

PROGRAMA DE EDUCACIÓN FINANCIERA

APRENDE FÁCIL

Las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado

CARTILLA ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS (APP)

La presente Cartilla es una publicación introductoria al régimen general de las Asociaciones Público Privadas y la contribución del negocio fiduciario en dicho esquema, sin comprometer la posición de la Asociación de Fiduciarias en aspectos jurídicos ni en la interpretación de las normas o la suficiencia o actualización de los diversos aspectos normativos, reglamentarios o de trámite sobre el asunto.



LA FIDUCIA: UNA HERRAMIENTA EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

ÍNDICE

- 1 Introducción
- 2 Razones para acudir a la fiducia en la gestión de Asociaciones Público Privadas.
- 3 Esquemas con participación del instrumento fiduciario para los fines de los proyectos.
- 4 Marco general de las Asociaciones Público Privadas
- 5 Del contrato de fiducia mercantil y el patrimonio autónomo
- 6 Consideraciones finales

INTRODUCCIÓN



En la gestión de proyectos o negocios el instrumento fiduciario se erige como una herramienta para contribuir al logro de los fines que se establezcan en los correspondientes contratos.

En momentos en que Colombia propende alcanzar mayores niveles de inversión y desarrollo a partir de Asociaciones Público Privadas, APP, la fiducia mercantil ofrece la aptitud necesaria para servir los objetivos de proyectos de potenciales inversionistas o empresarios y facilitar la realización de una actividad u operación.

El objetivo de la presente Guía se fundamenta en las propiedades y ventajas que ofrece el mecanismo Fiduciario para lo cual:

- Se exponen las razones que justifican acudir al instrumento fiduciario.
- Se describen los esquemas fiduciarios con participación del instrumento fiduciario para los propósitos de las Asociaciones Público Privadas.

- Se desarrolla el marco regulatorio de las Asociaciones Público Privadas.
- Se señalan los antecedentes y parámetros de las Asociaciones Público Privadas, APPs, recientemente reguladas.
- Se introducen las nociones sobre la fiducia mercantil y el patrimonio autónomo.

En función de los anotados objetivos, se ofrece en el presente documento elementos informativos de interés para los inversionistas, promotores y gestores de proyectos, así como para las autoridades del nivel central y territorial, en materia del alcance y naturaleza de la herramienta fiduciaria al servicio de las Asociaciones Público Privadas, en el marco de su reciente legislación.

1

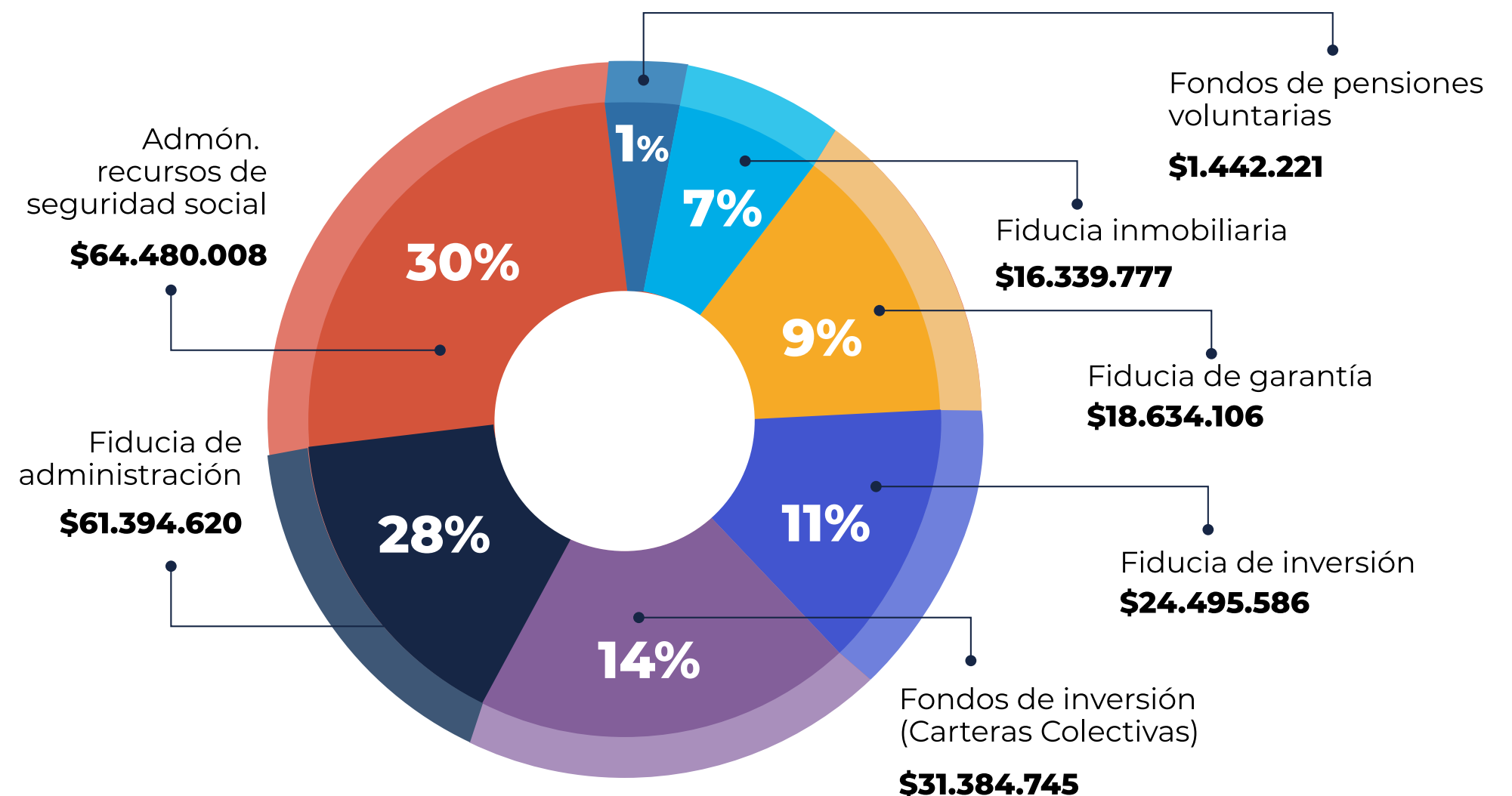
RAZONES PARA ACUDIR AL INSTRUMENTO FIDUCIARIO EN LA GESTIÓN DE INICIATIVAS PÚBLICO PRIVADAS.

El Contrato de Fiducia se ha caracterizado por constituir una herramienta eficiente en el desarrollo de diversas actividades, en la medida en que atiende necesidades específicas de quienes emprenden o gestionan un proyecto.

La posibilidad de contar con un instrumento que contribuya a la convergencia de los intereses del Estado y de los particulares en torno a la realización de una Asociación Pública Privada de iniciativa privada o pública, es conveniente a los propósitos de beneficiarios,

acreedores, inversionistas, proveedores, contratistas o clientes y aun de las autoridades de control, entre otras virtudes por las condiciones de manejo independiente que lo caracterizan, dado que debe individualizarse patrimonialmente el manejo de recursos y los correspondientes registros contables.

Adicionalmente, esta herramienta posibilita esquemas de garantías y fuentes de pago que permiten la búsqueda de financiación con el sector financiero o en el mercado de capitales.



Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia – Al mes de Julio de 2012 el sector Fiduciario administraba un total de \$218 billones en activos fideicomitidos en 16.599 negocios.

En consecuencia, se identifican las siguientes razones, entre otras, para acudir al instrumento fiduciario como apoyo en los asuntos de interés de actores particulares o públicos:

- a.** La flexibilidad del vehículo fiduciario, la cual permite que se recojan dentro de sus acuerdos contractuales los propósitos de los diferentes intervinientes, y su cohesión hacia una finalidad común en una gestión empresarial, fuera de las rígidas estructuras de una sociedad.
- b.** La obligación de la fiduciaria de actuar como vocera en defensa de los activos e intereses del Patrimonio Autónomo.
- c.** Las ventajas de orden legal que ofrece la posibilidad de configurar un patrimonio autónomo, a través del cual se gestionan las actuaciones tendientes a la administración de los bienes y la prestación de los servicios necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos.
- d.** La separación patrimonial de los bienes del fideicomiso de los propios del fideicomitente y de la fiduciaria, y de los de otros clientes.
- e.** Los recursos entregados al patrimonio autónomo no pueden ser embargados, salvo excepción

muy concreta establecida en el inciso 1º del artículo 1238 del código de comercio, precisada por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de enero de 2010, cuando existan acreencias anteriores a la constitución del fideicomiso y con ello se haya causado un perjuicio.

- f.** El fideicomiso puede tener diversos objetivos, tales como servir de mecanismo de garantía, fuente de pago, administración, inversión, recaudo para la atención de obligaciones, administración o pagos.
- g.** Se puede establecer en los contratos una prelación de pagos a cargo del fideicomiso tales como, impuestos, gastos de operación, servicios de la deuda, excedentes, etc.
- h.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012, en las Asociaciones Público Privadas, APPs, todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto, se integran en un patrimonio autónomo que se constituye por lo tanto en centro de imputación contable.



2

ESQUEMAS CON PARTICIPACIÓN DEL INSTRUMENTO FIDUCIARIO Y DE LOS FONDOS DE CAPITAL PRIVADO A LOS FINES DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN O INFRAESTRUCTURA

Son múltiples las finalidades que la fiducia puede tener entorno a la conformación de una Asociación Público Privada. En efecto, adicionalmente a la administración del patrimonio autónomo dispuesto como una exigencia por la Ley para las Asociaciones Público Privadas, el Fideicomitente (inversionista o promotor de un proyecto), puede encomendar a la Sociedad Fiduciaria la gestión que se requiera para determinados propósitos, tal como se aprecia en los siguientes esquemas:

La Ley 1508 de 2012 mediante la cual se establece el régimen de las Asociaciones Público Privadas, dispuso que los recursos públicos y todos los que se manejen en el proyecto, deberán administrarse a

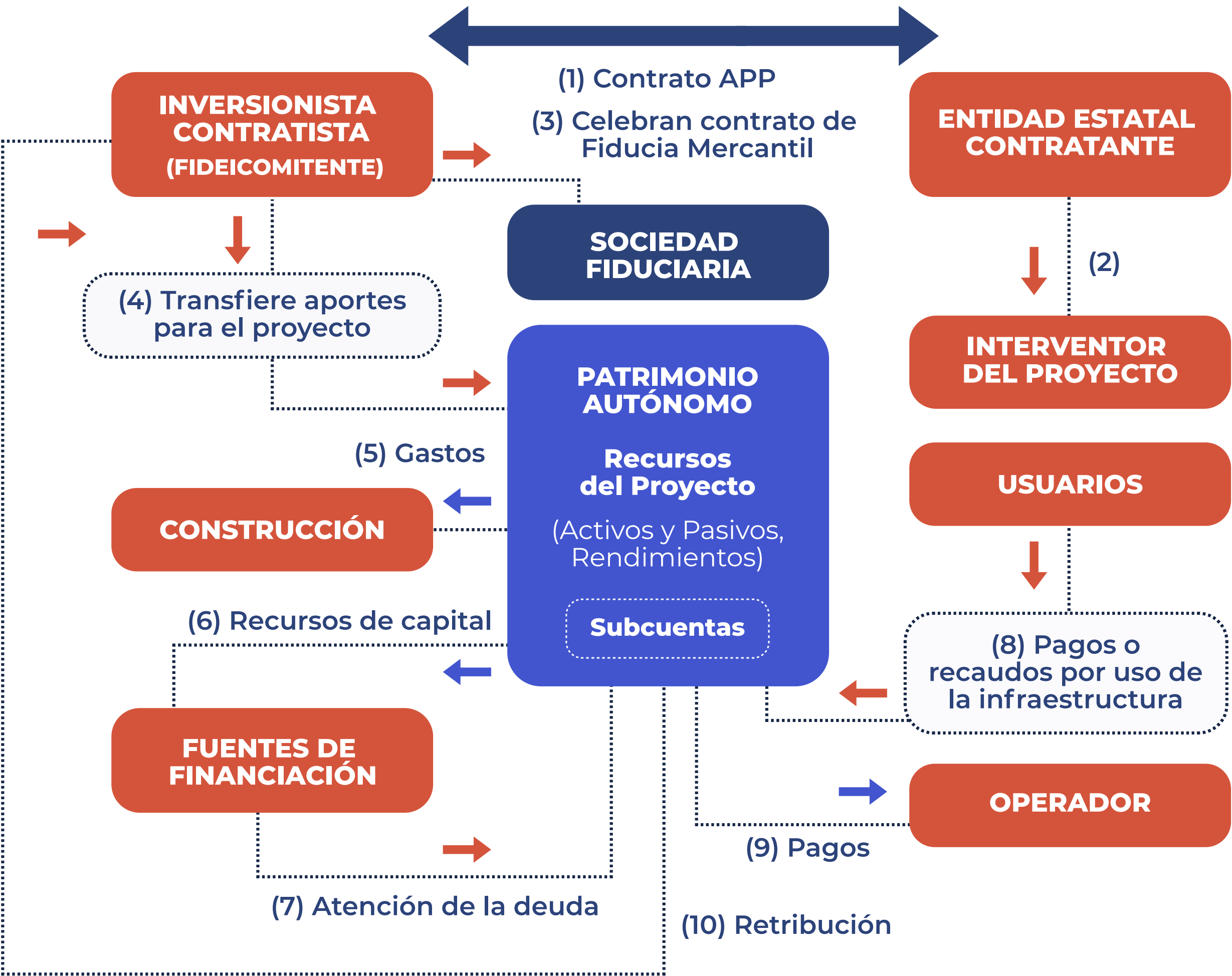
través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto¹.

Quien constituye la Fiducia es la persona natural o jurídica que celebra el correspondiente contrato de fiducia mercantil sobre la base de lo que establezca el contrato estatal que regula la Asociación Pública Privada, APPs. Por lo anterior, el citado contrato de Fiducia se rige por las disposiciones del Código de Comercio y por las reglas del propio contrato y no requiere de licitación por no tratarse de contrato celebrado con una Entidad Estatal del nivel central o territorial.



¹ Artículo 24 de la Ley 1508 de 2012

Gráfico 1. Estructura General de APP

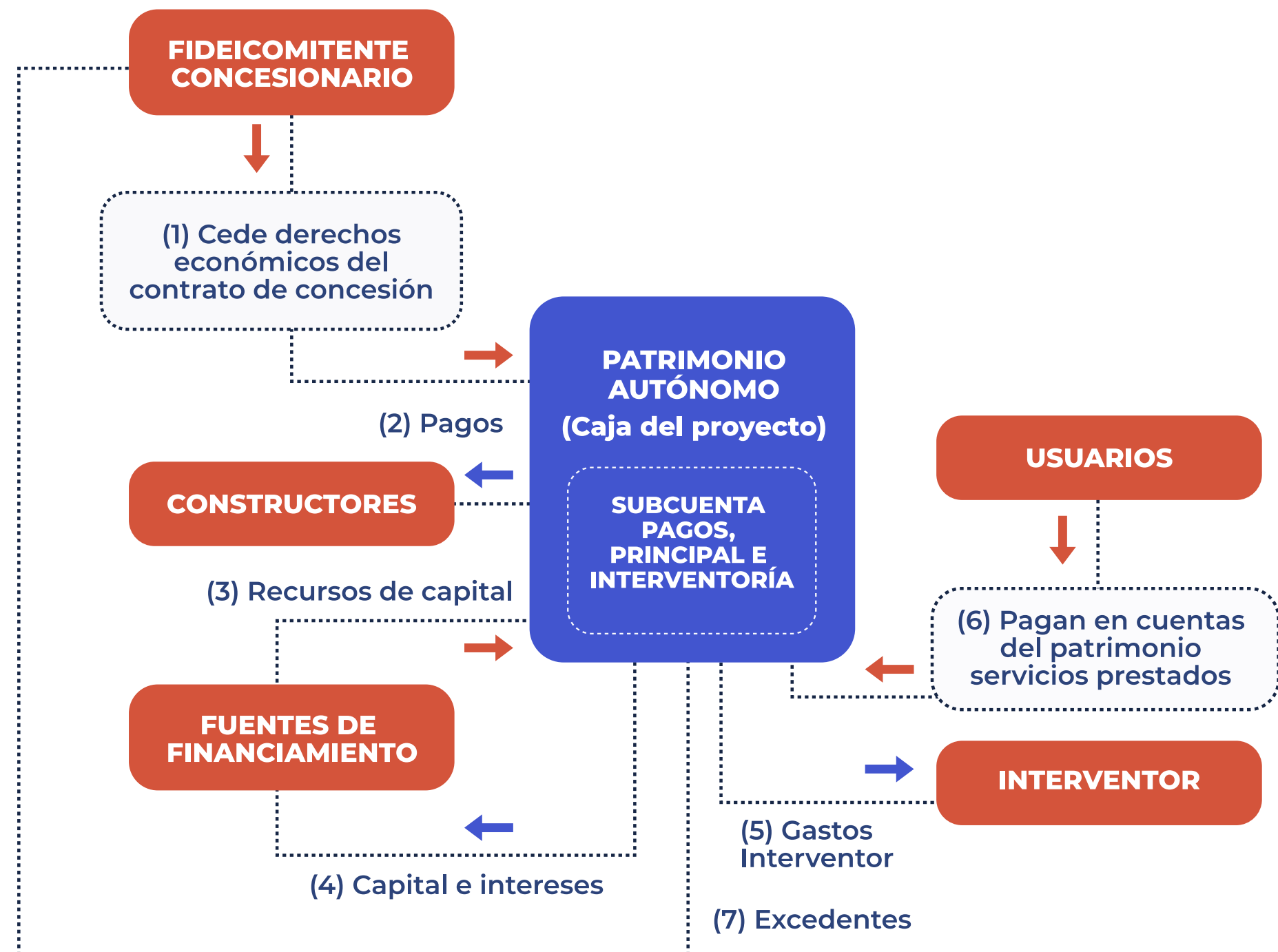


Esquema fiduciario para la administración en proyectos de infraestructura concesionados.

En el marco de un contrato de concesión tradicional, los recursos involucrados en el desarrollo de un proyecto pueden ser administrados a través de una Fiducia y al mismo tiempo, servir de fuente de pago y de garantía que respalde los mecanismos utilizados para la financiación del proyecto.

En este esquema lo usual es que el Concesionario le ceda al Patrimonio Autónomo los derechos económicos derivados del contrato de Concesión, y se le transfieran los recursos tanto de deuda como del aporte del concesionario (equity) con destino al proyecto, de forma que en el fideicomiso se administre la “caja” del proyecto, asegurándose así la adecuada canalización de los recursos hacia el desarrollo del mismo. Bajo esta modalidad, se configura la garantía y fuente de pago a favor de los acreedores financieros, de ser esta la finalidad que buscan las partes.

Gráfico 2. Estructura General de Concesión



Tiene la ventaja de poderse organizar el fideicomiso bajo un manejo separado de subcuentas, según la destinación específica de los diferentes recursos asociados al proyecto (recursos de deuda, equity, recaudos, remuneraciones, aportes de la Nación, o de distintos interesados o agentes etc.). En estos fideicomisos pueden coexistir

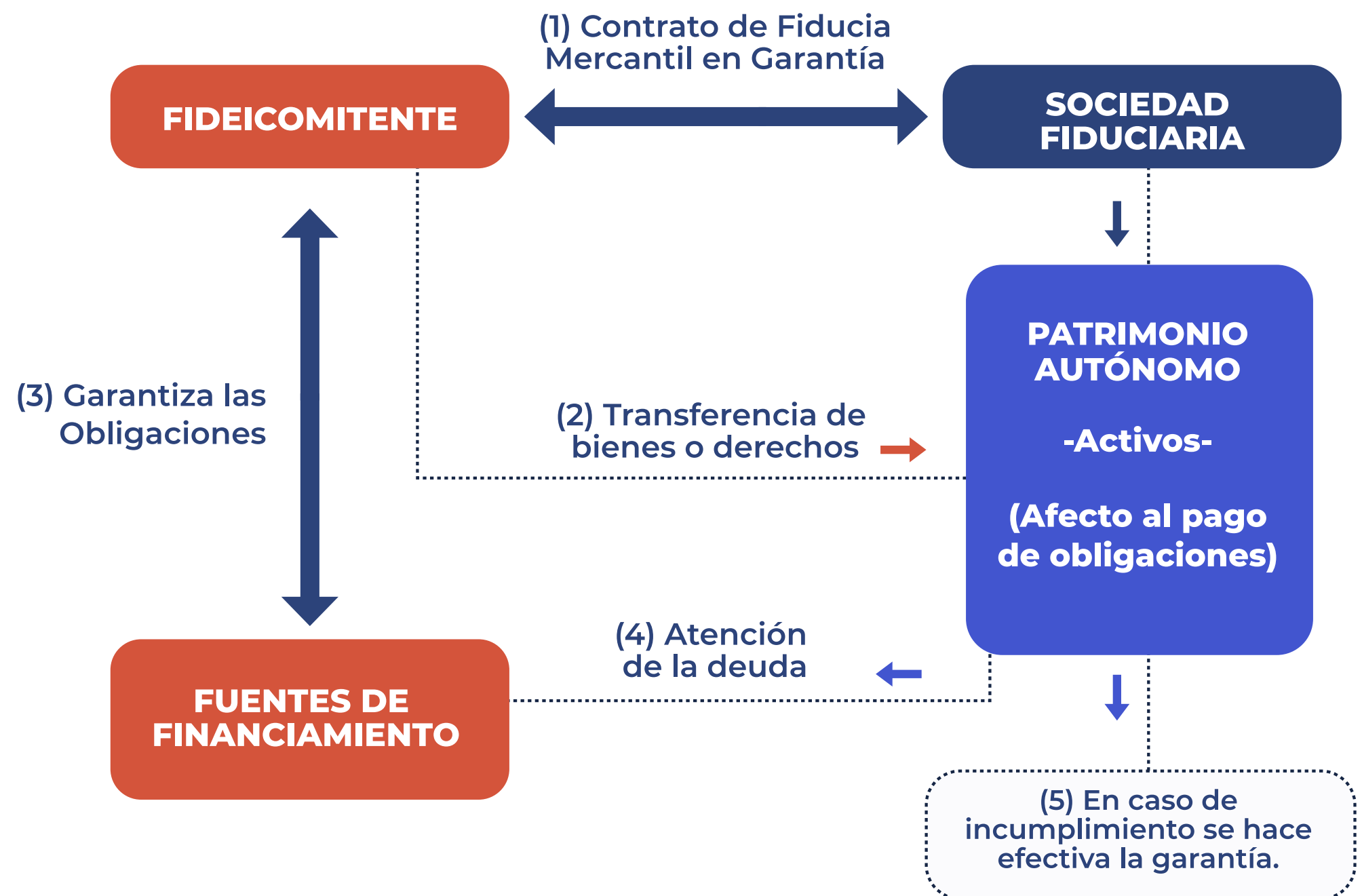
recursos del fideicomitente y aportes del Estado, para fines del proyecto, al igual que para otro tipo de propósitos, cuando el contrato de concesión así lo considera (ejemplo, recursos estatales para compra de predios mantenimiento de las vías, pago de licencias ambientales, para citar algunos de los propósitos).

Esquema de fiducia en garantía y fuente de pago

El Fideicomitente puede garantizar los créditos que requiera para sus compromisos frente a un proyecto de Asociación Pública Privada, constituyendo exclusivamente una fiducia en garantía, mediante la transferencia a un patrimonio autónomo de la propiedad de bienes o derechos derivados de un contrato, o el direccionamiento de flujos de caja o derechos económicos, los cuales quedan afectos a los fines de garantía de las operaciones de crédito a favor de uno o varios acreedores.

La fiducia en garantía implica que en caso de incumplimiento se ejecute la misma, de manera que el acreedor podrá solicitar que con el producto de la venta o de los derechos económicos o de la realización de activos, se le pague al acreedor, o reciba los bienes o derechos en dación en pago, mediante la cesión de los mismos.

Gráfico3. Estructura general de Fiducia en Garantía



Esquema de titularización de activos o flujos futuros para financiación de obras

Para financiar obras de infraestructura y de servicios públicos, entre otros, los contratistas pueden acudir a mecanismos alternativos de financiación, consistentes en procesos en los que se utilice el mercado de valores, como es el caso de la titularización, a partir de la constitución de un patrimonio autónomo, integrado por activos ilíquidos o flujos futuros.

Con la expedición de títulos de participación de contenido crediticio, o mixtos, el contratista obtiene recursos para el desarrollo de las mencionadas obras o la adecuación de servicios, como un mecanismo que se apalanca en el mercado de capitales. Los activos titularizados responden por el pago del empréstito, bajo requisitos, mecanismos de seguridad y autorizaciones que establezca la ley para estos procesos.



Esquema de administración y pagos

Una fiducia de Administración de Pagos permite delegar en la fiduciaria la administración de actividades tales como, administración de la cartera de una entidad, su nómina, efectuar los pagos a proveedores, empleados y acreedores, administrar la tesorería de proyectos específicos, con el fin de que los recursos del proyecto

sirvan de fuente de pago a los acreedores.

La gran ventaja de este fideicomiso radica en que libera al fideicomitente de la carga de administrar los recursos, el recaudo y el pago a proveedores y protege los recursos contra riesgos de solvencia del fideicomitente.

Esquema de fondos de capital privado

Adicionalmente, se encuentran instrumentos para la canalización de recursos y la formulación de propósitos tendientes a la ejecución de proyectos, como son los Fondos de Capital Privado.

A través de estos Fondos se busca la asociatividad necesaria para conseguir y administrar los recursos que permitan la futura ejecución de proyectos en Asociación Pública Privada, los cuales pueden ser administrados según lo que se establezca en cada contrato, lo que permite el aislamiento patrimonial y de intereses, según las características de los programas cuya ejecución se persiga.

Las personas jurídicas oferentes de proyectos de APPs pueden presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión irrevocables a través de Fondos de Capital Privado, condicionado a que dichos fondos cuenten entre sus inversionistas con Fondos de Pensiones.



Tratándose de fondos extranjeros de capital privado, éstos deberán cumplir con los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones.

Se establecen también requisitos específicos en orden a demostrar la capacidad financiera o de financiación y experiencia en inversión o estructuración².

3

MARCO GENERAL DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APPs

Antecedente.

La necesidad del país de desarrollar una infraestructura que le permita enfrentar retos sociales y económicos, ha promovido la búsqueda de alternativas de financiación, diferentes o complementarias a las que se sustentan en el presupuesto de la Nación, destacándose la importancia de involucrar al sector privado en función del interés general.

En el Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, No 3615 de 2009, se presentan los lineamientos generales de la política del Gobierno Nacional para la modernización, gestión eficiente y operación de los activos fijos públicos, para cuyos objetivos propuso diseñar el uso de esquemas de Asociaciones Público Privadas APPs, bajo principios de eficiencia, transparencia, responsabilidad y competitividad.

El Gobierno Nacional en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Prosperidad para Todos, “reconoce la importancia de vincular de manera activa al sector privado, no solo en materia de inversión, sino también en proceso de conceptualización y socialización de las necesidades que avocan los distintos sectores de infraestructura tanto productiva

como social, para alcanzar ambiciosas metas que se plantean en materia de su desarrollo.

Con el fin de dar el impulso a los sectores locomotora de la economía nacional y al sector social, es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos; por lo que resulta esencial desarrollar esquemas de Asociaciones Público Privadas (APP) y explotar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de infraestructura pública.”

El 10 de enero de 2012 se expidió el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas mediante la Ley 1508 de 2012, reglamentada mediante el Decreto 1467 de 2012, definiéndolas como el instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una sociedad 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 los correspondientes mecanismos de pago³.

³ Artículo 1º de la Ley 1508 de 2012

De acuerdo con la exposición de motivos de la citada Ley 1508 de 2012, era necesario el fortalecimiento del marco normativo para generar las condiciones adecuadas y los incentivos correctos a los inversionistas, para desarrollar proyectos que vinculen capital privado en diferentes sectores de la economía nacional y que potencien el uso del mercado de capitales como fuente de financiamiento.

A la herramienta fiduciaria se refirió la exposición de motivos, en los siguientes términos:“(.) Uno de los problemas más relevantes en la ejecución de proyectos ha sido la asignación de incorrectos mecanismos de control; así mismo, la falta de apoyo en coordinación de temas como predios y licencias ambientales; la no penalización de culpa por parte de las concesiones, lo que les permite despojarse de las responsabilidades suscritas al contrato inicial y aún más con las modificaciones pertinentes en un ¿otrosí? según sea el caso; la ausencia de correctos esquemas fiduciarios que contribuyan al control de los desembolsos y aplicación de fondo, no solamente en el periodo de construcción, sino también durante el período de operación.



En el caso de contar con los estudios técnicos necesarios para la ejecución del proyecto, en general, se ha dejado de lado en no pocos casos el impacto social y ambiental al no cuantificar apropiadamente estos ámbitos. (..)”

Según la misma Ley 1508 de 2012, los recursos públicos y todos los que se manejen en un proyecto de Asociación Público Privada, se administrarán a través de un

patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al respectivo proyecto⁴.

La instauración del esquema fiduciario como vehículo de todo proyecto de APPs, ratifica la confianza en la aptitud del instrumento fiduciario para el logro de objetivos del Estado e intereses de la comunidad en general.

⁴ Artículo 24 Ley 1508 de 2012

Concepto de asociación público-privadas – APP

De acuerdo con la exposición de motivos de la ley 1508 de 2012, “las asociaciones público-privadas (APP) son esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo, por parte del sector privado, de infraestructura y/o equipamientos públicos, servicios conexos a estos o para la prestación de servicios públicos a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio; lo que desde luego implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado, que deberá darse en términos eficientes, de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos, velando siempre por la satisfacción efectiva de las necesidades públicas”.

El artículo 1º de la Ley 1508 de 2012, define las Asociaciones Público Privadas como un instrumento de vinculación de capital privado, materializado en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica, para la provisión de bienes o prestación de servicios públicos, mediante la retención y transferencia de riesgos entre

las partes y la definición de los mecanismos de pago.

Prevé la ley que los recursos públicos y todos los demás que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. (Ver comentarios incluidos en capítulo 5 de este documento).

Regimen legal

El marco normativo aplicable a las Asociaciones Público Privadas se consagra en la Ley 1508 de 2012 y hasta la fecha en el Decreto 1467 de 2012.

La misma Ley⁶ vinculó a estas Asociaciones al régimen de la contratación pública, al disponer que se aplicará lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, a los procesos de selección y a la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de APP, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha Ley⁷.

⁶ La Ley 1508 de 2012 derogó el parágrafo 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007. El parágrafo 2º se refería al procedimiento a seguir cuando existían personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública presentando una prefactibilidad técnica y financiera. Por su parte, el artículo 28 se refería a la prórroga o adición del contrato de concesión de obra pública.

⁷ Artículo 3º de la Ley 1508 de 2012



Establece la misma ley en comentario que para los proyectos de iniciativa pública, el procedimiento de selección será el de licitación pública previsto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo contemplado en la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1467 de 2012 o las normas que les sustituyan, modifiquen o adicionen, que específicamente prevén la posibilidad de acudir a sistemas de precalificación, e indica los requisitos que deberá cumplir la entidad que invita a participar en el proceso de selección y los factores de selección objetiva que aplican en estos casos.

En cambio, para los proyectos de iniciativa privada la Ley establece los requisitos que se deben seguir por parte de los particulares⁸, en la estructuración de los proyectos. Según la Ley dicho proceso comprenderá dos etapas, a saber: prefactibilidad y factibilidad⁹.

Adicionalmente la Ley exige cumplir con los requisitos establecidos para los proyectos de iniciativa pública¹⁰, exclusivamente cuando se requiera desembolso de recursos públicos, caso en el cual se establece cuáles serán los factores para compensar la actividad de quien presentó la iniciativa¹¹.



⁸ Título III de la Ley 1508 de 2012
⁹ Artículo 14 de la Ley 1508 de 2012

¹⁰ Artículo 17 de la Ley 1508 de 2012
¹¹ Artículo 17 de la Ley 1508 de 2012

Las concesiones se encuentran, por expresa exigencia de la Ley¹², comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas APPs, pero las concesiones que estuvieren vigentes al momento de promulgarse la Ley 1508 de 2012, continúan rigiéndose por las normas que se les aplicaban al momento de su celebración, esto es, la Ley 80 de 1993 y demás normas legales complementarias o reglamentarias¹³.

Por su parte, los sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la Ley 1508 de 2012, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

En síntesis las siguientes disposiciones legales constituyen el marco regulatorio general de las Asociaciones Público Privadas:

- Ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.
- Ley 80 de 1993, Estatuto General de contratación de la administración pública.
- Ley 1150 de 2007, por la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones sobre contratación con recursos públicos.
- Decreto 1467 de 2012, por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012.

- Decreto Reglamentario 734 de 2012, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública mediante el cual se recogió en un solo cuerpo legislativo las reglas necesarias para el adelantamiento de los procesos contractuales.
- Código de Comercio para lo relacionado con los contratos de fiducia mercantil.
- Circulares Básicas Jurídica y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia aplicables a las sociedades fiduciarias.
- Decreto 2555 de 2010, Título 14, de los Fondos de Capital Privado.

Otras normas de interés por formar parte del proceso de valoración de las obligaciones contingentes y análisis de riesgo son las siguientes:

- Artículo 22 Ley 185 de 1995
- Ley 448 de 1998
- Decreto 423 de 2001
- Ley 819 de 2003

Documentos Conpes

- 3107 de 2001
- 3133 de 2001
- 3249 de 2003

La Ley exige cumplir con los requisitos establecidos para los proyectos de iniciativa pública¹⁰, exclusivamente cuando se requiera desembolso de recursos públicos

¹² Artículo 2º de la Ley 1508 de 2012

¹³ Parágrafo 2º del artículo 3º de la Ley 1508 de 2012

Ambito de aplicación de la ley 1508 de 2012

La Ley 1508 de 2012 aplica a los contratos cuya inversión sea superior a 6.000 SMMLV y en los cuales las entidades estatales convengan con un inversionista privado, persona natural o jurídica, el diseño y la construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, ó 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 públicos¹⁵.

Se excluye del ámbito de aplicación de la Ley 1508, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación inferior al 50%, sus filiales y las sociedades de Entidades Públicas con participación del Estado inferior al 50%, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes¹⁶.



¹⁵ Artículo 3º Ley 1508 de 2012

¹⁶ Parágrafo del Artículo 8º de la Ley 1508 de 2012

4

MARCO CONTRACTUAL DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS - APP

MECANISMO DE VINCULACIÓN Contrato estatal

La Asociación Público Privada (APP) se materializa mediante la celebración de un Contrato Estatal, entre la entidad del estado y el inversionista privado (contratista o concesionario), para provisión de bienes o servicios, en el cual deben incluirse las cláusulas excepcionales de la contratación pública, tal como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley.

En los procesos de selección los proponentes deben identificar el beneficiario real del contrato y el origen de los recursos¹⁷.

Estos contratos contemplarán el objeto específico al cual se dirige el desarrollo del proyecto para el suministro de los bienes o servicios y los mecanismos de pago correspondientes, en el marco de las siguientes actividades descritas en el artículo 3° de la Ley 1508 de 2012, todas las cuales deben involucrar la operación y mantenimiento de la infraestructura:

¹⁷ Artículo 23 de la Ley 1508 de 2012

¹⁹ Artículo 6° de la Ley No 1508 de 2012

²⁰ Artículo 7° de la Ley 1508 de 2012

- Diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados.
- Reparación, mejoramiento o equipamiento.
- Proyectos de infraestructura para la prestación de servicios públicos.

Adicionalmente, el régimen previsto para las Asociaciones Público Privadas aplica solo para los contratos cuya inversión sea superior a 6.000 SMMLV, y podrán tener un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas las prórrogas. Si pre viamente a la celebración del contrato en la estructuración financiera se establece que se requiere un plazo superior, podrá estipularse uno superior siempre que se cuente con concepto favorable y previo del CONPES¹⁹.

Las prórrogas o adiciones de los contratos bajo esquema de Asociación Público Privada tendrán que tener relación directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplirse las 3/4 partes del plazo pactado inicialmente²⁰.



En los contratos para proyectos de APP de iniciativa privada que requieran desembolsos de recursos del Presupuesto de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En estos mismos contratos, las prórrogas en tiempo serán valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones y valor de las prórrogas, en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados ²¹.

Principios y condiciones

A los contratos que representen un esquema de Asociación Público Privada le aplican los principios de la función administrativa, de la contratación y los criterios de la sostenibilidad fiscal²².

Son principios de la función administrativa, la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Por su parte, el derecho a la igualdad y al acceso a la contratación pública sin discriminaciones, así como la prevalencia del interés general sobre

el particular, son principios de la contratación pública.

La Ley dispone que el esquema de APPs solo se utilizará cuando los estudios o análisis previos demuestren que corresponde a una modalidad eficiente y necesaria para la ejecución del proyecto²³, y siempre que el proyecto cuente con una adecuada asignación de riesgos entre las partes y mitigación de los mismos.

Riesgos involucrados

Para la celebración de contratos estatales es necesario que desde los pliegos de condiciones se incluya la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, y que durante su etapa precontractual exista un espacio para el debate, entre las partes, de la asignación de dichos riesgos²⁴.

Cuando la entidad estatal encarga a un inversionista la realización de un proyecto en términos de una obligación de resultado²⁵ al mismo tiempo que involucra la transferencia de los riesgos que se le asignan al contratista, establece mecanismos de pago que incentivan la inversión en dichas condiciones. El nivel de

²¹ Artículo 18 de la Ley 1508 de 2012 ²² Artículo 4° de la Ley 1508 de 2012 ²³ Artículo 4° de la Ley 1508 de 2012

²⁴ Artículo 4° de la Ley 1150 de 2007



confianza en el proyecto dependerá de una adecuada estructuración del proyecto, donde se determinen los riesgos asociados y el costo beneficio a largo plazo para la entidad estatal. En consecuencia, en los respectivos contratos se requiere regular el riesgo involucrado, entendido éste como aquellas circunstancias que tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico y son previsibles, en la medida en que sean identificables y cuantificables²⁶. Estos riesgos hacen parte de las condiciones del contrato y su tratamiento se rige por las reglas establecidas en el mismo contrato. El documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, No 3714 del 1 de diciembre del 2011, desarrolla el diagnóstico y los lineamientos para el manejo del “riesgo previsible”.

Este documento aclara que no son riesgos previsibles, el incumplimiento del contrato, teniendo en cuenta la garantía de responsabilidad y la eventual indemnización de perjuicios, ni los hechos derivados de responsabilidad extracontractual cubiertos con garantías especiales (pólizas), ni los que corresponden a la teoría de la imprevisión, ni las incompatibilidades o inhabilidades sobrevinientes.

En consecuencia, la contratación bajo este esquema, supone un proceso de caracterización de los riesgos, los cuales pueden ser de orden político, económico, social, financiero, operacional, ambiental, entre otros. En relación con la probabilidad del riesgo en cuanto a su ocurrencia e impacto, se requiere una valoración por parte de la entidad contratante, desde diferentes grados teniendo en cuenta su materialidad.

El documento CONPES No 3714 describe la clasificación del riesgo por la severidad del impacto, según sea alto, alto medio, medio bajo y bajo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha avanzado en el proceso de evaluación de riesgos con la implementación de metodologías que tienen por objetivo adoptar procedimientos de identificación, valoración y mitigación de obligaciones contingentes, como parte del proceso de gestión del riesgo en contratos estatales atendiendo diversos aspectos, tales como identificación de riesgos, factores de amenaza, obligaciones contingentes, criterios para desarrollar estrategias, etc.

²⁵ Según Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 16 de diciembre de 2010 (M.P. Arturo Solarte R., “(.) en las obligaciones de resultado, el contenido de la obligación y, por ende, lo que conduce a la satisfacción del interés del acreedor, se concreta en un logro específico, en la obtención de la finalidad prevista, en fin, en una determinada modificación o alteración de la realidad existente con anterioridad al nacimiento de la relación obligatoria.”

²⁶ Art. 2.1.2 Decreto 734 de 2012

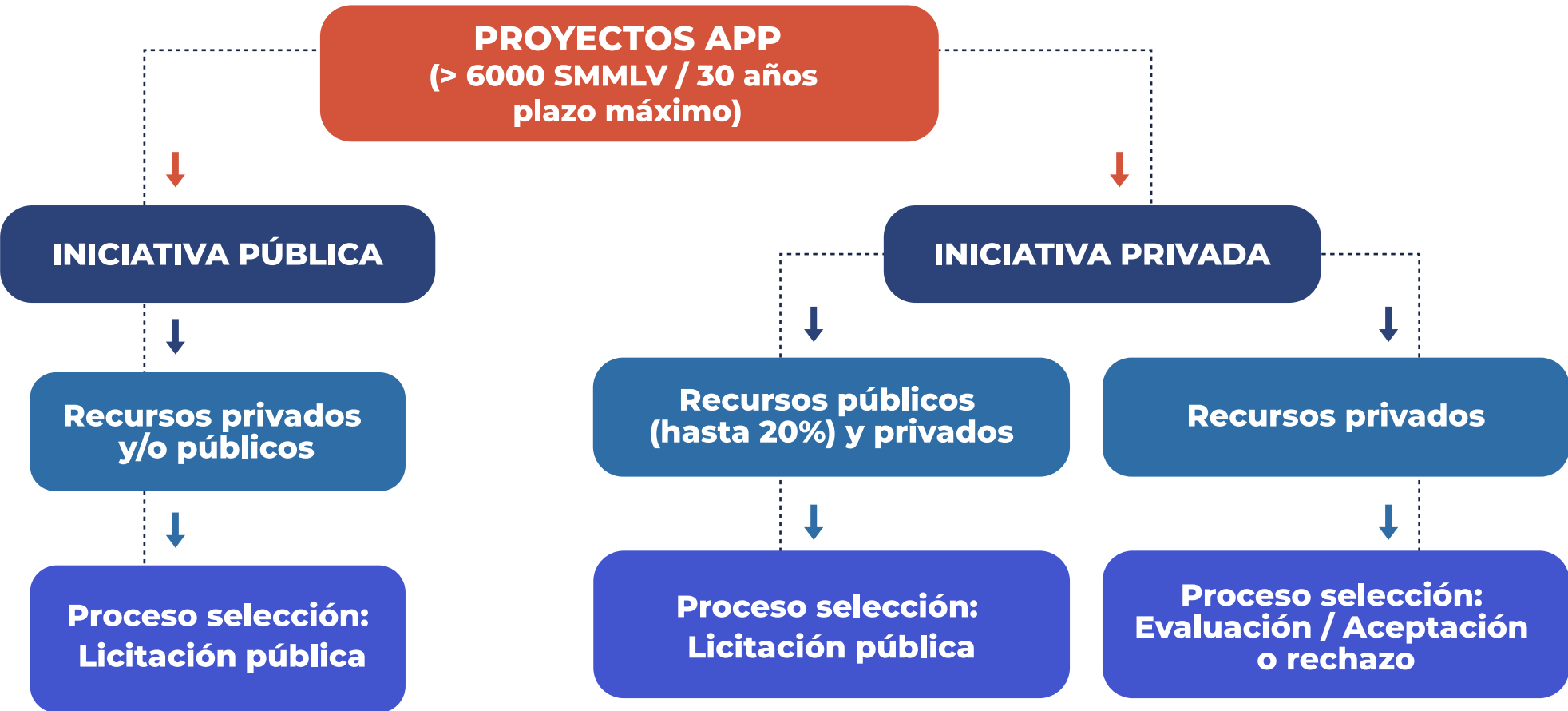
Por su parte, la Ley 448 de 1998 adoptó medidas en relación con las obligaciones contingentes de las entidades estatales, en función del manejo presupuestal y la creación de un Fondo de Contingencias al que le harán aportes para la atención de dichas obligaciones.

Otro aspecto que hace parte del proceso de estimación de riesgos, es el de los criterios para la asignación de los mismos entre las partes, de acuerdo con su capacidad de administrarlos, mitigarlos o controlarlos, y atendiendo diversos aspectos, tales como la modalidad de contrato; la cantidad de información con que se cuente; las capacidades de administración del riesgo y las garantías del proyecto. También el documento CONPES efectúa recomendaciones relacionadas con los tipos de riesgo que puedan ocurrir.

Por su parte, el artículo 37 del Decreto 1467 de 2012 exige a la Entidad Estatal solicitar a la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, la aprobación de las obligaciones contingentes de acuerdo con una documentación mínima requerida, entre la cual debe incluirse una matriz de riesgo, donde se relacione la tipificación y asignación de riesgos.

CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE APPs DE INICIATIVA PÚBLICA Y DE INICIATIVA PRIVADA

Gráfica 4. Estructura general de proyectos APP



Requisitos previos para la celebración de contratos de APPs de iniciativa pública:

Para abrir procesos de selección en proyectos de iniciativa pública, la entidad estatal requiere reunir los siguientes requisitos:

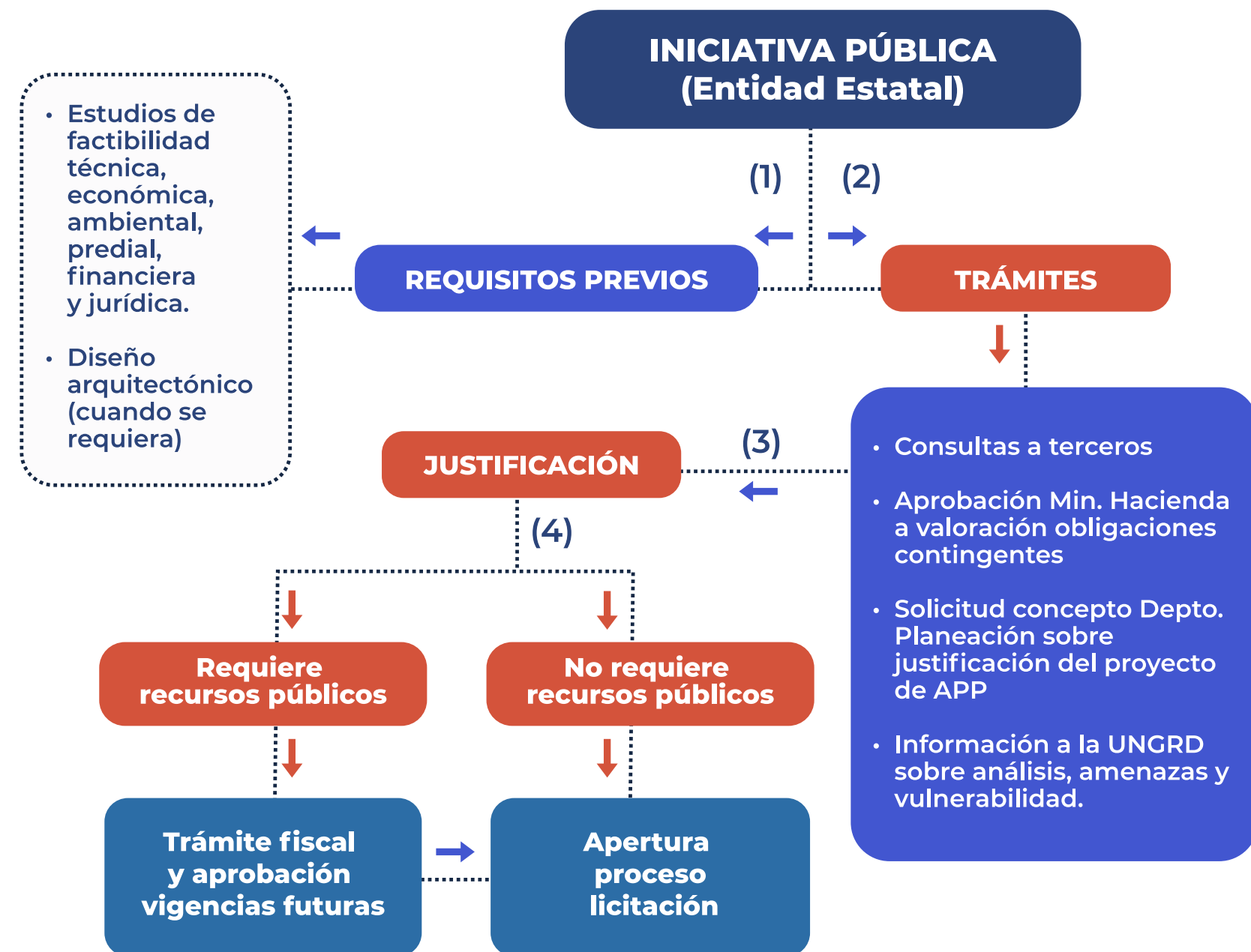
- Estudios vigentes, socioeconómicos, ambientales, prediales, financieros y jurídicos y la descripción completa del proyecto (en sus varios ítems) y modelo financiero.
- Evaluación costo beneficio, impacto social, económico y ambiental.
- Justificación para utilizar el mecanismo APP.
- Análisis de amenaza y vulnerabilidad del proyecto.
- Adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos y posibles contingencias, así como la matriz de riesgos.
- La autorización para asumir compromisos con cargo a vigencias futuras, si es procedente.

Procedimiento de selección en proyectos de iniciativa pública

En proyectos de iniciativa pública, la selección se hará únicamente mediante el mecanismo de licitación pública previsto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en

sus normas reglamentarias, salvo lo contemplado en la Ley 1508 de 2012²⁷ y Decreto 1467 de 2012²⁸, o las normas que les sustituyen, modifiquen o adicionan.

Gráfica 5. Requisitos previos en proyectos de iniciativa pública



²⁷ En especial los artículos 5°, 6°, 7° 8°, Títulos II y IV de la Ley 1508 de 2012.

²⁸ Capítulos IV y V del Decreto 1467 de 2012



La selección objetiva la hará la entidad estatal mediante la definición del ofrecimiento más favorable a la entidad, siguiendo los factores de escogencia y calificación establecidos en los pliegos de condiciones que tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- Capacidad jurídica, financiera y experiencia de inversión o en estructuración de proyectos, todos los cual se consideran requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgan puntajes, el cumplimiento de los cuales verificará la entidad estatal.
- La oferta más favorable definida como 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 de costo beneficio para la entidad (numeral 12.2 de la Ley 1508 de 2012). También se considerarán las condiciones técnicas y económicas adicionales que para la entidad estatal represente ventajas (artículo 13 del Decreto 1467 de 2012).

Para los proyectos cuyo costo estimado sea superior a 70.000 salarios mínimos legales vigentes, la entidad estatal podrá acudir a un sistema abierto o de precalificación, invitando a participar en esta etapa a un grupo limitado de potenciales oferentes.

Con este mecanismo previo al proceso de selección, se aprovecha la experiencia del sector privado en mejorar la definición de las condiciones de ejecución del proyecto, e incluso obtenerse de los posibles oferentes, a su costo y riesgo, estudios complementarios que el proyecto requiera ²⁹.

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 de costo beneficio

²⁹ Artículo 16 y siguientes del Decreto 1467 de 2012

PROCEDIMIENTO EN PROYECTOS DE INICIATIVA PRIVADA

Requisitos previos para la celebracion de contratos de APPs de iniciativa privada:

Los particulares pueden bajo su propia cuenta y riesgo estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados bajo el esquema de Asociación Pública Privada de iniciativa privada, en las siguientes condiciones:

- Estructurar los proyectos por su propia cuenta y riesgo
- Asumir la totalidad de los costos de estructuración
- Presentar el proyecto bajo confidencialidad y reserva
- Realizar la estructuración en dos (2) etapas: prefactibilidad y factibilidad

El proyecto estará sujeto a:

- Revisión previa
- Evaluación
- Aceptación o rechazo

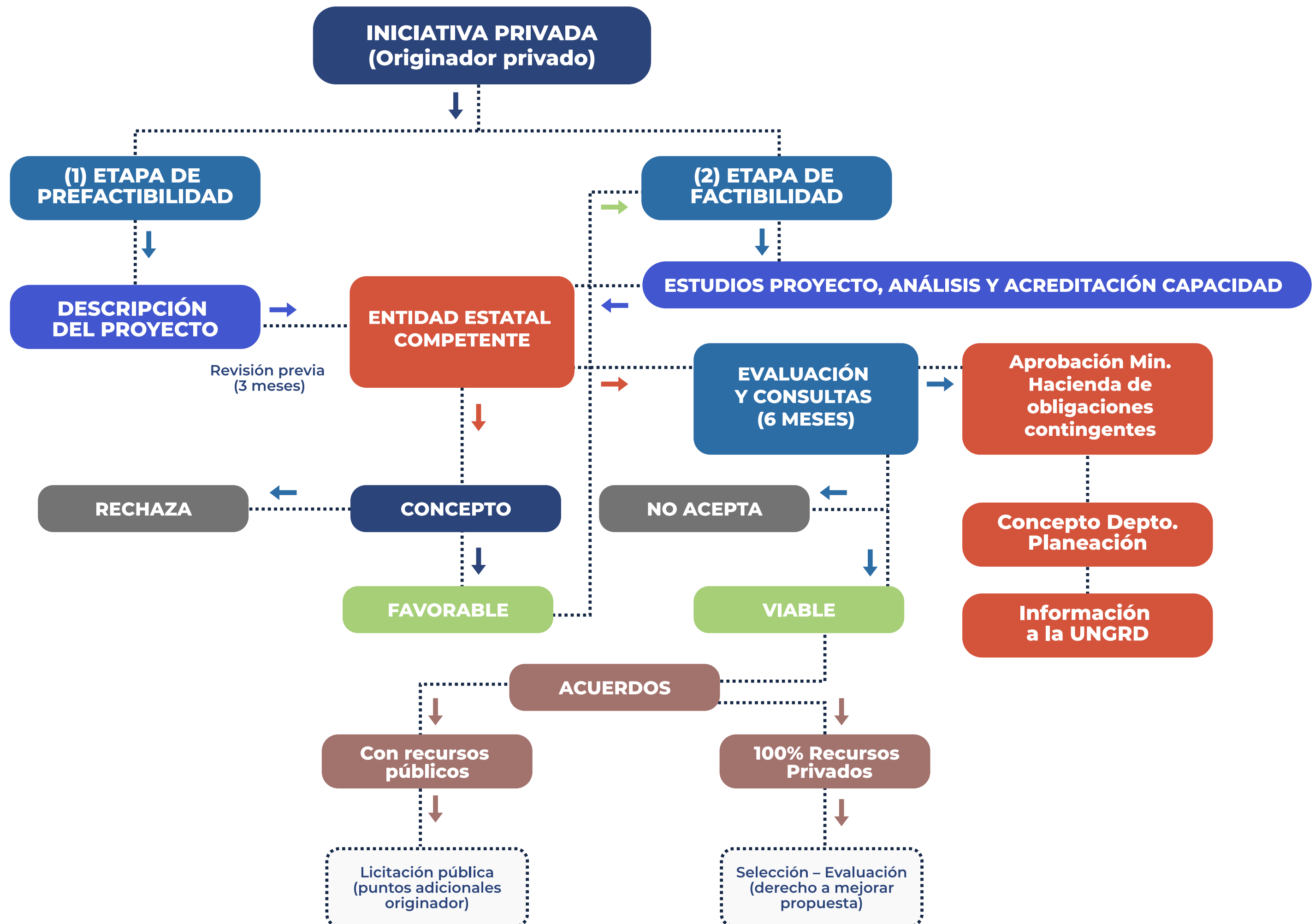


No podrán presentarse iniciativas privadas sobre proyectos que:

- Modifiquen contratos o concesiones existentes, entendidos como aquellos que se encuentran vigentes.
- Para los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración.

- Soliciten garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la Ley 1508 de 2012.

Gráfico 6. Requisitos previos en proyectos de iniciativa privada



En proyectos de iniciativa privada el procedimiento se inicia con la estructuración del proyecto por parte de los agentes privados, en dos etapas sucesivas: prefactibilidad y factibilidad. Ésta última se surte cuando la iniciativa en la etapa de prefactibilidad ha tenido concepto favorable por parte de la entidad estatal.

Para cada etapa se atenderán los requisitos exigidos para la presentación del proyecto, requisitos relativos entre otros, a la descripción del mismo, sus fundamentos y estudios, con el detalle establecido para el efecto en el Título III de la Ley 1508 de 2012 y artículo 19 y siguientes del Decreto 1461 de 2012.

La presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Si la iniciativa es considerada viable y acorde con los intereses y políticas públicas, se le informa al originador de la iniciativa, con las condiciones para su aceptación.

No obstante lo anterior, si el proyecto requiere desembolso de recursos públicos, tendrá que abrirse una licitación pública y cumplirse con los requisitos establecidos para los proyectos de iniciativa pública. En estos proyectos los recursos públicos no podrán ser superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto³⁰.

Si quien presentó la iniciativa del proyecto no resulta adjudicado, la ley establece factores para compensar su actividad.

Si es rechazada la iniciativa privada, la propiedad de los estudios será del originador, pero la entidad estatal tendrá la opción de adquirir los que le interesen, o le sean útiles para propósitos públicos, atendiendo el pago de los mismos³¹.

Recursos aportados al patrimonio autonomo y manejo de sus rendimientos

Como todos los recursos que se manejen en el proyecto, incluidos los públicos si a ello hubiere lugar, deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo (Fiducia Mercantil) constituido por el contratista, es pertinente distinguir los siguientes conceptos dentro de la noción general de recursos:

- **Recursos Privados:** Son los transferidos por el contratista al patrimonio autónomo, para los fines del proyecto.
- **Desembolsos de Recursos Públicos:** Son las erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la



Nación, del Presupuesto de las Entidades Territoriales, entidades descentralizadas u otros Fondos Públicos, tales como el sistema general de Regalías (Artículo 10 del Decreto 1467 de 2012). Por lo tanto, solamente los recursos que provengan de dichas fuentes, se consideran recursos públicos.

- **Fondos Públicos:** Son aquellos que comportan procesos de programación, aprobación y ejecución presupuestal definidos en una Ley particular, diferentes de los contemplados en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, como es el caso de los recursos provenientes del Sistema General Regalías (artículo 2º del Decreto 1467 de 2012).
- **Recursos de la explotación:** Son los recursos generados en la explotación económica del proyecto, los cuales no son considerados desembolsos de recursos públicos. (Artículo 10 del Decreto 1467 de 2012), y tampoco son recursos del proyecto, ni del inversionista privado hasta tanto no tenga el derecho a recibir esta retribución de acuerdo con los niveles de servicio y estándares de calidad.

- **Bienes aportados por la entidad estatal:** Son los bienes diferentes a los desembolsos recursos públicos aportados por la entidad estatal, que revertirán al final del proyecto a la entidad contratante.³². (Artículo 11 del Decreto 1467 de 2012).
- **Rendimientos de los recursos privados:** Son los que generen los recursos privados que hagan parte del patrimonio autónomo, los cuales pertenecen al proyecto. Artículo 24 de la Ley 1508 de 2012).
- **Rendimientos de los recursos públicos:** Son los rendimientos que en el patrimonio autónomo generen los recursos públicos.

Dentro de la dinámica financiera y contable que corresponde a la esencia del Instrumento Fiduciario, los recursos que ingresan al Patrimonio Autónomo, se individualizan según sea su origen, para distinguir sus fuentes y sus usos, necesario para la transparencia, operación y control del proyecto.

En proyectos de asociación pública privada de iniciativa pública y de iniciativa privada cuando se requiera desembolsos de recursos públicos, es necesario especificar el valor del aporte de recursos del Presupuesto General de la Nación, o de las entidades territoriales o de otros Fondos Públicos³³.



Dentro de la dinámica financiera y contable que corresponde a la esencia del Instrumento Fiduciario, los recursos que ingresan al Patrimonio Autónomo, se individualizan según sea su origen

En el valor de los contratos también estará comprendido el presupuesto estimado de inversión, que corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto según corresponda.

³⁰ Artículo 17 de la Ley 1508 de 2012

³¹ Artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

³² El Decreto 111 de 1996, artículo 101 establece: "Pertenecen a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, así como de los órganos públicos o privados con recursos de la Nación con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social (Ley 179 de 1994, art. 47)"

³³ Artículo 14 del Decreto 1467 de 2012

³⁴ Artículo 26 de la Ley 1508 de 2012

Tratamiento presupuestal de las vigencias futuras

Para las Entidades estatales del orden nacional, el CONFIS podrá autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras hasta por el tiempo de duración del proyecto, si previamente se cuenta con las siguientes condiciones ³⁴:

- Concepto favorable del Ministerio del ramo
- Concepto del Departamento Nacional de Planeación
- Registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional BPIN
- Cuando se trate de entidades territoriales para los proyectos de APPs deben cumplir entre otros, los siguientes requisitos³⁵:
- Acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda de la Ley 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003.
- Acreditar requisitos de la Ley 448 de 1998 sobre aprobación de riesgos y obligaciones contingentes.

- Los ingresos futuros comprometidos afectarán la capacidad de pago definida en la Ley 358 de 1997
- Identificar la fuente de financiación del contrato.
- Si la financiación se hace con cargo a ingresos corrientes de libre destinación, no se considerarán como de libre disposición en los términos de la Ley 617 de 2000.
- Los proyectos de APPs tendrán que ser consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial.
- No se podrán celebrar APPs durante el último año de gobierno.
- Las vigencias futuras deben cumplir con las normas sobre la materia y los parámetros del artículo 27 de la Ley 1508 de 2011.

Por otra parte, las entidades territoriales podrán efectuar aportes en especie, los cuales no computarán para el límite de que tratan los artículos 13, 17 y 18 de la Ley 1508 de 2012 relativos a las adiciones y prórrogas de los contratos e iniciativas privadas que requieren recursos públicos³⁶.

³⁵ Artículo 27 de la Ley 1508 de 2012

³⁶ Parágrafo Artículo 5o de la Ley 1508 de 2012 ³⁷ Artículo 5o de la Ley 1508 de 2012

³⁸ Artículo 5o del Decreto 1467 de 2012

³⁹ Artículo 7o del Decreto 1467 de 2012

Retribución al contratista y condiciones

El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto o el derecho a recibir desembolsos de recursos públicos ó cualquier otra retribución, está condicionado a los siguientes hechos³⁷:

- Disponibilidad de la infraestructura
- Cumplimiento de niveles de servicios
- Estándares de calidad en las etapas del proyecto
- Demás requisitos del contrato
- Excepcionalmente podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, previa aprobación del Consejo Nacional de Política Fiscal – CONFIS – o quien haga sus veces a nivel territorial³⁸.

En el contrato, respecto de la ejecución del proyecto se debe establecer expresamente el mecanismo de actualización de las retribuciones establecidas ³⁹.



Los recursos de la retribución podrán provenir de la explotación económica de la infraestructura, o servicio por el tiempo, en las condiciones que se establezca con la entidad estatal en el respectivo contrato. También podrían provenir de desembolsos de recursos públicos cuando se requiera dependiendo de la naturaleza del proyecto.

Información a la entidad estatal

La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por la Sociedad Fiduciaria que actúe como vocera y por tanto como administradora del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato estatal de APP, obligación que se reflejará en el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil.

Adicionalmente, de acuerdo con Circular conjunta de la Contraloría General y la Auditoría General de la República⁴⁰ de dichos organismos, “el control fiscal debe estar presente donde quiera que haya recursos públicos y en tal virtud, los dineros administrados por fiduciarias son objeto de control fiscal”.

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia advierte a las sociedades fiduciarias que deben informar al fideicomitente acerca de “los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato.

El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato”.

Por otra parte, se creó el Registro Único de Asociación Público Privada (RUAPP), de carácter público, en el cual se incorporarán los Proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales consideren prioritarios, los proyectos de Asociación Público Privada en trámite a nivel nacional y territorial, su estado de desarrollo, los proyectos de Asociación Público Privada que han sido rechazados.

La sociedad fiduciaria reportará a la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF el nombre del Fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del Patrimonio Autónomo y la demás información que la UIF requiera.

Disposiciones comunes en los contratos de APP

En los contratos de Asociación Público Privada se considerarán e incluirán los siguientes aspectos, entre otros:

- Las cláusulas propias de la contratación pública (multas, interpretación unilateral, caducidad, terminación unilateral, y demás de ley), lo cual representa remitirse a las disposiciones legales en la materia de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás normas reglamentarias.
- El artículo 4° del Decreto 1150 de 2007 preceptúa que los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, de conformidad con la definición y parámetros establecidos en el Art. 2.1.2 Decreto 734 de 2012.

- Tendrá que incluirse en el contrato una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones reciprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral (artículo 32 de la Ley 1508 de 2012.).
- Los proponentes deberán identificar las personas que serán beneficiarias reales a título personal o directo en caso de resultar adjudicatarios del futuro contrato, así como el origen de los recursos⁴².
- El contratista deberá constituir una Fiducia Mercantil con el consiguiente patrimonio autónomo, para la administración de los recursos del proyecto.
- En contratos para proyectos de APP de iniciativa privada en que no se haya pactado desembolsos de recursos del Presupuesto general de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos, no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de este tipo de recursos y podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial.



- En caso de incumplimiento del contratista los financiadores podrán continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros.

⁴⁰ Circular de la Contraloría General de la República y de la Auditoría General de la República del 16 de abril de 2011.

⁴¹ Circular Básica Jurídica 007 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Título Quinto, capítulo I, numeral 2.2

⁴² Artículo 23 de la Ley 1508 de 2012

⁴³ Artículo 33 de la Ley 1508 de 2012

Interventoria

De conformidad con el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, el interventor⁴³ de los contratos estatales que desarrollen esquemas de Asociación Pública Privada, APPs, deberá ser persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Su responsabilidad es de orden civil, fiscal, penal y disciplinaria tanto por el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables.

Las interventorías podrán contratarse mediante procedimientos de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor.

Respecto de los patrimonios autónomos la ley no establece la obligatoriedad de contratar interventor diferente al del proyecto, por lo que se infiere que las partes podrán decidir si requieren otro especial para el contrato fiduciario, o simplemente se tendrá al interventor del contrato de APP.

Constitucion de patrimonios autonomos

Para la administración de los recursos que se deriven de una Asociación Público Privado es legalmente obligatoria la constitución de un patrimonio autónomo para los siguientes fines:

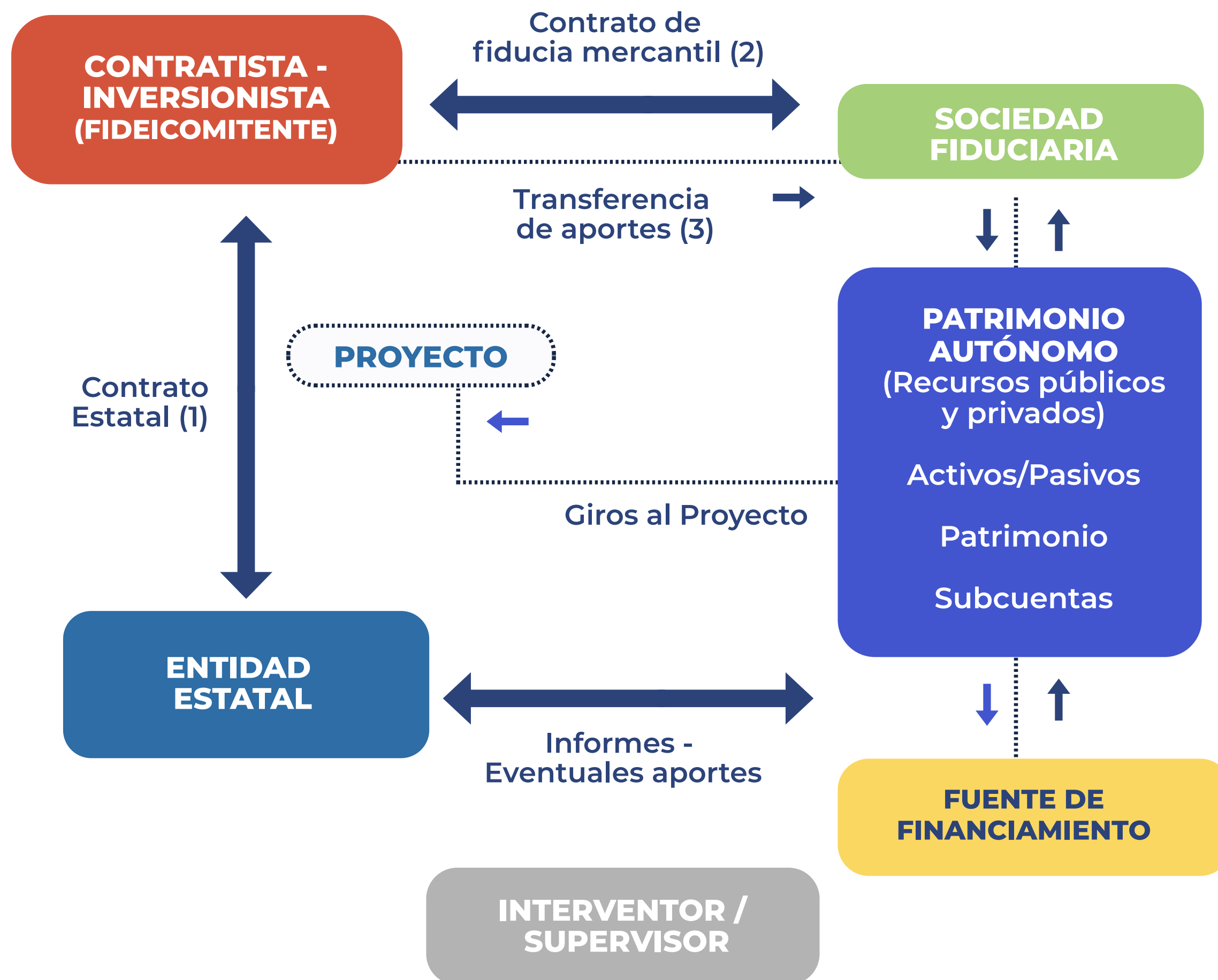
“ARTÍCULO 24 DE LA LEY 1508 DE 2012- Patrimonio Autónomo. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto.

La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.”



De la anterior disposición se desprenden los elementos que determinarán la constitución participación y régimen del patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria, en el marco del siguiente esquema general de Asociación Público Privada:

Gráfico 7. Constitución de patrimonios autonomos



A partir del artículo 24 de la Ley 1508 de 2012, se desprenden los siguientes elementos determinantes en torno al patrimonio autónomo, a saber:

- 1º Existencia de un Contrato Estatal o Administrativo propio de las Asociaciones Público Privadas.
- 2º Celebración un contrato de fiducia mercantil entre el contratista y una sociedad fiduciaria.
- 3º Coexistencia de recursos públicos y privados.
- 4º Integración en el Patrimonio Autónomo de activos y pasivos presentes y futuros del proyecto.
- 5º Rendimientos de los recursos privados, son del proyecto.
- 6º Informes requeridos por la entidad estatal.

Para la comprensión de los anteriores elementos del patrimonio autónomo y de la fiducia en general, se desarrollan a continuación los conceptos y precisiones relevantes en la materia.

5

DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL Y EL PATRIMONIO AUTONOMO

Mediante el contrato de Fiducia Mercantil ⁴⁴, el Fideicomitente transfiere la propiedad de uno o más bienes a una Sociedad Fiduciaria, quien se obliga a administrarlos o a enajenarlos para el cumplimiento de la finalidad del contrato, conformándose con dichos bienes un Patrimonio Autónomo ⁴⁵, en provecho del mismo fideicomitente o de un tercero, llamado beneficiario.

El beneficiario es quien recibe los beneficios derivados de la ejecución del contrato fiduciario. Beneficiario puede ser el mismo fideicomitente, o una o varias personas diferentes a él ⁴⁶.

Patrimonio autónomo y efectos jurídicos

El patrimonio autónomo es una individualidad jurídica propia, receptora de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, constituido mediante la celebración del contrato de fiducia mercantil y cuyos bienes o activos están afectos a la finalidad del mismo contrato.

La sociedad fiduciaria es vocera o representante del patrimonio autónomo y llevará la personería en todas las actuaciones procesales administrativas o jurisdiccionales que deban realizarse para defender

los bienes que lo conforman, contra actos de terceros, del beneficiario o del Fideicomitente, o para ejercer los derechos y acciones que le corresponden en desarrollo del contrato de fiducia.

Con la constitución de un patrimonio autónomo se surten los siguientes efectos:

- 1º Los bienes que integran el patrimonio autónomo quedan separados de los activos de la sociedad fiduciaria, y de los activos de otros negocios fiduciarios⁴⁷.
- 2º El patrimonio autónomo y los bienes fideicomitidos están afectos a la finalidad contemplada en el respectivo contrato fiduciario.
- 3º Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciario ni del fideicomitente, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo⁴⁸.

En relación con el carácter inembargable de los bienes afectos a la finalidad prevista en un patrimonio autónomo, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de enero de 2010, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, precisó que el inciso 1º del artículo 1238 del Código de Comercio, contempla una acción



auxiliar al alcance de los acreedores del fideicomitente anteriores a la constitución del Contrato Fiduciario, cuyo espíritu es, en esencia, establecer un mecanismo que proteja la prenda general de los acreedores de cara a un pacto fiduciario.

Compete al acreedor preexistente, aunque no haya fraude, demostrar que el convenio fiduciario le causó un perjuicio y en consecuencia, tiene un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo.

⁴⁴ Título XI, Artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio.

⁴⁵ Artículo 1233 del Código de Comercio: "Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que corresponden a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo."

⁴⁶ Artículo 1229 del Código de Comercio.

Aclara la misma sentencia que la acción de impugnación del negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros (inciso segundo del artículo 1238 del Código de Comercio), es la típica acción pauliana regulada en la legislación.

- 4º El patrimonio autónomo aún cuando no corresponde a una sociedad, sí puede ser titular de derechos y obligaciones derivados de la ley o de los actos o contratos celebrados o ejecutados por la sociedad fiduciaria en desarrollo del contrato fiduciario, por expresa disposición legal⁴⁹. De este modo, el patrimonio autónomo es responsable patrimonialmente de las obligaciones que adquiere, y puede establecer relaciones contractuales.
- 5º La sociedad fiduciaria es la vocera y administradora del patrimonio autónomo, llevando la personería en las actuaciones procesales administrativas o jurisdiccionales.

⁴⁷ Artículo 1233 del Código de Comercio,

⁴⁸ Artículo 1238 del Código de Comercio

⁴⁹ Artículo 2.5.2.1.1 Decreto 2555 de 2010

Intervinientes en el contrato fiduciario

Intervienen en el Contrato de Fiducia Mercantil, las partes que lo celebran, a saber, el Fideicomitente y la Sociedad Fiduciaria:

Fideicomitente (Contratista/ Inversionista): Es la persona natural o jurídica con capacidad para disponer de sus bienes, y que en virtud de la celebración del contrato de fiducia es quien transfiere los bienes al patrimonio autónomo y le encarga a la fiduciaria una determinada gestión.

Fiduciario: Es la persona jurídica autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia para actuar como tal, y a quien el fideicomitente transfiere los bienes que han de conformar el patrimonio autónomo, con el fin de que los administre y cumpla la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

Por otra parte, el BENEFICIARIO del contrato es la persona natural o jurídica a quien de acuerdo con la ley o el contrato, según el caso, se le deben transferir los bienes que hacen parte del patrimonio autónomo, junto con sus rendimientos al finalizar el contrato. Como en todo contrato de fiducia mercantil debe



indicarse la persona o personas en provecho de las cuales se celebra, es importante que desde el contrato de APP se designe la entidad o entidades que serán beneficiarias del patrimonio autónomo que debe constituir el contratista para la gestión de los recursos.

La Corte Suprema de Justicia a través de sentencia del 1o de julio de 2009 (EXP. 11001-3103-039-2000-00310-01) ha establecido que “el beneficiario es un tercero que no ostenta la condición de parte dentro del contrato de fiducia y “cuyos derechos son exclusivamente los de su posición, situación o calidad, y no deja de serlo, aún si las partes lo denominan de forma diferente, ni se convierte en parte del contrato por la aceptación del beneficio pactado.” Si el beneficiario es el mismo fideicomitente, será parte del contrato únicamente en razón a ésta última calidad.

Objeto del contrato fiduciario

El objeto en el contrato fiduciario comprenderá las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del negocio, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas, según el tipo de negocio fiduciario.

De acuerdo con la citada finalidad, el objeto del contrato de fiducia mercantil tendrá que contener las actividades que definan las partes y que comprenden actividades de administración, recaudo, pagos, inversión, garantía o fuente de pago, que sean adecuadas al proyecto específico, y en todo caso, las requeridas para el manejo de los recursos del proyecto, con sus activos y pasivos del proyecto, dado que es en el patrimonio autónomo donde se manejarán todos estos conceptos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012.

La Ley exige cumplir con los requisitos establecidos para los proyectos de iniciativa pública¹⁰, exclusivamente cuando se requiera desembolso de recursos públicos



⁵⁰ Artículo 2.5.2.1.1 Decreto 2555 de 2010

La Superintendencia Financiera clasifica los tipos de negocios fiduciarios, según la clase de actividades y fines para las cuales se celebra el contrato. En términos generales, el contrato fiduciario clasificaría por lo menos, entre los contratos fiduciarios de administración y pagos, e incluso de garantía, si fuere el caso.

De acuerdo con la ley están prohibidos los siguientes negocios fiduciarios:

- 1º Los negocios fiduciarios que sirvan de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales ⁵¹.
- 2º Los negocios fiduciarios secretos ⁵².
- 3º Aquellos negocios que designen diferentes beneficiarios en forma sucesiva ⁵³.
- 4º Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias, no podrán tener por objeto la asunción por parte de éstas de obligaciones de resultado, salvo aquellos casos en que así lo prevea la ley ⁵⁴.

Derechos del fideicomitente

Son derechos del Fideicomitente además de los expresamente estipulados en el contrato de fiducia y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario, o con la esencia del instrumento, los siguientes:

- 1º Los derechos que en el contrato fiduciario se hubiere reservado el Fideicomitente, para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitados, si fuere el caso.
- 2º Revocar el contrato fiduciario cuando se hubiere reservado dicha facultad en el contrato, pedir la remoción del fiduciario, y designar un sustituto cuando a ello haya lugar.
- 3º Obtener la devolución de los bienes dados en fiducia al finalizar el contrato, según las cláusulas del contrato siempre que no se haya señalado un beneficiario diferente.
- 4º Exigir rendición de cuentas a la sociedad fiduciaria de acuerdo con la periodicidad establecida en el contrato o como mínimo cada 6 meses⁵⁵.



⁵¹ Parágrafo del artículo 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010.

⁵² Artículo 1230 del Código de Comercio

⁵³ Artículo 1230 del Código de Comercio

⁵⁴ Numeral 3 artículo 29 del EOSF

⁵⁵ Circular Básica Jurídica Título Quinto Capítulo Primero numeral 2.



El beneficiario tiene los derechos que hayan sido previstos en el contrato

- Exigir el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad fiduciaria y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.
- Impugnar los actos anulables por el fiduciario.
- Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan, en caso de que la sociedad fiduciaria no lo hiciere.
- Pedir al superintendente financiero por causa justificada, la remoción de la sociedad fiduciaria.

- 5º Ejercer acción de responsabilidad contra el fiduciario si a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta que sus obligaciones son de medio y no de resultado.
- 6º Todos los demás derechos expresamente estipulados en el contrato de fiducia y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario, o con la esencia de la institución fiduciaria.

Derechos del beneficiario

El beneficiario tiene los derechos que hayan sido previstos en el contrato, básicamente concretados en el de recibir el beneficio como consecuencia de las instrucciones establecidas por el Fideicomitente, y los siguientes consagrados en el artículo 1235 del Código de Comercio:

Obligaciones del fideicomitente

Son obligaciones del Fideicomitente además de las estipuladas en el contrato fiduciario:

1. Pagar a la sociedad fiduciaria la comisión establecida en el respectivo contrato, toda vez que éste es oneroso y consensual, de modo que se acuerda entre las partes el valor de aquella.
2. Atender los gastos que genere el fideicomiso cuando los frutos que genere no sean suficientes, estando prohibido a la fiduciaria asumir gastos con recursos propios.
3. Salir al saneamiento cuando los bienes transferidos presente vicios que afecten el desarrollo del contrato, adelantando las gestiones necesarias para subsanarlos.

Responsabilidad y deberes indelegables de la sociedad fiduciaria

La responsabilidad de la sociedad fiduciaria se enmarca en el concepto de la culpa leve en el cumplimiento de sus funciones, esto es de la diligencia y cuidado que debe tener una persona en la administración de sus propios negocios. (Artículos 63 Código Civil Colombiano y 1234 del Código de Comercio).

Son deberes indelegables del Fiduciario:

- 1º Realizar diligentemente los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia.
- 2º Mantener separados los bienes fideicomitidos del resto de sus activos.

- 3º Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el contrato de fiducia, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca.
- 4º Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo fideicomitente.
- 5º Pedir instrucciones al superintendente financiero cuando tenga fundadas dudas del alcance de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias.
- 6º Procurar el mayor rendimiento de los bienes objetos del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice es siempre oneroso y con fines lucrativos, consultando las mejores alternativas del mercado, el proponente que mejor se ajuste a las condiciones de negociación y con las seguridades de ley salvo determinación contraria del acto constitutivo.
- 7º Transferir los bienes junto con los rendimientos a la persona designada en el acto constitutivo o la ley o en el contrato matriz.

La responsabilidad de la sociedad fiduciaria se enmarca en el concepto de la culpa leve en el cumplimiento de sus funciones

- 8° Rendir cuentas de su gestión a los beneficiarios, acreedores garantizados, fideicomitentes y demás personas indicadas en el acto constitutivo, tal como la entidad estatal en el caso de las asociaciones público privadas.

Derechos de la sociedad fiduciaria

Son derechos de la sociedad fiduciaria los previstos en el contrato y los siguientes:

1. Recibir una remuneración por las gestiones que realiza, de acuerdo con lo pactado y con sus políticas internas.
2. Obtener el reembolso de los gastos realizados en interés del fideicomiso.
3. El derecho a exigir la información para cumplir la finalidad del contrato y la requerida para actualización de los datos del Fideicomitente en desarrollo de normas sobre conocimiento del cliente.

Clausulas generales del contrato de fiducia mercantil

Los contratos de fiducia deben redactarse en términos sencillos, de fácil comprensión para los usuarios; y reflejar con claridad, fidelidad y precisión las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato para cada una de las partes que se vinculen a él, independientemente de su posición contractual.

Por mandato de la Superintendencia Financiera de Colombia, el contrato fiduciario debe incorporar las siguientes previsiones como mínimo:

- 1. Objeto:** Comprenderá una enunciación de las gestiones o actividades específicas constitutivas de la finalidad del negocio fiduciario.
- 2. Bienes Fideicomitidos:** Se refiere a los términos y condiciones bajo los cuales se verifica la transferencia o entrega de los bienes, atendiendo la naturaleza de los mismos y la finalidad del contrato fiduciario.





3. Rendimientos: Cuando se generen rendimientos o utilidades se estipulará el uso y destino que se dará a los mismos. Para el caso de las Asociaciones Públicas Privadas, se atenderá lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012, de acuerdo con el cual los rendimientos de los recursos privados pertenecen al proyecto.

4. Obligaciones y derechos de las partes contratantes: En cláusulas separadas se relacionarán las obligaciones y derechos de la Fiduciaria y del Fideicomitente y beneficiario.

5. Remuneración: Se refiere a los valores o factores sobre los cuales se determinará la remuneración de la sociedad fiduciaria y la forma y oportunidad en que la misma será liquidada o cobrada.

6. Terminación del negocio fiduciario: Deberá señalarse la forma como se transferirán los bienes y activos y se atenderán las obligaciones, cuando ocurra una causal de terminación del contrato prevista en el mismo o en la ley.

7. Órganos asesores y/o administradores: Cuando se requiera juntas o cuerpos colegiados, deben señalarse sus atribuciones y responsabilidades (actas, etc.) y forma de integración.

8. Gastos: Se indicará los gastos que estarán a cargo del patrimonio autónomo, y en especial los relacionados con avalúos, pago de impuestos, realización de peritajes, etc.

9. Gestión de Riesgos: Se tendrá que prever los mecanismos para el cumplimiento de las políticas y estándares establecidos por la sociedad fiduciaria para la gestión de los riesgos asociados a cada negocio y la forma como tales estándares deberán ser cumplidos por las partes, clientes y usuarios del negocio fiduciario.

10. Avalúos de los bienes fideicomitidos. Atendiendo la clase de negocio, se establecerá la periodicidad con la que se harán o actualizarán los avalúos, la obligación del fideicomitente de aportarlos o proveer los recursos para pagarlos y las implicaciones del incumplimiento de tal obligación, y el alcance de las obligaciones de la fiduciaria, según el tipo de negocio cuando sea del caso.

10. No localización de fideicomitentes, beneficiarios y/o acreedores garantizados: se requiere prever un procedimiento a seguir en los casos en los cuales no fuere posible la localización del fideicomitente, beneficiarios y acreedores garantizados.

10. Liquidación: Se refiere al procedimiento para la liquidación del contrato y los términos para hacerla, incluyendo los eventos en que haya necesidad de hacer pagos por concepto de impuestos, tasas, contribuciones, etc. para la restitución de los bienes fideicomitidos, o la necesidad de que el contratante autorice

Aspectos contables del patrimonio autonomo

El patrimonio autónomo en el caso de los contratos de Asociaciones Público Privadas, se constituye en el centro de imputación contable del proyecto, lo que significa que en el mismo quedarán registrados todos los hechos económicos que ocurran en el proyecto que refleja el patrimonio autónomo, afectándose las respectivas cuentas (activos, pasivos, aportes, ingresos y egresos).

De acuerdo con el origen de los recursos en el patrimonio autónomo, los activos se individualizarán los registros correspondientes a recursos privados, públicos, fondos públicos, bienes aportados, rendimientos, etc. Las siguientes son las Cuentas de Orden de los negocios fiduciarios de conformidad con el Plan Único de Cuentas establecido por la

ACTIVO	PASIVO
Caja y Bancos	Proveedores
Inversiones	Créditos con Bancos y entidades financiera
Cuentas por cobrar	Cuentas por pagar
Bienes	Otros
Otros activos	Subcuentas
Subcuentas	PATRIMONIO
	Aportes - Bienes Fideicomitidos

Superintendencia Financiera, cada una de las cuales comporta diversas subcuentas:

CUENTAS DE ORDEN FIDUCIARIAS

Activo

Agrupar las cuentas que representan los bienes y derechos tangibles e intangibles objeto de un negocio fiduciario. Comprende los siguientes grupos: Disponible, Pactos de Reventa, Inversiones, Cartera de Créditos, Derivados, Cuentas por Cobrar, Bienes Realizables y Recibidos en Pago, Propiedades y Equipo y Otros Activos.

Pasivo

Agrupar las cuentas que representan las obligaciones contraídas en desarrollo del giro ordinario del negocio fiduciario. Comprende los pactos de recompra, créditos de bancos y otras obligaciones financieras, cuentas por pagar, pasivos estimados y provisiones y otros pasivos.

Bienes fideicomitidos

Agrupar las cuentas que representan el fideicomiso por la transferencia de bienes del fiduciante al fiduciario, dando lugar a la formación de un PATRIMONIO AUTONOMO, cuyo titular es el fiduciario, tratándose de fiducia mercantil. En caso contrario, agrupa los bienes objeto del encargo o mandato fiduciario.

El elemento de la afectación está dado por la finalidad que señale el fideicomitente en el acto constitutivo. En el caso de los Fondos Comunes de Inversión ordinarios y especiales y los Fondos de Pensiones Voluntarias agrupa además el valor de los rendimientos abonados a los fideicomitentes en desarrollo del procedimiento de la distribución periódica de los mismos.

Ingresos

Agrupa las cuentas que representan los beneficios económicos que percibe el fideicomiso en el desarrollo del giro normal de su actividad, en un ejercicio determinado.

Gastos y costos

Agrupa las cuentas que representan las erogaciones y los cargos financieros y operativos en que incurre el fideicomiso en el desarrollo del giro normal de su actividad en un ejercicio determinado.

Cuentas contingentes

En las cuentas contingentes se registran los hechos económicos o circunstancias que pueden llegar a afectar la estructura financiera del fideicomiso.



Registra aquellas operaciones mediante las cuales el fideicomiso adquiere un derecho o asume una obligación, cuyo surgimiento está condicionado a que un hecho se produzca o no, dependiendo de factores futuros eventuales o remotos.

Igualmente, registra los rendimientos financieros a partir del momento en que se suspenda su causación en las cuentas de la cartera de créditos.
(Subcuentas: anticipo, pagos, interventoria, otras)

Terminación del contrato fiduciario

El procedimiento para la liquidación del contrato y los términos para hacerla, debe desarrollarse en el contrato fiduciario, incluyendo los eventos en los cuales haya necesidad de hacer pagos por conceptos de impuestos, tasas, contribuciones, etc., para la restitución de los bienes fideicomitidos.

Ventajas del contrato fiduciario para los intervinientes

La participación de la fiducia como herramienta en los proyectos público privados, tiene las siguientes ventajas concretas para cada uno de los intervinientes en el mismo:

Para el Contratista:

- Aislamiento y protección de los activos y pasivos sometidos al proyecto.
- Traslado de actividades operativas y de canalización de recursos a la sociedad fiduciaria.

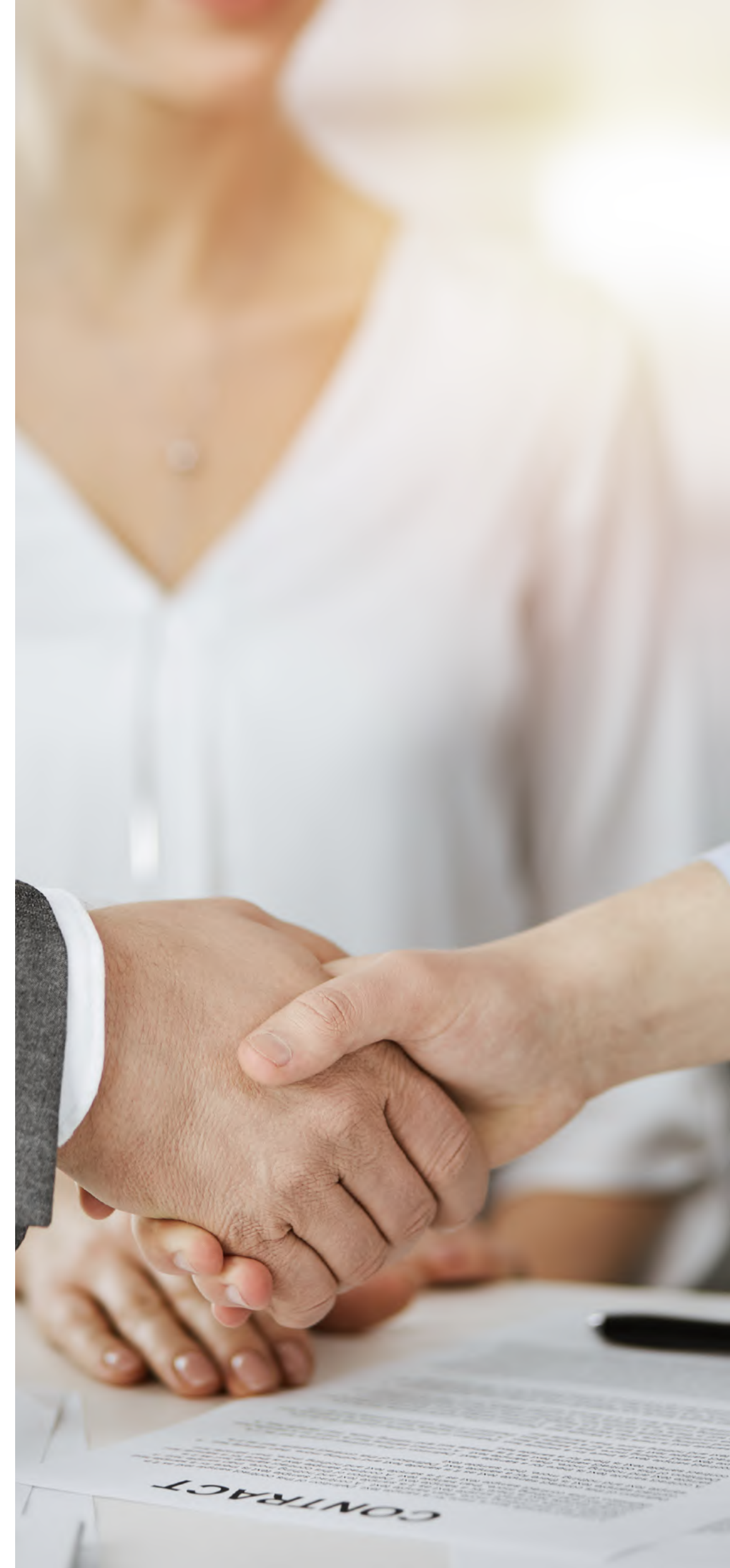
- Posibilidad de ofrecer garantías para financiación del proyecto.
- Gestión profesional para la inversión de los recursos mientras se destinan a la finalidad.

Para la Entidad Estatal

- Facilita el conocimiento integral del proyecto
- Recibe informes de la sociedad fiduciaria
- Realiza el control sobre registros contables centralizados
- Transparencia en el manejo de los recursos.

Para los bancos o mercado de capitales:

- Canalización de la atención de la deuda
- Priorización de los pagos
- Transparencia de las fuentes de pago



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá, D.C.
Centro de contacto: 307 8042 - Conmutador: 5940200
super@superfinanciera.gov.co

www.superfinanciera.gov.co
Ventanilla Única Virtual

 [superintendencia.financiera](https://www.facebook.com/superintendencia.financiera)  [@SFCsupervisor](https://twitter.com/SFCsupervisor)  [/superfinancieracol](https://www.youtube.com/superfinancieracol)



Asset
Management