, de modo que se garantice su recta ejecución.

Aunque teóricamente se ha justificado esta potestad por el hecho que la administración, para el cumplimiento de sus fines no puede quedar inexorablemente ligada al cumplimiento de un contrato cuyo clausulado resulta inconveniente para la concreción de esos fines (Marienhoff, 1966). Sin embargo, esta modificación solo puede recaer sobre aspectos que no muten el objeto y sustancia del contrato, hasta por un monto que no supere el veinte por ciento del valor inicial del contrato, y es procedente una vez no se haya contado con la anuencia del contratista para resolver asunto que dificulta la ejecución contractual.

las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

5.7 La liquidación Unilateral del contrato BOOMT

Luego que se ha terminado el contrato de manera ordinaria o extraordinaria, debe pasarse a la etapa de liquidación, bien sea que se realice directamente por la administración (unilateral), por ambas partes (bilateral) o por un pronunciamiento de un juez o un árbitro (judicial), dejando constancia que sólo la unilateral constituye una prerrogativa de la administración sobre el particular. La liquidación es una operación de ajuste técnico, económico y jurídico en la que se determina el estado final de la ejecución contractual en cuanto al cumplimiento del objeto pactado y la situación en que quedan las partes del negocio en lo relativo a las sumas de dinero adeudadas, y la definición de los plazos para cancelar lo que se deba y así poder expedir el respectivo paz y salvo (Díaz Díez, 2013).

En la liquidación se hace un corte no solamente de las cuentas pendientes entre las partes, sino del cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, en cuanto a la constitución de las garantías, el pago de seguridad social y la entrega de los bienes o servicios en las condiciones y calidades pactadas con el contratista. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, al regular esta figura, permite que en la liquidación se incluyan acuerdos o transacciones a las que hayan llegado las partes para solucionar sus diferencias en cuanto a los diferentes aspectos de la liquidación.

El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, establece para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP-, la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, cuando el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria de la entidad, o en el evento que las partes no lleguen a un acuerdo sobre las condiciones de la liquidación.

En la disposición en comento, se señala que la oportunidad para efectuar la liquidación es de dos meses siguientes al término establecido en el pliego de condiciones o en el en el contrato, y a falta de una estipulación en ese sentido, a los cuatro meses, posteriores al vencimiento del plazo del contrato o a la ejecutoria del acto que ordene su terminación. Asimismo, dispone que en el evento que la liquidación no se haga dentro de estos términos, se cuenta con un término de dos años para solicitar la liquidación por vía judicial, tiempo dentro del cual también se podrá procurar la liquidación bilateral.

Una cuestión relevante acerca de la liquidación unilateral, es su naturaleza de potestad excepcional, pues si bien no se encuentra consagrada como cláusula exorbitante en los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993, su ejercicio está autorizado directamente por la Ley, en los términos que se acaban de reseñar. Sobre este punto, Díaz Díez expresa:

Sin embargo, debe precisarse que no toda potestad exorbitante es una cláusula excepcional, y que la liquidación a pesar de no ser una cláusula excepcional es, sin duda, una potestad exorbitante, porque: (i) solo opera bajo la titularidad del Estado y no del contratista

particular, (ii) por medio de ella el ente contratante público se ubica en pie de superioridad frente al contratista, (iii) mediante él se impone el poder del Estado frente a la voluntad del contratista y porque (iv) se materializa en un acto administrativo (2013, pág. 223).

No obstante, debe advertirse que las entidades que tienen un régimen especial de contratación, no tienen la potestad de liquidar unilateralmente el contrato, puesto que la Ley 1150 solo estableció esta competencia para aquellas entidades sometidas al Estatuto General de Contratación. Por esta razón, no es jurídicamente plausible que en los reglamentos internos de contratación se consagre la potestad para la entidad de hacer liquidación unilateral de sus contratos, sino que debe ser mutuo acuerdo.

Aunado a esto, debe precisarse que la liquidación unilateral, pese a considerarse como una potestad excepcional, su ejercicio no comporta un ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, sino que se trata de un instrumento tendiente a garantizar el principio de economía, propio de la función administrativa, puesto que, a través de esta figura, lo que se pretende es que no haya demoras en la definición de los aspectos técnicos y financieros para culminar todo el proceso contractual (Escobar Henríquez, 2000).

En conclusión, si un contrato celebrado por una entidad pública, cuyo régimen contractual es regulado por el estatuto general de contratación, y dicho contrato es tipo BOOMT, cumple con las condiciones establecidas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, esto es que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y

concesión de bienes del Estado, podrán introducirse al contenido del contrato las cláusulas excepcionales contempladas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Conclusiones

- El contrato de Concesión, es una tipología contractual, originalmente concebida por la Ley 80 de 1993, cuya finalidad es la vinculación de capital privado a proyectos públicos, relacionados con la explotación de un bien del Estado, la prestación de un servicio o la ejecución, mantenimiento y usufructo de una obra, el cual actualmente deberá contratarse bajo el esquema de alianza público privada, como herramienta concebida por la Ley 1508 de 2012, que busca finalmente la eficiencia de la vinculación del capital privado a proyectos públicos, cuyas limitaciones y procedimientos de contratación, quizá no han permitido que tengan la eficiencia y eficacia esperada por el Gobierno nacional y los Gobiernos locales, dados sus límites, básicamente en torno al valor, al plazo y la restricción de la competencia de algunas entidades estatales.

- A su vez las APP, fueron creadas bajo unos límites demasiado estrictos, que a nuestro modo de ver, limitan flagrantemente la vinculación del capital privado, y la ejecución de proyectos que no necesariamente sean proyectos de infraestructura.

Es así como observamos frente al plazo de los contratos de alianza público privada, que a un término máximo de treinta (30) años, limitando incluso la posibilidad de ejecución de contratos atípicos especie del contrato de concesión como es el BOOMT, en el derecho comparado se han ejecutado con un plazo mayor.

Igualmente, respecto al valor, la norma estableció un límite respecto al monto de la inversión, consistente en la suma de seis mil (6.000) SMMLV.

Y respecto a la competencia, la última modificación, extraída de la Ley 1882 de 2018, estableció que las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sus asimiladas, no podrán contratar bajo el esquema de alianza público privada.

- El contrato de Concesión, como una de las tipologías contractuales establecidas en la ley 80 de 1993, puede considerarse como género de la especie contrato BOOMT, toda vez que su finalidad, en la prestación de servicios público o explotación de bienes del Estado, sus características de a) de tracto sucesivo, b) in tuito personae, c) solemne, d) típicamente estatal, e) contemplar en su objeto la provisión de bienes y/o servicios públicos, f) se ejecuta por cuenta y riesgo del concesionario con la supervisión por parte del Estado, g) los usuarios que se benefician de la provisión de los bienes y/o servicios públicos son los que se remuneran al concesionario y h) tienen implícita la cláusula de reversión; pueden considerarse como características esenciales de esta última tipología enunciada BOOMT, solo diferenciándose en su esquema de financiación.

- Frente a los contratos BOT a BOOMT, es necesario recordar que, en el pasado la mayoría de los proyectos ejecutados por el Estado se realizaban con recursos propios,

posteriormente, con el surgimiento de grandes contratistas y la necesidad de contar con el privado, aparecen estas figuras contractuales, que permiten la ejecución de proyectos, compartiendo como característica común en estos contratos el otorga al operador los derechos a largo plazo de usar todos los activos de la empresa de servicio público, incluyendo la responsabilidad de todas las operaciones e inversiones.

- Un contrato BOOMT, es un acuerdo de voluntades para la financiación y ejecución de un proyecto, que a su vez garantiza viabilidad y rentabilidad en el tiempo. Las siglas BOOMT, más que una estructura económica, son las obligaciones que permitirán alcanzar el objetivo esperado por las partes intervinientes. Por lo tanto, su naturaleza de contrato y su estructura económica son inescindibles. Pese a que esta estructura no es exclusiva del sector público, sí es el sector más beneficiado con su uso, puesto que ha obtenido recursos del sector privado para la ejecución de grandes obras de infraestructura, que le retornan al Estado como un activo, sin necesidad de incurrir en grandes costos o endeudamiento a costa del erario.

- No obstante lo anterior, y lo prometedor que parece ser el uso de figuras internacionales para el desarrollo de un país como Colombia, no existe un desarrollo normativo, jurisprudencial o doctrinal, que sirva de referente, específicamente para la aplicación de modelos de financiación, lo cual evidencia carencias en el estudio y análisis de alternativas contractuales que pueden beneficiar el desarrollo y competitividad del país, en un mundo cada vez más competitivo y ante un mercado globalizado.

- El contrato BOOMT, ha permitido a varios países en el mundo desarrollar grandes infraestructuras en beneficio de la comunidad, son una clara muestra de lo provechoso que puede llegar a ser la implementación de modelos jurídico- económicos complejos entre el Estado e inversionistas privados.

- Una característica indispensable a la hora de estructurar el contrato BOOMT, es el modelo financiero que busca garantizar el beneficio de las partes, en este elemento participan múltiples actores, los contratos involucran, en efecto, a los promotores del proyecto, a la sociedad que se hará cargo de su ejecución y explotación, a las entidades financieras que aportarán los fondos necesarios para su desarrollo, a los asesores externos que darán su opinión sobre la viabilidad del proyecto y, finalmente, al Estado, que actúa como comitente de la obra.

- El modelo de financiación en la estructuración de los contratos BOOMT, impacta indirectamente el plazo del contrato. Es decir, la financiación y retribución del contratista estarán íntimamente relacionados con el plazo de ejecución del contrato en sus distintas etapas; es decir, no sólo en la construcción, sino también en la operación del mismo. Hasta que se logre la ecuación financiera, circunscrito a la vida útil del proyecto. En este sentido, el límite máximo es el tiempo que se espera que el proyecto genere flujo de caja suficiente.

- Dentro del contrato BOOMT, una vez definida la estructura financiera del proyecto, se suscribe el contrato entre el titular del proyecto y el *Proyecto Compañía*

(SPV – Vehículo de propósito especial). Paralelamente, es fundamental, que a su vez se estructure el negocio mediante el cual el “Sponsor” o inversionista, perfeccione su obligación a través del *Proyecto Compañía* (SPV – Vehículo de propósito especial) y con ello el titular del derecho tenga garantizado el cumplimiento de lo contratado.

- El contrato BOOMT, tiene como particularidad que una sola parte, en este caso el SPV, se obliga a la financiación, construcción, operación y mantenimiento durante el término de duración del plazo y hasta la transferencia de la infraestructura construida al Estado, si es este el caso particular.
- En los contratos BOOMT, debe contar con una asignación eficiente de riesgos entre el sector privado (SPV) y el Estado a través de contratos que establecen los criterios de participación y las responsabilidades para cada una de las partes involucradas en el desarrollo de proyectos que contemplan un activo público. En estas colaboraciones, que duran varios años, el SPV, juega un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de una infraestructura, o en el desarrollo de un servicio, participando, de un modo u otro, en la financiación del proyecto.
- Frente al caso chileno, podríamos concluir que, las Concesiones de Obras Públicas se hicieron presente más que por elección, por necesidad. Teniendo en cuenta la época histórica, además de una realidad social, económica y de infraestructura que se vivía este país a fines de la década del 80’ y comienzos de la del 90’, el mecanismo de las Concesiones de Obras Públicas surgió como la mejor respuesta o la mejor reacción posible frente a un importante déficit en materia de infraestructura, caso muy parecido al Colombiano.

- Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, independiente de su régimen jurídico, están facultadas para contratar bajo un régimen mixto, el cual les da una versatilidad y maniobrabilidad que les permite competir con el sector público o privado a nivel nacional o internacional, así las cosas, son las que más frecuentar la ejecución de contratos BOOMT, necesarios para ejecutar contratos de largo aliento, como es el caso puntual de la hidroeléctrica Ituango, que actualmente se encuentra bajo ejecución por parte de Empresas Públicas de Medellín, bajo la modalidad atípica señalada, es decir BOOMT.

- Lo anterior, hace evidente que el contrato atípico ha estado presente en el derecho administrativo aún antes de la ley 80 de 1993, pues es claro que la necesidad y la importancia de este tipo de contratos llevan a evitar que la administración pública permanezca estática frente a los nuevos cambios económicos, tecnológicos y sociales que demanda la creación de nuevas relaciones contractuales.

- Es decir, hoy en día, bajo el ordenamiento jurídico contractual que rige tanto para las Entidades Estatales que aplican la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 como para las que aplican el régimen de contratación privado pueden acudir a su autonomía de la voluntad para adelantar y suscribir contratos como el BOOMT siempre y cuando su objeto responda a los límites antes mencionados.

- Si un contrato celebrado por una entidad pública, cuyo régimen contractual es regulado por el estatuto general de contratación, y dicho contrato es tipo BOOMT, cumple con las

condiciones establecidas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, esto es que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, podrán introducirse al contenido del contrato las cláusulas excepcionales contempladas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Bibliografía

- ALBÚJAR CRUZ, A. (2010). *El Project Finance: una tecnica para viabilizar proyectos de infraestructura*. Lima: Universidad ESAN.
- ARRUBLA, P. A. (2006). *Contratos Mercantiles Contratos Atípicos*. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (4 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia.
- BANCO DE DESARROLLO DE AMERICA LATINA . (Junio de 2012). *Asociación Público privada en America Latina*. Obtenido de
File:///D:/Downloads/ASOCIACION%20PUBLICO%20PRIVADA%20CAF%20AMERICA%20LATINA.pdf
- BANCO MUNDIAL. (15 de 06 de 2007). *Wordbank.org*. Obtenido de <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/water-sanitation/concessions-and-bots>
- BIANCA, C. M. (2007). *Derecho civil, 3 el contrato, traductores Fernando Hinestrosa, Édgar Cortés*. (Vol. Segunda Edición). Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- BIGLIAZZI GERI, L. (1992). *ET AL Derecho civil, hechos y actos jurídicos, tomo I volumen 2, traductor Fernando Hinestrosa*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- BREALEY, R. C. (1997). *Project finance para financiar*. I. A., & HABIB, M. A. Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad.
- BULL, A. (Septiembre de 2012). “*Concesiones viales en América Latina: situación actual y perspectivas*”, *Santiago de Chile*. Obtenido de <https://www.cepal.org/es/publicaciones/6444-concesiones-viales-america-latina-situacion-actual-perspectivas>
- CALVET, M. (22 al 27 de Junio de 1996). Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia. *En seminario: Concesiones en Infraestructura*. . Bogotá D.C., Colombia: Ministerio de Hacienda, Corporación Andina de Fomento y Coinvertir.
- Caribe, C. E. (2017). *Cepal.org*. Obtenido de
https://www.cepal.org/deype/noticias/noticias/4/13354/cr_bcentral.pdf
- CASTAÑO PARRA, D. (2011). *La Concesión: Pasado y Presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CÓDIGO CIVIL. (2011). Bogotá: Legis.

- CODIGO DE COMERCIO. (1971). Bogota: Temis.
- COLOMBIA LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías (TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO 26 de agosto de 2001).
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Fondo Monetario Internacional, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Naciones Unidas, Banco Mundial. (1993). *Sistema de cuentas nacionales*. Nueva York: Naciones Unidas.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE CEPAL. (2003). *Concesiones para financiar y operar infraestructura pública por parte del sector privado*. Uruguay.
- COMISIÓN EUROPEA. (2004). “El Libro Verde sobre PPP”. “*El Libro Verde sobre PPP*”.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2013). *Ley 1682*. por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (28 de Diciembre de 1992). *Ley 30*. *Por la cual se organiza el servicio público de educación superior*. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (29 de Diciembre de 1992). *Ley 32*. *Por la cual se dictan normas a las que deberá ajustarse el Banco de la República*. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (23 de Diciembre de 1993). *Ley 100*. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (28 de Octubre de 1993). *Ley 80*. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (11 de Julio de 1994). *Ley 142*. *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (29 de Diciembre de 1998). *Ley 489*. *por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (16 de Julio de 2007). *Ley 1150*. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá, Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (10 de Enero de 2012). Ley 1508. *Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.* Colombia.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. (17 de Febrero de 2017). Gaceta Congreso. Bogota DC, Colombia : Secretaria del Senado.

CONGRESO DE LA REPUBLICA. (10 de Junio de 2018). Gaceta del Congreso Nro 75. Bogota DC, Colombia: Secretaria General del Senado .

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (26 de Diciembre de 1892). *LEY 104 DE 1892.* Bogotá D.C., Colombia.

CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (14 de DICIEMBRE de 2009). MODIFICA LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS Y OTRAS. SANTIAGO DE CHILE , CHILE : CONGRESO NACIONAL DE CHILE.

CONSEJO DE ESTADO, Exp. 20.738 (M.P. Enrique Gil Botero 22 de Octubre de 2012).

CONSEJO DE ESTADO, Radicado 22.221 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 18 de julio de 2012).

CONSEJO DE ESTADO, Exp. 41.783 (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 24 de agosto de 2016).

CONSEJO DE ESTADO, 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783) (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA 24 de Agosto de 2016).

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, 76001233100019990262201 (24996) (Mauricio Fajardo Gómez. 13 de Febrero de 2013).

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, 18.762 (JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA 7 de JULIO de 2011).

Córdoba Acosta, A. P. (2014). *El derecho de las Sociedades y el Gobierno de la Sociedad Anónima.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL, C-1194/08 (JAIME ARAÚJO RENTERÍA, 4 de Octubre de 2008).

CORTE CONSTITUCIONAL . C-230/95 (JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, 1995)

CORTE CONSTITUCIONAL , C- 727 DE 2000 (Pedro Alfonso Hernández M. 24 de JUNIO de 2000).

CORTE CONSTITUCIONAL, C- 374 DE 1994 (JORGE ARANGO MEJÍA 25 de AGOSTO de 1994).

CORTE CONSTITUCIONAL. T-024. Bogotá, Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL, C- 953 DE 1999 (ALFREDO BELTRÁN SIERRA 1 de DICIEMBRE de 1999).

- CORTE CONSTITUCIONAL, C1514 de 2000 (MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, 8 de Noviembre de 2000).
- CORTE CONSTITUCIONAL. C-949 de 2001 (EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, 2001)
- CORTE CONSTITUCIONAL, C-1153 de 2008 (MARCO GERARDO MONROY CABRA, 26 de noviembre de 2008).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1 de Junio de 1952). sentencia de junio 1º de 1952, T. LXXII, 503; . Bogota D.C. , Colombia .
- DÁVILA VINUEZA, L. G. (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- De la Riva, I. (2017). *Universidad Externado de Colombia* . Obtenido de Revista digital de Derecho Administrativo : <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4835/5698>
- De Laubedere, A. (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- DELMON, J. (2000). *BOO/BOT Projects, A Commercial and Contractual Guide*. . London UK: Sweet & Maxwell. .
- DELMON, J. (2000). *BOO/BOT Projects, A Commercial and Contractual Guide*. . London: Sweet & Maxwell. .
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN . (2001). *política para el manejo del riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura* . Bogotá D.C.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN . (29 de septiembre de 2009). CONPES 3615. Bogotá D.C.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. (3 de Abril de 2001). CONPES 3107. *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos*. Bogota, Colombia.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. (3 de Septiembre de 2001). CONPES 3133. *MODIFICACIONES A LA POLITICA DE MANEJO DE RIESGO*. Bogota D.C., Colombia
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (2011). *Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*. Bogotá D.C.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (1 de Diciembre de 2011). Documento Conpes 3714. *DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN*. Bogota, Colombia.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (20 de agosto de 2013). CONPES 3760. Bogotá D.C.

- DEVLIN, R., & MOGUILLANSKY, G. (2009). *Alianzas público Privadas: Para una nueva visión estratégica del desarrollo*. New York: Secretaria General Iberoamericana, Naciones Unidas.
- DÍAZ DÍEZ, C. (2013). *La liquidación*. Medellín: Editorial Jurídica Sánchez.
- Diccionario Real Academia de la Lengua . (28 de Agosto de 2018). *Real Academia Española* . Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI>
- DIMITRI N., P. G. (Cambridge University Press). *Handbook of Procurement*. New York: Cambridge University Press.
- DUGUIT, L. (1975). *Las Transformaciones del Derecho, público y privado*. Buenos Aires, Argentina : Heliasta S.R.L.
- ESCOBAR GIL, R. (2003). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá D.C.: Legis.
- ESCOBAR GIL, R. (2005). *La Transformación Jurídica del Contrato Administrativo*. Bogota: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- ESCOBAR HENRÍQUEZ, Á. (2000). *El contrato estatal de obra. Descripción, cláusulas, comentarios, críticas*. Bogotá: Gustavo Ibañez Ltda.
- Estudio corporación andina de fomento –. (2011). “financiamiento de las infraestructuras”.
- FINNERTY, J. D. (1996.). *Project Financing, Asset-Based Financial Engineering*. . London UK: John Wiley & Sons Inc. .
- GALGANO, Franceso. . (1992). *El negocio jurídico*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- GARCIA GARRIDO, M. J. (2001). *derecho privado romano*. España: ediciones academicas s.a.
- GARCIA OVIEDO, C. y. (1968). *Derecho administrativo* . Madrid: E.I.S.A.
- GATTI, S. (2013). *Project Finance in the theory and practice*. California, USA: Elsevier inc.
- GOBIERNO NACIONAL REPÚBLICA DE COLOMBIA . (2015). *Decreto 1082*. Bogotá D.C.
- GOBIERNO NACIONAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1976). *Decreto Extraordinario 150 de 1976*. Bogotá D.C.
- GOBIERNO NACIONAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1983). *Decreto Ley 222 de 1983*. Bogotá D.C.
- GOBIERNO NANCIOAL DE COLOMBIA. (2011). *Decreto 4170*. Bogotá D.C.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2006). Contrato de colaboración público privada. (C. d. Constitucionales, Ed.) *Revista de Administración Pública*, 7-39.
- HEROS & MARIN, j. c. (2017). Una Revisión al Project Finance. *Círculo de Derecho Administrativo*, 146.

- HERZ, R. (20 de Abril de 1996). Financiamiento de Proyectos de Infraestructura a través del Mercado de Capitales. *Financiamiento de Proyectos de Infraestructura a través del Mercado de Capitales. Misión de Estudio del Mercado de Capitales, Memorias Seminario "Project Finance"*. Bogota D.C., Colombia: Universidad de los Andes 1998 pg 57.
- HOFFMAN, S. L. (2001). *The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants*. Transnational Publishers, Inc.
- Iglesias redondo, j. (2004). *Derecho Romano*. Buenos aires: Ariel.
- LAUDO ARBITRAL , Tribunal de Arbitraje Concreto s.a., Soletanche bachy cimac s.a. y creusement et soutènement mécanisé bessac, sucursal Colombia contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P (TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO 18 de agosto de 2011).
- MARIENHOFF, M. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- MARÍN CORTÉS, F. G. (2008). *Público y Privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá: Temis.
- MARÍN CORTÉS, F. G. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.
- MARZORATI, O. (2003, p. 324). *Derecho de los negocios internacionales TomoII*. Buenos Aires: Astrea.
- MATALLANA, C. E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Mayer, O. (1954). *Derecho administrativo Aleman tomo IV*. BUENOS AIRES: ARAYÚ.
- MEJÍA, N. L. (2007). La emisión de bonos en Colombia. Medellín, Colombia: Uniiversidad Eafit .
- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITOPÚBLICO. (15 de Julio de 2010). Decreto 2555 de 2010. Bogota D.C., Colombia.
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS -MOP-. (Junio de 2003). *MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS*. Obtenido de <https://www.mop.cl/Paginas/default.aspx>
- MOISÁ, B. (2005). *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*. Buenos Aires, Argentina: Zavalía.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2004). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: thompson.
- MUTIS VANEGAS, A. y. (2000). *"La contratación estatal: análisis y perspectivas"*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

- MUTIS VANEGAS, Andres; Quintero Múnera, Andrés. (2001). La Contratación estatal: análisis y perspectivas. En A. Mutis Vanegas, & A. Quintero Múnera, *La Contratación estatal: análisis y perspectivas*. (pág. 157). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- NARBONA, V. H. (2009). *Ensayo: Contratos BOT y Transparencia.p.12. (en línea)*. Obtenido de [www.offnews.info: <http://www.offnews.info/downloads/contratos_bot.pdf>](http://www.offnews.info/downloads/contratos_bot.pdf).
- NARVAEZ, J. I. (1996). *Teoría General de las sociedades*. Bogota D.C.: Doctrina y Ley, Septima Edición .
- NEVITT, P. K. (1983). *Project Financing, cuarta Edición*. London: Eurominey.
- OBSERVATORIO LEGISLATIVO. (2012). Asociaciones público privadas Ley 1508 de 2012 . Bogotá D.C.
- OSORIO MORENO, N. D. (2013). Las Cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? *Revista Digital de Derecho Administrativo Nro 10*, 95-108.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G. (1998). *Teoría General del negocio Jurídico*. Bogotá D.C.: TEMIS.
- PALACIO HINCAPIÉ, J. A. (2005). *Contratación de las Entidades Estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.
- PALACIOS MEJÍA, H. (2000). *La concesión y la teoría económica de los contratos*. *Revista de Derecho público, No 11*. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana.
- PARRA GUTIÉRREZ, W. R. (1998). *Los Contratos estatales: jurisprudencia, doctrina, comentarios, legislación*. Librería del Profesional.
- PATRICIA., M. B. (julio de 2010). Rev.ing ISSN 0121-4993. *Revista de Ingeniería Universidad de los Andes*, 97.
- PHILIP, W. (1998). Project Finance, Subordinated Debt and State Loans. *Sweet & Maxwell*, 3.
- PINO RICCI, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RODRIGUEZ, R. L. (2007). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá D.C.: TEMIS.
- ROJAS, G. (1972). *El Espíritu del Derecho Administrativo*. Bogota: Temis.
- RUFÍAN LIZANA, D. (1999). *Manual de Concesiones de Obras Públicas. Fondo de Cultura Económica*,. Santiago.
- RUFÍAN, L. D. (1999). *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. . Santiago: Chile.
- RUIZ, B. (2013). *Estructura del estado Colombiano y de la Administración pública nacional*. Bogotá: Legis.

- SEPÚLVEDA FIGUEROA, B. J. (2014). Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012. Tunja: Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.
- SILVA, C. E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOLANO, S. J. (1994). *Derecho procesal Contencioso Administrativo*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- SUPERFINANCIERA. (2005). *superfinanciera.gov.co*. Obtenido de <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Jurisprudencia2005/patrimonioautonomofiduciamera022.htm>
- SUPERFINANCIERA. (28 de Diciembre de 2011). *superfinanciera*. Obtenido de *superfinanciera*: www.superfinanciera.gov.co/SFCant/ConsumidorFinanciero/califideriesgo.htm
- TABARES LÓPEZ, C. (2015). ¿LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA: UN NUEVO NOMBRE PARA UN VIEJO MODELO DE CONTRATACIÓN? Medellín.: Trabajo de grado para optar por el título de especialista en Derecho Administrativo. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho.
- TINSLEY, R. (1996). *Project Finance, Introduction and glossary*. Londres: Publications PLC.
- UNIVERSIDAD BARCELONA. (Junio de 2017). *OBS Business School*. Obtenido de OBS Business School: <https://www.obs-edu.com/int/blog-project-management/construccion/fases-proyectos-construccion-las-6-etapas-que-te-conducen-al-exito>
- URUETA ROJAS Juan Manuel. (2010). *El Contrato de Concesión de Obras Públicas Project Finance y Partenariado Público – Privado*. Bogotá D.C.: Segunda Edición. Grupo editorial Ibañez. 010.
- VINAZCO, R. D. (2006). *Project Finance y emisión de títulos*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- VON TUHR, A. (1934). *tratado de las obligaciones, traducción W. Roces*, . Madrid : Reus.
- WAYMAN, R. (Febrero de 2002). *Off Balance Sheet Entities: The Good, The Bad and the Ugly*, [Online], Available:.. Obtenido de <http://www.researchstock.com>
- WOOD, P. (2008). *Law and Practice of International Finance*. United Kingdom: Sweet & Maxwell.
- YÁÑEZ, B. R. (Noviembre de 2006). *Concesiones de Obras Públicas: Reformulación del Modelo y Riesgo Politico*. Obtenido de http://www.institutolibertad.cl/ie_163_concesiones.pdf.
- YESCOMBE, E. (2002). *Principles Of Projet Finance* . London U.K. : Academic press.