

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL CON ÉNFASIS EN DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS NEGOCIOS**

Rector: Juan Carlos Henao Pérez.

Secretaria General: Marta Hinestrosa Rey.

Decana de la Facultad de Derecho: Adriana Zapata Giraldo.

Directora (e) del Departamento de  
Derecho de los Negocios: Adriana Castro Pinzón.

Director Trabajo de Grado: Jorge Corredor Higuera.

Jurado: Jorge Padilla Sánchez

ACUERDOS DIRECTOS, TOMA DE POSESIÓN (STEP-IN RIGHTS) Y *PROJECT  
FINANCE* INTERNACIONAL, UNA APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA  
COLOMBIANA DESDE LA PROBLEMÁTICA INTERNACIONAL

NICOLÁS MORA BETANCUR

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL CON ÉNFASIS EN DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS NEGOCIOS  
BOGOTÁ D.C.  
AÑO 2020

AUTOR: NICOLÁS MORA BETANCUR

TESIS DE GRADO PARA OPTAR EL TITULO DE: MAGISTER EN DERECHO  
INTERNACIONAL CON ENFASIS EN DERECHO INTERNACIONAL DE LOS  
NEGOCIOS

DIRECTOR DE TESIS: JORGE CORREDOR HIGUERA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL CON ÉNFASIS EN DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS NEGOCIOS  
BOGOTÁ D.C.  
AÑO 2020



## Contenido

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>1. El <i>Project Finance</i> Internacional</b> .....	9
<b>1.1. Origen del <i>Project Finance</i></b> .....	9
<b>1.2. Partes en el <i>Project Finance</i></b> .....	10
<b>1.3. Importancia del <i>Project Finance</i></b> .....	14
<b>1.4. <i>Project Finance</i> en Colombia</b> .....	22
<b>1.5. Garantías en el <i>Project Finance</i></b> .....	24
<b>2. La Toma de Posesión como garantía en el <i>Project Finance</i> Internacional y en la práctica colombiana</b> .....	33
<b>2.1. Qué es la toma de posesión y cuál es su importancia en el <i>Project Finance</i></b> ...	33
<b>2.2. Naturaleza Jurídica de la toma de posesión en el derecho comparado</b> .....	34
<b>2.3. Principales inconvenientes para tener en cuenta en la estipulación de una toma de posesión</b> .....	46
<b>2.4. Cómo se pacta la toma de posesión (<i>step-in rights</i>) en la práctica internacional.</b> 50	
<b>2.5. Principales modelos de Acuerdo Directo utilizados a nivel internacional</b> .....	57
<b>3. Los Acuerdos Directos y los contratos de concesión en Colombia</b> .....	66
<b>3.1. Naturaleza Jurídica de la toma de posesión en Colombia, y forma de pactarla en la práctica colombiana</b> .....	66
<b>3.2. Ausencia de los Acuerdos Directos en los contratos de concesión</b> .....	81
<b>3.3. Factibilidad de la inclusión de los Acuerdos Directos en los contratos de concesión.</b> .....	96

## GLOSARIO

- 4G: Cuarta generación
- 5G: Quinta generación
- ABA: *American Bar Assosiation*
- ANI: Agencia Nacional de Infraestructura
- APP: Asociaciones Público Privadas
- CFI: Corporación Financiera Internacional
- CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- CONPES: Consejo Nacional de Política Económica y Social
- EPC: *Engineering, Procurement and Construction*, o denominado Contrato llave en mano.
- HM Treasury: Her Majesty's Treasury
- NAFTA: Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
- OEA: Organización de Estados Americanos
- PFI: *Project Finance* Internacional
- U.C.C: *Uniform Commercial Code* o Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos

## INTRODUCCIÓN

El *Project Finance* Internacional (PFI) como técnica de financiación se ha desarrollado ampliamente, permitiendo a diferentes naciones desarrollar sus proyectos de infraestructura, de tal forma que estos se autofinancien a partir de los flujos de efectivo o de caja (*cash flow*) que el mismo proyecto genera; disminuyendo así el flujo de recursos públicos requeridos para su desarrollo y permitiendo a los actores privados desarrollar los proyectos<sup>1</sup>.

Esta técnica de financiación tiene dimensión transfronteriza, en el sentido de que integra participantes de más de un país; lo que lo convierte en una de las principales herramientas para atraer financiadores internacionales hacia los grandes proyectos de infraestructura<sup>2</sup>.

Adicionalmente, el *Project Finance* Internacional se ha utilizado en conjunto con las Asociaciones Público Privadas (APP), para financiar proyectos en los que el sector privado participa junto con las entidades públicas, y con el propósito de proveer servicios públicos que tradicionalmente habían sido financiados de manera exclusiva por los gobiernos.

Colombia está intentando convertirse en un jugador importante en el comercio internacional a nivel regional e internacional. Sin embargo, la falta de desarrollo de infraestructura adecuada (carreteras, puertos, aeropuertos) ha sido un obstáculo, por ello el país ha hecho esfuerzos importantes de mejora a su infraestructura<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> VAÑÓ VAÑÓ, María José. El contrato de <<Project Finance>>. 1Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. ISBN: 84-8442-708-0. P.37-38

<sup>2</sup> NIEHUSS, John M. International "Project Finance" in a nutshell. 2. Ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2015.p.3

<sup>3</sup> COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. CONPES 3527 Política Nacional de Competitividad y Productividad [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 23 de junio de 2008. [citado 24 de noviembre de 2019]. Disponible en World Wide Web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3527.pdf>

Siguiendo esta línea, el Gobierno de Colombia promulgó los documentos CONPES 3527 de 2008 y 3760 de 2013, en los cuales se identifica al sector privado como un “socio estratégico en el desarrollo y la financiación de proyectos”. Los mismos documentos señalan que “es necesario adoptar mecanismos de política pública tendientes a optimizar la utilización de recursos públicos, promover la competencia, hacer atractiva la inversión y facilitar financiación de infraestructura a largo plazo para los privados”.

De acuerdo con las conclusiones de los documentos CONPES mencionados, el *Project Finance* Internacional cobra gran relevancia, en consideración a que es una operación sofisticada para la financiación de proyectos de gran envergadura, en la cual, en contraposición al crédito corporativo tradicional, la financiación no se garantiza con el balance y los bienes de una empresa, sino que se sustenta en los eventuales flujos de caja de un proyecto que se espera sea viable y rentable. Por ello, ha sido utilizado principalmente en los proyectos en los sectores de energía, minería, telecomunicaciones e infraestructura.

Colombia, de manera consecuente a los objetivos trazados en su política pública, desarrolló en su ordenamiento jurídico las regulaciones pertinentes, tendientes a la implementación de las APP, con la sanción de la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios.

De esta forma, Colombia establece como una de sus principales estrategias de desarrollo de la infraestructura, el uso de la técnica del *Project Finance* Internacional con las APP, principalmente en las concesiones de las llamadas carreteras de cuarta generación (4G), y más recientemente con el nuevo modelo de Contrato de Concesión denominado 5G.

El 4G es un programa emprendido por el Gobierno Colombiano, tendiente a la financiación de infraestructura, en el cual se ha incentivado la participación de las

entidades financieras internacionales debido al tamaño de las inversiones requeridas en el mismo<sup>4</sup>. Por su parte, y continuando con el esquema de APP, el 5G recoge las experiencias del 4G e incluye en el modelo de contrato nuevas disposiciones con el fin de hacer énfasis en la sostenibilidad de los proyectos<sup>5</sup>.

Por la especial complejidad del *Project Finance* Internacional, un requisito indispensable para su desarrollo es que el sistema legal del país donde se va a desarrollar un proyecto permita configurar un conjunto de garantías en donde los financiadores no se preocupen por los riesgos de la persona jurídica que será vehículo del proyecto, sino por los riesgos que afecten de manera general a este. Las entidades financiadoras en la búsqueda de la mitigación de riesgos no solo requerirán garantías a los promotores y accionistas del proyecto, sino que exigirán, además, un conjunto de garantías conocidas como “paquete de garantías”, que, a nivel internacional, ha sido el resultado de la práctica acumulada por los actores involucrados en el *Project Finance* Internacional, y recogido por entidades multilaterales tales como la Corporación Financiera Internacional - CFI<sup>6</sup>.

El “paquete de garantías” comprende garantías sobre los derechos tangibles e intangibles del proyecto, con el fin de garantizar que todos los bienes de la sociedad vehículo estén afectos al pago de la financiación y de poder tomar control del proyecto, en caso de que no llegue a buen término. Para ello, se utilizan

---

<sup>4</sup> COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. CONPES 3760 Proyectos Viales Bajo el Esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 30 agosto de 2013. [citado 24 de noviembre de 2019]. Disponible en World Wide Web: <[https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes\\_3760.pdf](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3760.pdf)>

<sup>5</sup> COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP [en línea]. [Bogotá D.C.]: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, 2020 [citado 24 de Mar., 2020]. Disponible en internet:<URL: [https://www. https://www.ani.gov.co/los-proyectos-de-quinta-generacion-5g-tendran-como-eje-central-la-sostenibilidad-y-los-temas-0](https://www.https://www.ani.gov.co/los-proyectos-de-quinta-generacion-5g-tendran-como-eje-central-la-sostenibilidad-y-los-temas-0)>.

<sup>6</sup> AHMED, Priscilla A. y FANG, Xingai. Project Finance in Developing Countries. 1 Ed. Washington, D.C, USA: IFC Lesson of Experience/ International Finance Corporation, 1999. ISBN 0-8213-4434-X. P.10

diferentes figuras, entre las cuales se hallan los llamados Acuerdos Directos, en los que se reglamenta el procedimiento para aplicar el *step-in rights* (toma de posesión)<sup>7</sup>.

En cuanto a la toma de posesión (*step-in rights*), en términos generales se refiere al derecho del financiador para tomar la posición de la empresa del proyecto como proveedor de servicios. Esto se puede considerar como la transferencia de derechos y obligaciones que la empresa del proyecto tiene respecto de sus partes contractuales, y que se le hace al financiador cuando el proyecto está en dificultades.

Teniendo en cuenta que en el *Project Finance* Internacional el proyecto en sí mismo es el principal activo, la importancia de esta garantía radica en que la toma de posesión constituye una herramienta invaluable para que los financiadores tomen control del proyecto, puedan tomar medidas y así eviten situaciones que puedan llevarlo a su terminación anticipada<sup>8</sup>.

En el presente estudio se analizará cómo se podrían solucionar las problemáticas de la garantía de la toma de posesión estipulada en los contratos de concesión en Colombia, desde la experiencia de la práctica internacional.

La hipótesis central consistirá en que las disposiciones contractuales incluidas en los Contratos de Concesión por parte de las entidades concedentes, en relación con la toma de posesión por parte del financiador, no están de acuerdo con el

---

<sup>7</sup> NIEHUSS Op. Cit., p 244-245

<sup>8</sup> MADYKOV, Murat. *Step-In as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions*. En: Depaul Business & Commercial Law Journal [en línea] 2015 volumen 13:273 [citado 06 Ene., 2020] p. 280 Disponible en Internet: <URL: <https://via.library.depaul.edu/bclj/vol13/iss2/3> >

estándar internacional, y generan incertidumbre a las partes intervinientes respecto de las consecuencias de su aplicación.

Esta hipótesis obedece a la ausencia de la estipulación de Acuerdos Directos, y a la consecuente ausencia de diferentes disposiciones comúnmente utilizadas en el *Project Finance* Internacional. Esta situación impedirá otorgar suficiente seguridad jurídica a las partes (Entidad Concedente, Concesionario y Financiadores), en lo referente a cuál va a ser su comportamiento ante el acaecimiento de alguna de las causales que pongan en marcha la toma de posesión, y la responsabilidad derivada del ejercicio de la toma de posesión. Es necesario implementar las disposiciones de los acuerdos directos conforme los estándares internacionales del *Project Finance*, con lo cual se otorgaría seguridad a las partes de cuál va a ser su comportamiento cuando acaezca alguna causal que ponga en marcha la toma de posesión.

Así pues, el objetivo de este estudio será establecer soluciones a la problemática de los contratos de concesión en Colombia, desde los estándares internacionales establecidos para la toma de posesión. Para ello, en primer lugar, partiremos del concepto de *Project Finance* Internacional; en segundo lugar, del estudio comparado de la garantía de toma de posesión en el contexto internacional respecto de la práctica colombiana; y finalizaremos con un análisis respecto de los Acuerdos Directos y su posibilidad de ser utilizados en la práctica colombiana.

## 1. El *Project Finance* Internacional

### 1.1. Origen del *Project Finance*

De acuerdo con Vaño<sup>9</sup>, el *Project Finance* tiene como antecedente la figura de origen griego conocida como el *Foenus Nauticum* o *pecunia traiectica*. Explica DENTONS<sup>10</sup> que esta figura consistía en un mutuo que se efectuaba al armador o propietario de una nave para que en un determinado viaje comprara productos, y reembolsara el préstamo cuando volviera a puerto con los mismos, puesto que el préstamo se pagaba con el producto de la venta de los productos. En caso de que la nave no regresara a salvo a puerto, el armador no debía nada al mutuante. Esta figura se considera el antecedente el Contrato de Seguro, sin embargo, también se puede considerar una forma de préstamo con recursos limitados, figura que explicaremos más adelante.

La técnica se desarrolló en el siglo XIX, cuando los prestamistas ingleses de la ciudad de Londres deciden financiar grandes proyectos de infraestructura, como las líneas férreas en Argentina en 1860, India en 1880 y el Canal de Suez en 1850<sup>11</sup>.

El *Project Finance* moderno nació en la década de los 70s con la financiación de la Compañía Petrolera del Mar del Norte. A partir de entonces, se utilizó para financiar proyectos de *oil and gas*; primero en Reino Unido, y después en Dinamarca, Noruega y Estados Unidos<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> VAÑO. Op. Cit., p.35

<sup>10</sup> DENTONS. A Guide to Project Finance [en línea]. [Dubái]: Dentons, 2018 [citado 10 de nov., 2019]. P. 1 Disponible en internet:<URL:<https://www.dentons.com/en/insights/guides-reports-and-whitepapers/2013/april/1/a-guide-to-project-finance>>

<sup>11</sup> VAÑO. Op. Cit., p.36

<sup>12</sup> DENTONS. Op. Cit., p. 1

A partir de ahí, el *Project Finance* ha sido utilizado en general para financiaciones a largo plazo y con grandes requerimientos de capital. Así pues, es usado para financiar los grandes proyectos de energía, infraestructura, transporte, telecomunicaciones, etc.

## **1.2.Partes en el *Project Finance***

En el *Project Finance* Internacional participan los siguientes actores:

- a) El gobierno anfitrión (*Host Government*): de acuerdo con Niehuss<sup>13</sup>, es el gobierno del país donde está ubicado el proyecto; de tal forma que sus decisiones, o la falta de ellas, pueden determinar el éxito o no del proyecto, puesto que sus acciones influyen sobre todo el ambiente de inversión sobre el régimen regulatorio y la estabilidad política del país.

Vinter<sup>14</sup> considera que un gobierno decide permitir al sector privado desarrollar un proyecto en la búsqueda de satisfacer el interés público. Por esta vía, entre otras, buscará reducir el uso de los propios fondos del gobierno, obtener mejor relación calidad-precio y en general transferir los riesgos al sector privado.

El gobierno anfitrión, denominado también “administración pública” (ya sea nacional o local), usualmente actúa a través de una entidad pública, la cual decide iniciar un proceso de selección para que el sector privado participe presentando ofertas para el desarrollo del proyecto, y posteriormente contrata con quien resulte ganador de éste. También interviene en el proyecto otorgando licencias, determinando tarifas aplicables al proyecto y puede intervenir a título particular, como propietaria del

---

<sup>13</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.12

<sup>14</sup> VINTER, Graham. *Project Finance: A Legal Guide*. 1Ed. London: Sweet & Maxwell, 1998. ISBN 9780421575301. p.1-2

proyecto financiado (es el caso de las APP, en los que se encarga de la construcción y la gestión de la infraestructura pública a un contratista privado)<sup>15</sup>.

- b) El promotor del proyecto (*project sponsor*): podemos decir que es el sector privado. De acuerdo con Niehuss<sup>16</sup>, es la parte que, después de analizar la factibilidad del proyecto, lo identifica como una oportunidad de negocio. Hecho esto, se convierte normalmente en el principal inversor de capital para el proyecto y se dedica a conseguir la financiación de éste.

Vinter<sup>17</sup> indica que el interés del promotor del proyecto no se limita necesariamente a la obtención de ganancias, sino que puede contemplar la satisfacción de intereses corporativos estratégicos e inclusive la posibilidad de sacar un proyecto del balance de la compañía.

Para Vañó<sup>18</sup>, el *Project Finance* tiene usualmente como núcleo un contrato de concesión administrativa. Para su materialización, se surte un procedimiento de selección (*procurement*), en el que se escogen los promotores del proyecto. Dicho procedimiento se surte de manera diferente, según la normatividad de contratación pública de cada país; pero una vez efectuado, se escogen los promotores del proyecto basándose en criterios cuantitativos (capacidad económica, financiera y técnica).

---

<sup>15</sup> MARTIN BAUMEISTER, BRUNO. La configuración de paquetes de garantías en distintas modalidades de financiación sindicada, en particular, en financiaciones corporativas, de adquisición, de proyecto y de *sale and lease back*. P.13-14 En: SSRN's e Library, [en línea] 2013 [citado 15 dic., 2019]. Disponible en internet: <URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2486496](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2486496)>

<sup>16</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.12

<sup>17</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David. Project Finance. 4 Ed. London: Sweet & Maxwell, 2013. ISBN 978-0-414-04239-1. p.2-4

<sup>18</sup> VAÑÓ. Op. Cit., p. 147

- c) La sociedad vehículo: de acuerdo con Vañó<sup>19</sup>, es la sociedad de propósito especial, que se constituye con el objeto de adquirir la financiación y actuar como parte en los diferentes contratos que conforman el proyecto.

Teniendo en cuenta que lo principal en el *Project Finance* es la capacidad de generar ingresos por parte del proyecto, la idea es que los accionistas de la sociedad vehículo lo desarrollen a través de una estructura jurídica que les permitan aislar los bienes y derechos de los que pudieran ser titulares de las posibles responsabilidades que eventualmente se generarán por el incumplimiento de algunas cláusulas del contrato; y, fijándose un límite máximo para su responsabilidad correspondiente a sus aportes en la sociedad vehículo, consiguen separar los patrimonios y proteger su patrimonio individual. La sociedad vehículo será la titular de los activos del proyecto, teniendo personalidad jurídica y patrimonio independiente al de sus socios.

Para Dentons, la sociedad vehículo será la encargada de obtener financiación del proyecto; por tanto, se constituirá en el prestatario en los contratos de crédito y suscribirá todos los documentos del proyecto, usualmente es a esta a quien se le ha adjudicado la concesión o se le ha otorgado la licencia para llevar a cabo el proyecto.

De otro lado, Hoffman<sup>20</sup> indica que la naturaleza jurídica o el tipo societario escogido para la sociedad vehículo dependerá de una gran variedad de factores; sin embargo, uno de los más relevantes es la legislación del gobierno anfitrión, la cual debe ser estudiada para determinar cuestiones tales como si un inversor extranjero puede hacer negocios en el país, si puede un inversor extranjero ser propietario de finca raíz en el país, cuáles son las condiciones de participación para un inversor extranjero en una sociedad constituida en el país, y si se permiten los límites de responsabilidad en las estructuras societarias en el país.

---

<sup>19</sup> Ibid. p. 147-148

<sup>20</sup> HOFFMAN, Scott L. *The Law and Business of International Project Finance*. 3 Ed. New York: Cambridge University Press, 2009. P. 71

- d) Los financiadores (prestamistas): entidades financieras o bancos comerciales que, de acuerdo con Niehuss<sup>21</sup>, son un grupo de financiadores sofisticados pero conservadores y cautelosos en sus decisiones.

Teniendo en cuenta que la participación en financiación de proyectos es un área muy especializada, los financiadores normalmente son bancos que tienen la capacidad para medir los riesgos de los proyectos y son grandes bancos con mucha experiencia<sup>22</sup>. Su participación se basa en los flujos de efectivo (*cash flow*) del proyecto.

Por ello, son muy sensibles a cualquier situación que pueda interrumpir esos flujos o afectar el valor del proyecto. En consecuencia, de manera previa a formalizar un contrato de crédito, realizan una debida diligencia exhaustiva sobre el proyecto y sus riesgos; y exigen una amplia gama de garantías y acuerdos, diseñados para garantizar que sus préstamos serán pagados en cualquier circunstancia.

Debido al valor y al riesgo de los grandes proyectos de infraestructura, normalmente se requiere conformar un grupo de financiadores para proveer la financiación. Estos actúan en conjunto, porque ninguno tiene de manera individual la capacidad para proveer la totalidad de la financiación al proyecto<sup>23</sup>.

Los financiadores proveen diferentes tipos de deuda para el proyecto: unos proveerán deuda *senior*, es decir, aquella que se paga prioritariamente a la deuda subordinada; otros financiadores proporcionarán un determinado tramo de la deuda con características específicas en lo relativo a tasas de interés y periodos de amortización<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.13

<sup>22</sup> DENTONS. Op. Cit., p.12

<sup>23</sup> HOFFMAN Op. Cit., p. 72

<sup>24</sup> Ibid. p 72

De manera complementaria, Vaño<sup>25</sup> señala que la base del *Project Finance* es un contrato de crédito sindicado o crédito subasta, que será la principal fuente de financiación, a través del cual se aporta normalmente entre el 70% y el 80% de la financiación.

Por su parte, Vinter<sup>26</sup> resalta que el interés de los financiadores será tener ganancias, asumir únicamente riesgos cuantificables, tener control de las decisiones claves del proyecto, y tomar control del proyecto en situaciones difíciles. Este último objetivo se contrapone a los intereses de los promotores del proyecto.

- e) Contratistas: Madikov<sup>27</sup> dice que son las partes encargadas de desarrollar y supervisar la construcción del proyecto bajo un contrato de obra o un “llave en mano”, conocido por sus siglas en inglés como EPC (*Engineering, Procurement and Construction*). De otro lado, Niehuss<sup>28</sup> indica que un proyecto de gran envergadura requerirá contratistas solventes para asegurar que las obras sean terminadas a tiempo, ya que un retraso puede llevar a requerir fondos adicionales, o afectará el flujo de ingresos. Estas circunstancias afectarán el servicio de la deuda y la tasa de rendimiento de capital del proyecto.

### **1.3. Importancia del *Project Finance***

Para efectos del presente estudio, nos basaremos en Vinter<sup>29</sup>, quien define el *Project Finance* como “el financiamiento del desarrollo o explotación de un derecho, o recurso natural, o cualquier otro activo, donde la mayor parte de la financiación no será proporcionada por

---

<sup>25</sup> VAÑO. Op. Cit., p 157

<sup>26</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.4-5

<sup>27</sup> MADYKOV. Op. Cit., p. 277

<sup>28</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.17

<sup>29</sup> VINTER Op. Cit., p. xxxi

alguna forma de capital social y se obtendrá principalmente de los ingresos del proyecto en cuestión”.

De acuerdo con Niehuss<sup>30</sup>, el *Project Finance* hace parte de la familia de las técnicas de financiación conocidas como financiación estructurada, en las cuales se segrega de su dueño o de quien lo generó un activo (o grupo de activos) generador de ingresos, para que éste sirva como fuente de repago de la deuda, en lugar de los activos del balance del generador de la transacción.

Desde el punto de vista de los financiadores, el *Project Finance* se efectuará a través de lo que se conoce como una “financiación sindicada”, puesto que participarán una pluralidad de financiadores conocida normalmente como sindicato de bancos (*syndicate*), que se obligarán conjuntamente a proporcionar una suma de dinero al prestatario, y será la sociedad vehículo del proyecto<sup>31</sup>.

Sobre el sindicato de bancos, Martín<sup>32</sup> señala que: “Los negocios jurídicos de crédito y/o préstamo aparecen regulados en un set de documentos contractuales comunes, que reciben la denominación de documentos financieros (*finance documents*) o simplemente contrato de financiación sindicada (*syndicated loan agreement*)”; pero cuando el sindicato de bancos se plasma en un contrato diferente al de financiación, se hace a través de lo que se conoce como contrato entre acreedores (*intercreditor agreement*). En estos contratos se debe designar a un agente de los financiadores, quien regulará la administración de los pagos en el contrato y hará de interlocutor entre las partes.

---

<sup>30</sup> NIEHUSS Op. Cit., p. 3-4

<sup>31</sup> VAÑO. Op. Cit., p. 157-158

<sup>32</sup> MARTIN BAUMEISTER, BRUNO. Op. Cit., p.2-3

Para Vaño<sup>33</sup>, existe un contrato de *Project Finance* que será precisamente este contrato de crédito sindicado, diferenciable de la estructura de *Project Finance*, en la cual se interrelacionan diferentes contratos con una finalidad económica común, con titulares distintos y con una única finalidad de devolver el préstamo efectuado a través del contrato de crédito sindicado o contrato de *Project Finance*.

El *Project Finance*, como técnica de financiación, de acuerdo con Hoffman<sup>34</sup>, tiene dos modalidades: la primera, conocida como financiación sin recursos, la segunda, denominada financiación con recursos limitados. Así pues, cuando el promotor del proyecto (*project sponsor*) no es responsable por obligaciones y pasivos del proyecto, y el análisis para otorgar la financiación de los prestamistas se sustenta exclusivamente en las ganancias proyectadas del proyecto, en lugar de la capacidad crediticia del promotor del proyecto, estaremos en una financiación sin recursos.

De otro lado, cuando al promotor del proyecto se le haga responsable de ciertas obligaciones y pasivos del proyecto, se estará en una financiación con recursos limitados. Esta es la forma más común del *Project Finance*. Allí no existe una regla general para determinar qué tanto recurso debe aportar el promotor, esto se determina en cada caso, de acuerdo con los riesgos particulares del proyecto, y con el nivel de aversión al riesgo que tengan los mercados<sup>35</sup>.

En términos generales, en las dos modalidades de financiación mencionadas (sin recursos y con recursos limitados), la deuda, el capital, y el crédito se combinan para la construcción, operación y/o refinanciación de un proyecto en particular; y las entidades financiadoras otorgan el crédito basándose principalmente en un análisis de diferentes elementos del proyecto tales como: a) ganancias proyectadas de la operación (en lugar de los activos de los promotores); b) los activos, incluido cualquier contrato que produzca ganancias; y c)

---

<sup>33</sup> VAÑO. Op. Cit., p.137

<sup>34</sup> HOFFMAN Op. Cit., p.4-5

<sup>35</sup> Ibid. p. 5

cualquier otro flujo de efectivo (*cash flow*) que se pueda producir, para ser utilizado como garantía adicional<sup>36</sup>.

El *Project Finance*, como técnica de financiación, se ha desarrollado ampliamente en el contexto internacional, generando un creciente interés en las Administraciones Públicas de distintos países, gracias a que les permite desarrollar sus proyectos de infraestructura, de tal forma que estos se autofinancien a partir de los flujos de efectivo (*cash Flow*) que éste genera, disminuyendo la necesidad de recursos públicos para su desarrollo y permitiendo a los actores privados intervenir en su desarrollo.

Adicionalmente, el *Project Finance* se diferencia de las privatizaciones en la medida en que, a diferencia de éstas, la administración pública se desentiende del servicio privatizado. En el *Project Finance*, la administración pública tiene una participación desde la identificación y planeación del proyecto, para luego convertirse en uno de los principales compradores de los servicios<sup>37</sup>.

A su vez, Niehuss<sup>38</sup> resalta que el *Project Finance* se ha utilizado por las administraciones públicas en conexión con la figura de las APP, con el propósito de que se financien proyectos en los que el sector privado participa en conjunto con las entidades públicas, para proveer servicios públicos que tradicionalmente habían sido financiados de manera exclusiva por los gobiernos.

---

<sup>36</sup> Ibid. p.4

<sup>37</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO CAF. Infraestructura Pública y Participación Privada, Conceptos y Experiencias en América y España. Bogotá D.C: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO CAF. 2010. ISBN: 978-980-6810-47-1. p. 116

<sup>38</sup> NIEHUSS. Op. Cit., p. 3

De acuerdo con lo anterior, Garcia-Kilroy<sup>39</sup> concluye que el uso de las APP, en conjunto con el *Project Finance*, permite una mejor eficiencia en la distribución de recursos. Su principal beneficio es la distribución de riesgos entre las partes interesadas, utilizando el criterio de asignar los riesgos a la parte que tiene mejor capacidad de asumirlo, y la posibilidad de tomar ventaja de las mayores eficiencias e innovaciones que se producen en el sector privado. Esto, en contraste, con el esquema tradicional de provisión de infraestructura por parte del sector público, en el cual los contribuyentes son los que asumen los riesgos.

Teniendo en cuenta la utilidad del *Project Finance* para las distintas administraciones públicas y su relevancia para desarrollar proyectos a nivel internacional, en diferentes contextos se producen iniciativas para elaborar documentos de principios y recomendaciones que deben ser aplicados y tenidos en cuenta en esta técnica de financiación, entre los que podemos mencionar: la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999)<sup>40</sup>, *Project Finance in Developing Countries de la International Finance Corporation - IFC* (1999)<sup>41</sup>, la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (2000)<sup>42</sup>, y el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2004)<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> GARCIA-KILROY, Catiana y HEINZ P., Rudolph. Private Financing of Public Infrastructure through PPPs in Latin America and the Caribbean. Executive Summary. Washington, D.C, USA: International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2017. p. 2

<sup>40</sup> UK. HM TREASURY. Standardisation of PFI Contracts [en línea]. [London]: HM TREASURY, 2017 [citado 10 de nov., 2019]. ISBN: 978-1-84532-269-4 Disponible en internet:<URL:[https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130123191515/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi\\_sopc4pu101\\_210307.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130123191515/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf). >

<sup>41</sup> AHMED. Op. Cit..

<sup>42</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada [en línea]. [Nueva York]: NACIONES UNIDAS. 2000 [Citado el 10 de nov., 2019]. ISBN: 92-1-133632-5 Disponible en internet: <URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF> <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf> >

<sup>43</sup> UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. LIBRO VERDE SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y EL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CONCESIONES [en línea]. [Bruselas]: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2004 [Citado 10 de Nov., 2019] Disponible en internet:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF> >

Las anteriores consideraciones contribuyeron a generar interés en las administraciones públicas por el *Project Finance*, lo que llevó, de acuerdo con Vañó<sup>44</sup>, a que se iniciara un movimiento para su incorporación en diferentes ordenamientos jurídicos, por medio de leyes sobre procedimientos de licitación pública con posible financiación privada del proyecto.

Podemos decir entonces que el *Project Finance* Internacional consiste en la “financiación de un proyecto que tiene dimensión transfronteriza, en el sentido de que integrará participantes y/o financiadores de más de un país”<sup>45</sup>, lo que lo convierte en una de las principales herramientas con las que puede contar un gobierno anfitrión, para atraer financiadores internacionales a los grandes proyectos de infraestructura que pretenda desarrollar en su territorio.

García-Kilroy<sup>46</sup> indica que la participación de financiadores internacionales y de instituciones multilaterales es importante para complementar los mercados domésticos, ya que los proyectos no solo se benefician de los recursos que los financiadores internacionales proporcionan, sino que también los países reciben transferencia tecnológica y de conocimiento, lo que permite mejorar los estándares y brindar mayor eficiencia en los costos de la financiación. Adicionalmente, la participación de financiadores internacionales en un *Project Finance* es importante para atraer al proyecto promotores (*sponsors*) internacionales de calidad.

De acuerdo con Hoffman<sup>47</sup>, la técnica del *Project Finance* es usada en todo el mundo, tanto en países emergentes como en países industrializados. La razón es que, hasta principios de los años 70s, la mayor parte de la financiación de infraestructura en los países emergentes provenía de los recursos propios de los gobiernos. Sin embargo, posteriormente se inició la

---

<sup>44</sup> VAÑÓ. Op. Cit., p. 37

<sup>45</sup> Ibid. p. 3

<sup>46</sup> GARCIA-KILROY, Catiana y HEINZ P., Rudolph. Op. Cit., p 1-2

<sup>47</sup> HOFFMAN Op. Cit., p.13

reducción de ayudas financieras a estos, en atención a su creciente carencia de credibilidad financiera, especialmente teniendo en cuenta el volumen de créditos necesarios para desarrollar estas economías.

Adicionalmente, Dentons<sup>48</sup> indica que dicha situación coincidió con una creciente desconfianza en el sector público para desarrollar proyectos de infraestructura. De esta forma, tanto los países industrializados como los países emergentes aceptaron que el sector privado era más fiable para desarrollar, construir y operar grandes proyectos de infraestructura.

Uno de los principales hitos en la utilización de las eficiencias del sector privado en la prestación de servicios públicos fue la denominada *Private Finance Initiative (PFI)*, utilizada inicialmente en Reino Unido y luego heredada por diferentes países (especialmente por aquellos con mayor influencia de Reino Unido como Australia, Irlanda, Singapur y Hong Kong), que tiene sus primeras manifestaciones en los años 80s pero que tomó forma hasta 1992, cuando el Gobierno de Reino Unido decidió evolucionar de ser un proveedor directo a ser un comprador de servicios que se debían prestar y ejecutar de acuerdo con la regulación expedida por el gobierno. Con esta filosofía, se desarrollaron en el Reino Unido proyectos de hospitales, colegios, prisiones, transporte y defensa<sup>49</sup>.

Después de esto, para los países industrializados el uso del *Project Finance* fue en ascenso, hasta la crisis financiera de 2007/2008. Posteriormente, las políticas de austeridad hicieron que su uso disminuyera, pero en 2015 el número de proyectos desarrollados a nivel global con esta metodología y que habían obtenido cierre financiero se elevaba a 900, comprendiendo una variedad de sectores tanto sociales como de infraestructura (defensa y

---

<sup>48</sup> DENTONS. Op. Cit., p.1

<sup>49</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO CAF. Op. Cit., p.116-117

transporte), *oil and gas*, energía y energías renovables (siendo este último el que actualmente domina el número de cierres en atención a las crecientes necesidades del sector) <sup>50</sup>.

Para finales de 2015, Europa era la región con más cierres financieros a nivel global, con un total de 299 proyectos; seguida por Estados Unidos que había invertido aproximadamente US \$90 billones en proyectos, y Canadá que había alcanzado el cierre financiero de 72 proyectos, por valor total de US \$19 billones<sup>51</sup>.

De otro lado, los países exportadores de petróleo del medio oriente tienen un creciente interés en el *Project Finance*, en atención a la caída de los precios del petróleo, lo que los ha incentivado a recurrir al sector privado para financiar sus proyectos de infraestructura y servicios públicos. Esto se refleja en la expedición de la Ley de APP de Kuwait en 2014 y la de Dubái en 2015<sup>52</sup>.

De acuerdo con Garcia-Kilroy<sup>53</sup>, en el caso de Latinoamérica y el Caribe, la financiación de infraestructura pública es un importante desafío en la agenda para el crecimiento de la región. Lo anterior se debe a que, por importantes limitaciones fiscales de estos países, los gobiernos han tenido que buscar al sector privado como alternativa. En consecuencia de esto, los países han tenido mayor éxito desde que comenzaron a utilizar el sistema de APP hacia el final de la década de los 80s.

Así pues, para finales de 2015, Brasil tenía cierres financieros por una suma de USD \$18.5 billones en diferentes sectores; México y Uruguay habían efectuado cierres en energías

---

<sup>50</sup> Ibid. p. 1

<sup>51</sup> Ibid. p. 1

<sup>52</sup> Ibid. p. 2

<sup>53</sup> GARCIA-KILROY, Catiana y HEINZ P., Rudolph. Op. Cit., p 1

renovables; Colombia y Perú habían hecho importantes cierres en infraestructura de transporte<sup>54</sup>.

#### **1.4. Project Finance en Colombia**

Colombia está intentando convertirse en un jugador importante en el comercio internacional a nivel regional e internacional, sin embargo, la falta de desarrollo de infraestructura adecuada (carreteras, puertos, aeropuertos) ha sido una limitante para su competitividad; por ello, el país ha hecho esfuerzos importantes de mejora a su infraestructura.

Siguiendo esta línea, el Gobierno de Colombia promulgó, en primer lugar, el documento CONPES 3527 de 2008<sup>55</sup> titulado: “Política Nacional de Competitividad y Productividad”, en el cuál identificó como una de las deficiencias en el sector transporte del país la problemática relativa a la financiación de proyectos de infraestructura; y como una de las alternativas para su solución se estableció la búsqueda de herramientas para lograr la financiación privada de la infraestructura.

En el Plan *Nacional* de Desarrollo del periodo 2010-2014: “Prosperidad para Todos”, se identificaron las APP como apoyo transversal a la competitividad; y se resaltó la necesidad de que el sector privado participara en la oferta de bienes públicos, explorando “mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes para la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de infraestructura pública<sup>56</sup>”.

En el mismo Plan de Desarrollo, se estableció que:

---

<sup>54</sup> DENTONS. Op. Cit., p.2

<sup>55</sup> COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. CONPES 3527 Política Nacional de Competitividad y Productividad [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 23 de junio de 2008. [citado 24 de noviembre de 2019]. Disponible en World Wide Web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3527.pdf>. P. 58-58

<sup>56</sup> COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para todos. [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 2011. [citado 24 de noviembre de 2019]. P. 156. Disponible en World Wide Web: <<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/4C.%20Cap%C3%ADtulo%20III.pdf>>

(...) el Gobierno impulsará el uso de un nuevo esquema de gestión de proyectos en el marco de las Asociaciones Público Privadas, que propenda por el desarrollo de infraestructura, mediante el uso de mejores prácticas internacionales, no sólo en los sectores que tradicionalmente se han beneficiado de la vinculación del sector privado, sino en la construcción y desarrollo de infraestructura social y de uso institucional (...)

<sup>57</sup>.

De manera consecuente con los objetivos trazados en la política pública, Colombia desarrolló en su ordenamiento jurídico las regulaciones pertinentes, tendientes a la implementación de las APP, con la sanción de la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios.

Posteriormente, el documento CONPES 3760 de 2013 dio vida al programa de vías de cuarta generación (4G), en el cual, debido al tamaño de las inversiones necesarias para su desarrollo, se identifica al sector privado como un socio estratégico en el desarrollo y la financiación de proyectos. El mismo documento señala que “es necesario adoptar mecanismos de política pública tendientes a optimizar la utilización de recursos públicos, promover la competencia, hacer atractiva la inversión y facilitar financiación de infraestructura a largo plazo para los privados”<sup>58</sup>.

Con el cambio de Gobierno, el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2018-2022 (“Pacto por Colombia”<sup>59</sup>) ratificó la importancia de las APP al identificar en su fortalecimiento una de las herramientas que permiten lograr una política social moderna, conectada a los mercados, ya que genera un gran impacto en la provisión de servicios. Para

---

<sup>57</sup> Ibid. p.158

<sup>58</sup> COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. CONPES 3760 Proyectos Viales Bajo el Esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 30 agosto de 2013. [citado 24 de noviembre de 2019]. Disponible en World Wide Web: <[https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes\\_3760.pdf](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3760.pdf)>. p. 35

<sup>59</sup> COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia. [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 2019. [citado 24 de noviembre de 2019]. Disponible en World Wide Web: <<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PND-Pacto-por-Colombia-pacto-por-la-equidad-2018-2022.pdf>>

ello, el Plan de Desarrollo se propone incentivar el desarrollo de infraestructura social a través de las APP, señalando adicionalmente que se debe concluir el programa 4G y establecer de manera complementaria una propuesta de ajuste en la normatividad de las APP para que se pueda extender su aplicación al sector de las TIC.

De acuerdo con las conclusiones de los documentos mencionados, Colombia establece como una de las principales estrategias de desarrollo de la infraestructura el uso de la técnica del *Project Finance*, en conjunto con el mecanismo de las APP, principalmente en las concesiones de las llamadas carreteras de cuarta generación (4G).

En desarrollo del fortalecimiento del esquema APP, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), partiendo del Contrato de Concesión de 4G, ha dado a conocer recientemente lo que se ha denominado Contrato de Concesión 5G, el cual fue publicado el 13 de marzo de 2020. Para ello, incorporó modificaciones al Contrato de Concesión que partieron de las experiencias adquiridas en el desarrollo del programa de 4G. Estas modificaciones tienen el objetivo de tomar como eje central de la ejecución del contrato los criterios de sostenibilidad en los niveles ambiental, financiero, económico y social<sup>60</sup>.

### 1.5. Garantías en el *Project Finance*

De acuerdo con Bonilla<sup>61</sup>, las garantías constituyen para el deudor un incentivo de cumplir la obligación que ha adquirido; y para el acreedor, un criterio para cubrir el riesgo de incumplimiento una vez se haya concretado. Por tanto, el análisis de riesgo que efectúa un

---

<sup>60</sup> COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP [en línea]. [Bogotá D.C.]: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, 2020 [citado 24 de Mar., 2020]. Disponible en internet: <URL: <https://www.https://www.ani.gov.co/los-proyectos-de-quinta-generacion-5g-tendran-como-eje-central-la-sostenibilidad-y-los-temas-0>>.

<sup>61</sup> BONILLA SANABRIA, Fabio Andrés. El Nuevo Régimen Legal de las Garantías Mobiliarias. En: Revista@ e-Mercatoria, [en línea] 2014, no. 42. [citado 08 dic., 2019] Disponible en internet: <URL: [www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf](http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf) > P. 42

financiado al otorgar un crédito se basará principalmente en la capacidad de pago del tomador del crédito y no en las garantías otorgadas, las cuales son un mecanismo de mitigación del riesgo de incumplimiento del deudor.

De manera complementaria, Vinter<sup>62</sup> observa que la visión más común de lo que es una garantía consiste en que el financiador toma la garantía sobre un activo, con el fin de venderlo si el préstamo es incumplido y utilizar el producto de la venta para pagar las cantidades pendientes de pago del préstamo.

Este concepto coincide con el de Colateral (*Collateral*) del derecho anglosajón, definido como: “Bienes o activos que son comprometidos por un individuo para garantizar un préstamo. En caso de incumplimiento, el colateral queda sujeto a embargo por parte del prestamista y puede ser vendido para satisfacer la deuda<sup>63</sup>”.

Gaviria<sup>64</sup> considera que en este escenario la garantía actúa como un rehén que el deudor entrega a su acreedor y que lo disuade de incumplir el pago; cumpliendo la misma función que otrora tenía la entrega de una persona de un rey a otro, indicando así la intención de honrar sus obligaciones crediticias. Para que el bien entregado en garantía cumpla su función, debe ser un bien de gran afección para la persona que lo entrega, o en el caso de una empresa un bien esencial para su operación.

---

<sup>62</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p. 269

<sup>63</sup> WEX. Legal Dictionary and Legal Encyclopedia En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 17 jul., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/wex/collateral>> “*Collateral: Property or assets that are committed by an individual in order to guarantee a loan. Upon default, the collateral becomes subject to seizure by the lender and may be sold to satisfy the debt.*”

<sup>64</sup> GAVIRIA, Juan Antonio. Las Garantías Mobiliarias. Fundamentos Económicos en la Ley Colombiana. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015. ISBN 978-958-749-479-2. p. 46-47

Las garantías a su vez proporcionan otra ventaja, y es que la seguridad jurídica y económica que otorgan a los prestamistas los incentiva a disminuir la tasa de interés del préstamo, en comparación con un crédito sin garantía<sup>65</sup>.

Ahora bien, como se ha mencionado, el *Project Finance* es una forma de financiación estructurada que opera en dos modalidades (con recursos y con financiación limitada) en las cuales la deuda, el capital y el crédito se combinan para la construcción, operación y/o refinanciación de un proyecto en particular; y las entidades financiadoras otorgan el crédito, basándose principalmente en las apreciaciones acerca de las ganancias proyectadas de la operación del proyecto, en lugar de los activos de los promotores del proyecto. Adicionalmente, confían en los activos del proyecto, incluido cualquier contrato que produzca ganancias y cualquier otro flujo de efectivo (*cash flow*) que pueda producir el proyecto como garantía adicional. Estas características hacen especialmente compleja la financiación de un *Project Finance*.

Es cuando hablamos de las garantías que deberán solicitar los financiadores cuando se evidencia la complejidad del *Project Finance*; ya que, para que se logre el cierre de los contratos de crédito que permiten el desarrollo de éste, es fundamental que exista la posibilidad de otorgar garantías a los financiadores sobre la totalidad de los activos. En este sentido, Hoffman<sup>66</sup> indica que los financiadores desearán el derecho de tomar control sobre los activos necesarios para poder terminar la construcción, operar el proyecto o vender totalmente el proyecto a otra entidad que pueda operar el proyecto y pagarse con el producto de esta venta.

Vinter<sup>67</sup> señala como dificultad adicional, para el caso de las garantías en el *Project Finance*, el hecho de que su ejecución puede presentar diversos inconvenientes como que el mercado

---

<sup>65</sup> Ibid. P.19

<sup>66</sup> HOFFMAN Op. Cit., p.364

<sup>67</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.269

de los bienes otorgados en garantía suele ser extremadamente limitado (no habrá muchos interesados en una planta de energía en un país en desarrollo); o que puede ser difícil determinar un valor de un proyecto (especialmente si no se ha concluido). Así pues, determinar el valor del proyecto es extremadamente aleatorio, y normalmente se requiere el consentimiento de un tercero (usualmente una entidad pública), para poder ejecutar alguna de las garantías.

No obstante las dificultades señaladas, Vinter<sup>68</sup> considera que las garantías en el *Project Finance* buscan tres propósitos esenciales: el primero de ellos es uno defensivo, en el sentido que el acreedor busca tener un mejor derecho que cualquier otro acreedor y así poder disuadir a los demás acreedores de perseguir los bienes objeto de garantía; el segundo es un propósito de administración, teniendo en cuenta que en la técnica de financiación en estudio la principal garantía no son los bienes del proyecto, sino los flujos de capital que éste genera y es importante para los acreedores poder tomar las riendas del negocio en el momento que el funcionamiento del mismo esté en peligro para así poder garantizar el normal ingreso de los flujos de capital (*cash flow*) que son objeto de la garantía; el tercero es una suma de los anteriores y consiste en poder controlar un eventual proceso de insolvencia, ya sea porque al tomar el control evita la entrada del proyecto en insolvencia, o porque al entrar en insolvencia el acreedor con mejor derecho puede tomar las decisiones más importantes o ejercer mayor poder dentro del mismo.

Considerando que en un *Project Finance* los financiadores no son quienes controlan el proyecto, ya que financian a una sociedad vehículo que está controlada usualmente por los promotores del proyecto, o en su defecto por quien obtenga el control de esta, los financiadores buscarán proteger su inversión y mitigar los riesgos. Para ello, no solo exigirán a los promotores del proyecto la constitución de garantías, sino que también solicitarán un conjunto de contratos de garantía conocido como “paquete de garantías” (*security package* o

---

<sup>68</sup> Ibid. p.269

*collateral package*). El propósito de su constitución será obtener el máximo control posible sobre el proyecto, lo que se manifestará en derechos de información y de intervención<sup>69</sup>.

El conjunto de contratos de garantía que conforman el “paquete de garantías” ha sido establecido por la práctica del *Project Finance* en el ámbito internacional y recopilado en documentos elaborados por diferentes entidades como la CFI<sup>70</sup>, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>71</sup> y el Ministerio de Hacienda de UK (HM Treasury)<sup>72</sup>.

El “paquete de garantías” comprende garantías sobre los derechos tangibles e intangibles del proyecto, con el fin de garantizar que todos los bienes de la sociedad vehículo estén afectos al pago de la financiación y de poder tomar control del proyecto en caso de que no llegue a buen término<sup>73</sup>.

Se compone entonces de un conjunto de contratos y acuerdos de garantías que contemplan figuras como la hipoteca, la prenda de derechos de crédito presentes y futuros, la prenda de acciones, la prenda de los documentos del proyecto, los *covenants* financieros, los depósitos en garantía, y los Acuerdos Directos en los que se regula el procedimiento para aplicar el *step-in rights* (toma de posesión)<sup>74</sup>.

Al constituir el “paquete de garantías” se configura un conjunto de acuerdos en los que el promotor del proyecto otorga en garantía: a) todos los derechos que pueda llegar a tener sobre el contrato de concesión; b) todos los derechos que pueda llegar a tener derivados de los contratos de seguro; c) todos los flujos de capital directa o indirectamente relacionados con

---

<sup>69</sup> MARTIN BAUMEISTER, BRUNO. Op. Cit., p.13

<sup>70</sup> AHMED. Op. Cit., p. 10

<sup>71</sup> NACIONES UNIDAS. Op. Cit., P. 133

<sup>72</sup> UK. HM TREASURY. Op. Cit., p.186

<sup>73</sup> NIEHUSS Op. Cit., p 244-245

<sup>74</sup> Ibid. p.244-245

el proyecto; d) todas las acciones de la sociedad; e) un acuerdo de subordinación, según el cual todos los prestamistas posteriores aceptan que en relación al pago darán mejor derecho al prestamista original<sup>75</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, uno de los principales factores para que se puedan desarrollar proyectos a través del *Project Finance* será que el sistema legal del país anfitrión del proyecto a ser financiado permita la constitución del paquete de garantías, de manera que los financiadores no deban preocuparse por los riesgos de los promotores del proyecto, sino únicamente por aquellos que afecten de manera general al proyecto.

Atendiendo la anterior premisa, Hoffman<sup>76</sup> señala que antes de entrar en un proyecto, lo primero que debe hacer un financiador es entender el tipo de gravámenes permitidos por las leyes del país anfitrión; ejercicio para el cual es importante establecer las principales diferencias en materia de garantías de las dos principales tradiciones jurídicas:

- a) En países de la tradición jurídica del *common law*, los gravámenes se pueden establecer sobre todos los activos del proyecto, inclusive permiten establecer prenda sobre derechos futuros del deudor (*floating charge*).
- b) En países de tradición jurídica continental (*civil law*), generalmente tienen normas que regulan la creación, perfeccionamiento y prioridad de las garantías.

Por otro lado, Niehuss<sup>77</sup> destaca que la debida diligencia que adelante el financiador deberá considerar, la forma de ejecutar las garantías según el país, y por tanto se deben analizar

---

<sup>75</sup> HOFFMAN. Op. Cit., p.365-369

<sup>76</sup> Ibid. p.370

<sup>77</sup> NIEHUSS. Op. Cit., p. 3

detalladamente los procedimientos que se llevarán a cabo en el país anfitrión para ejecutar las garantías.

La adecuada conformación de los “paquetes de garantías” se relaciona estrechamente con la llamada modernización del derecho de garantías mobiliarias, y es generada, como señala Kosolchik<sup>78</sup>, por el fenómeno de la globalización del comercio de bienes y servicios especialmente financieros, que ha determinado que el acceso al crédito se restrinja solo para los deudores que puedan dar garantías más líquidas y seguras de pago. Dicha situación ha devenido en que los países emergentes hayan tenido que adelantar un proceso de modernización de su derecho de garantías mobiliarias para satisfacer sus necesidades de crédito.

Este movimiento de modernización del derecho de garantías inicia cuando se empieza a comparar la cantidad de créditos comerciales y el nivel de consumo de Canadá y Estados Unidos con el de Latinoamérica, encontrándose que, en la última región, estos créditos son escasos debido a su alto costo, lo que refleja el alto riesgo que viene de la imposibilidad de efectuar cobros de manera económica y rápida<sup>79</sup>.

En el marco del Tratado de Libre Comercio de Norte América (NAFTA), profesores de diferentes instituciones universitarias adelantaron entre 1993 y 1994 un estudio en el que encontraron que en México no era posible efectuar la mayoría de los préstamos con garantía mobiliaria, que eran comunes en Canadá y Estados Unidos, debido a la falta de flexibilidad de la Ley escrita y de los operadores jurídicos que la interpretaban. Posteriores estudios confirmaron la misma situación en Centro y Sur América<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> KOZOLCHYK, Boris y WILSON, John. La Ley interamericana de garantías inmobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos [en línea]. [Tucson, Arizona]: National Law Center for Inter-American Free Trade, 2002 [citado 08 dic., 2019] p. 5 Disponible en Internet:<URL: <https://es.scribd.com/document/333764675/Comentarios-Ley-de-Garantias-Mobiliarias-Modelo>>

<sup>79</sup> Ibid. p. 20

<sup>80</sup> Ibid. p. 21-22

De manera concordante, en materia de *Project Finance*, en el año 2000, la “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada” señalaba que, considerando la larga duración de los proyectos de infraestructura, era deseable para las partes gozar de autonomía para definir de manera precisa los bienes dados en garantía, pudiendo desear constituir garantías sobre los bienes presentes o futuros, y sobre los bienes que eran susceptibles de sufrir alteración durante la ejecución del proyecto; por lo cual era conveniente hacer un revisión de las normas de garantías para que las partes de estos proyectos pudieran estipular las garantías adecuadas<sup>81</sup>.

Atendiendo las anteriores necesidades, surge la ley modelo de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre garantías mobiliarias, que fue diseñada para atender las demandas del mercado de consumo del hemisferio occidental, con el objetivo de “crear un derecho de garantía mobiliario real y no-posesorio que le permita a los deudores retener la posesión del bien o bienes dados en garantía y le permita a los acreedores garantizados ejecutar su derecho de extra judicialmente en caso de incumplimiento<sup>82</sup>”.

De conformidad con los antecedentes mencionados, Colombia realizó la modernización de su derecho de garantías con la expedición de la Ley 1676 de 2013. Una de las finalidades de esta norma consistió en:

la armonización normativa del régimen de garantías a nivel comparado, toda vez que el texto de la Ley es una adaptación de la ley modelo de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre garantías mobiliarias, que a su vez encuentra su fundamento principal en las legislaciones del Estado de Ontario en Canadá y el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Op. Cit., p. 215

<sup>82</sup> KOZOLCHYK, Boris y WILSON, John. Op. Cit., p.23-24

<sup>83</sup> BONILLA . Op. Cit., p.2-3

De esta forma, a partir de la expedición de la mencionada Ley, la legislación colombiana permite de manera similar a las legislaciones de la tradición jurídica del *common law*, el gravamen sobre todos los activos del proyecto y la constitución de la prenda sobre derechos futuros del deudor (*floating charge*<sup>84</sup>).

Para Gaviria<sup>85</sup>, la modernización del derecho de garantías a través del régimen unificado de la ley modelo de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre garantías mobiliarias tiene como ventaja que, para esta, el concepto de garantía mobiliaria se extiende a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con bienes del garante, siendo claro en el marco de la nueva legislación que sirven como garantías mobiliarias todos los bienes muebles corporales e incorporales, singulares o colectivos y presentes o futuros.

Gracias a la modernización del derecho de garantías, se generó la posibilidad de conformar los paquetes de garantías en la normativa colombiana y teniendo en cuenta que, como se ha explicado anteriormente, en el *Project Finance* el principal activo es el proyecto y sus flujos de caja, y que el objetivo principal de los financiadores a través del llamado paquete de garantías es la conservación el proyecto, en el presente estudio nos concentraremos en la garantía de toma de posesión (*step-in rights*), por considerarla la más relevante en cuanto a la obtención de la búsqueda del objetivo de conservar el proyecto.

A continuación, se plantearán los principales elementos de esta garantía y su desarrollo en la práctica internacional y en el contexto colombiano.

---

<sup>84</sup> Sobre el origen de la denominada “*Floating Charge*” o prenda flotante podemos señalar que “En 1856, el parlamento inglés promulgó la primera Ley de Compañías Modernas, y en ella estableció que las compañías dedicadas al comercio podrían obtener financiamiento contra la totalidad de sus activos, sean estos presentes o futuros.” En : PIZARRO ARANGUREN, Luis., y VARGAS LOAYZA, Luis. La ley de la garantía mobiliaria mató a la garantía flotante en el Perú: la experiencia inglesa nos puede ayudar a resucitarla. [en línea]. [Lima, Perú]: THÉMIS-Revista De Derecho, (54), 2007 [citado 17 jul., 2020] p.86 Disponible en Internet:<URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8874> >

<sup>85</sup> GAVIRIA, Juan Antonio. Op. Cit., p.52-53

## **2. La Toma de Posesión como garantía en el *Project Finance* Internacional y en la práctica colombiana**

### **2.1. Qué es la toma de posesión y cuál es su importancia en el *Project Finance***

De acuerdo con Vaño<sup>86</sup>, es el derecho de los financiadores de subrogarse en la posición de la sociedad vehículo o designar un tercero que la sustituya en caso de incumplimientos contractuales, con el fin de garantizar el buen fin del proyecto hasta la entrega de este.

De manera complementaria, Hoffman<sup>87</sup> lo considera como el derecho del financiador de ponerse en los zapatos del proyecto (*step-in*), es decir, que le permite a éste, o a un tercero designado por él, ponerse en la posición contractual de la sociedad vehículo y evitar la terminación del contrato.

La importancia de esta garantía consiste, según Madikov<sup>88</sup>, en que el valor del proyecto no proviene de los activos físicos que son puestos en garantía, sino que dicho valor proviene del conjunto de acuerdos contractuales que permiten al proyecto ejecutarse, en tanto que el proyecto solo tiene valor cuando esté ejecutándose y generando ingresos, puesto que son éstos los que permiten pagar el o los créditos a los financiadores.

De conformidad con lo anterior, esta garantía es esencial en un *Project Finance*, ya que en el evento de que el financiador deba ejecutar esta garantía, se mantendría en funcionamiento el proyecto; situación contraria a lo que ocurriría con aplicación de un aceleramiento del crédito, o una ejecución de las garantías sobre los activos del proyecto, que en caso de

---

<sup>86</sup> VAÑÓ. Op. Cit., p.204

<sup>87</sup> HOFFMAN. Op. Cit., p.375

<sup>88</sup> Madykov. Op. Cit., p. 280

ejecutarse conllevarían con seguridad a la finalización de éste, con lo cual el proyecto perdería su valor.

Por tanto, la toma de posesión o *step-in rights* se convierte en una de las garantías más relevantes, ya que da la oportunidad a los financiadores de intervenir en el proyecto cuando se presentan incumplimientos en el contrato de crédito o situaciones de terminación anticipada del contrato de concesión, o de alguno de los principales contratos del proyecto; lo que permite rescatarlo y conservar su valor, garantizando el pago del crédito y sus intereses.

## **2.2. Naturaleza Jurídica de la toma de posesión en el derecho comparado**

Madykov<sup>89</sup> señala que la toma de posesión es una figura que nació en las jurisdicciones de la tradición jurídica anglosajona (*common law*), que se rige no solo por las diferentes estipulaciones contractuales y legales que entran en juego en su aplicación, sino también por la práctica legal existente en cada jurisdicción.

Teniendo en cuenta su origen, en el derecho anglosajón se tiene que al estudiar de manera comparada la naturaleza jurídica de la figura y sus efectos (derechos de los financiadores y responsabilidad ante terceros), habrá divergencias de un país a otro, de acuerdo con la tradición jurídica a la que está vinculada su legislación (*common law* o derecho civil) y la práctica del país en estudio. Haciendo esta salvedad, procedemos a continuación a analizar la toma de posesión en el seno de diferentes jurisdicciones:

2.2.1. Estados Unidos: Para entender la figura del denominado *step-in rights* en Estados Unidos, se debe entender la figura de la cesión. De acuerdo con Hoffman<sup>90</sup>, ésta es la transferencia de los derechos intangibles de un crédito al cesionario.

---

<sup>89</sup> Ibid. p. 292

<sup>90</sup> HOFFMAN. Op. Cit., p.372

Para iniciar el estudio de la figura de la cesión en Estados Unidos, se deben analizar sus elementos, lo cuales, de acuerdo con el artículo 2-210<sup>91</sup> del Código de Comercio Uniforme (U.C.C), son dos: de una parte, la delegación de deberes de ejecución (*delegation of performance*); y de otra, la cesión de derechos (*assignment of rights*). Ambos se explican a continuación:

a) *Delegation of performance*: es la cesión de la parte pasiva de una obligación, implica que el obligado a cumplir una obligación cede esa obligación a otro que deberá cumplirla. Está consagrada en el numeral 1 del artículo 2-210 UCC así:

1) Una parte podrá cumplir su deber por medio de un delegado, salvo que se acuerde otra cosa o que la otra parte tenga un interés sustancial en que el obligado original realice o controle los actos exigidos por el contrato. Ninguna delegación de cumplimiento exime a la parte que delega de cualquier deber de cumplimiento o de cualquier responsabilidad por incumplimiento<sup>92</sup>.

b) *Assignment of rights*: implica la cesión de la parte activa de una obligación, es decir, que el acreedor de una obligación cede su derecho a otro, que podrá exigirlo del deudor. Está consagrado en el numeral 2 del artículo 2-210 UCC así:

2) Salvo acuerdo en contrario, todos los derechos del vendedor o del comprador pueden cederse, salvo que la cesión modifique materialmente la obligación de la otra parte, o aumente materialmente la carga o el riesgo que le impone su contrato, o disminuya materialmente sus posibilidades de obtener la ganancia por su cumplimiento. Se puede ceder un derecho de indemnización por incumplimiento

---

<sup>91</sup> El artículo en cuestión se titula “§ 2-210. *Delegation of Performance; Assignment of Rights*”. UNIFORM COMMERCIAL CODE En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 28 Abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-210>>

<sup>92</sup> “ 1) *A party may perform his duty through a delegate unless otherwise agreed or unless the other party has a substantial interest in having his original promisor perform or control the acts required by the contract. No delegation of performance relieves the party delegating of any duty to perform or any liability for breach.*” En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 28 Abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-210>>

del contrato en su totalidad o un derecho derivado del debido cumplimiento de la obligación del cedente en su totalidad, a pesar de que se haya acordado otra cosa<sup>93</sup>.

Una vez asimilados los conceptos precedentes, se puede entender que cuando en un contrato se ceden tanto los derechos como los deberes de ejecución, se habla de una cesión de contrato. Esto lo establece el numeral 4 del artículo 2-210 de UCC así:

4) La cesión de "el contrato" o de "todos mis derechos en virtud del contrato" o una cesión en términos generales similares es una cesión de derechos y, a menos que el lenguaje o las circunstancias (como en una cesión en garantía) indiquen lo contrario, es una delegación del cumplimiento de las obligaciones del cedente y su aceptación por el cesionario constituye una promesa de éste de cumplir estas obligaciones. Esta promesa es ejecutable por el cedente o por la otra parte en el contrato original<sup>94</sup>.

Así pues, cuando se ejercita el *step-in*, el prestamista es un cesionario (*transferee*<sup>95</sup>), puesto que acepta de la compañía del proyecto diferentes contratos, ya sea con los constructores, los proveedores o los clientes; y estos contratos debe evaluarlos identificando los derechos y obligaciones que se derivan de la cesión y de la delegación de deberes de ejecución.

---

<sup>93</sup> "(2) Unless otherwise agreed all rights of either seller or buyer can be assigned except where the assignment would materially change the duty of the other party, or increase materially the burden or risk imposed on him by his contract, or impair materially his chance of obtaining return performance. A right to damages for breach of the whole contract or a right arising out of the assignor's due performance of his entire obligation can be assigned despite agreement otherwise." En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 28 Abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-210>>

<sup>94</sup> "(4) An assignment of "the contract" or of "all my rights under the contract" or an assignment in similar general terms is an assignment of rights and unless the language or the circumstances (as in an assignment for security) indicate the contrary, it is a delegation of performance of the duties of the assignor and its acceptance by the assignee constitutes a promise by him to perform those duties. This promise is enforceable by either the assignor or the other party to the original contract." En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 28 Abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-210>>

<sup>95</sup> ROBB, Louis A., *et al.* Dictionary of Legal Terms. Spanish-English and English-Spanish. 21 Ed. México D.F: Editorial Limusa SA de LV, Grupo Noriega Editores, 1992. ISBN 968-18-0384-1 p.221

Uno de los temas más relevantes para tener en cuenta al efectuar una cesión bajo la legislación de los Estados Unidos es la posibilidad de pactar en los contratos la cláusula de prohibición de cesión. Las disposiciones referentes a las cláusulas de prohibición de la cesión se encuentran reguladas en el artículo 9 Código de Comercio Uniforme (U.C.C), específicamente en la sección 9-406 y 9-408.

Hoffman<sup>96</sup> resalta que la sección 9-406, en sus literales (d) y (f), establece que la cláusula de prohibición de cesión es ineficaz si prohíbe la constitución o ejecución de una garantía sobre la parte activa de la obligación, entendida como los derechos de pago. Por su parte, la sección 9-408 amplía la consecuencia de ineficacia a las cláusulas de prohibición de cesión que impidan la constitución de una garantía sin limitarse a los deberes de pago, es decir, que ampara la garantía a constituirse sobre cualquier derecho.

Tomando en cuenta lo anterior, es importante resaltar que el UCC permite la inclusión de una prohibición de cesión que haga inejecutable la cesión de deberes de ejecución. En relación con la mencionada prohibición, es importante volver al artículo 2-210 del UCC, que en su numeral 3 dispone lo siguiente:

3) Salvo que las circunstancias indiquen lo contrario, la prohibición de la cesión del "contrato" debe interpretarse en el sentido de que sólo excluye la delegación en el cesionario del cumplimiento del cedente<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> HOFFMAN. Op. Cit., p.373

<sup>97</sup> "(3)Unless the circumstances indicate the contrary a prohibition of assignment of "the contract" is to be construed as barring only the delegation to the assignee of the assignor's performance. En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 28 Abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-210>>

En pocas palabras, la anterior disposición establece que, en ausencia de disposición en contrario, las cláusulas de prohibición de cesión de un contrato en los Estados Unidos deben entenderse como prohibición de delegación de deberes de ejecución y no como una prohibición a la cesión de derechos.

Adicionalmente, se debe tratar con cuidado la forma de estipular la cesión, ya que la regla general en Estados Unidos es que las cesiones gratuitas son revocables; por tanto, es importante que en la cesión sea claro que ésta no se realiza a título gratuito, sino que se está haciendo por un precio o una contraprestación significativa (*consideration*)<sup>98</sup>.

Las disposiciones del artículo 9 del Código de Comercio Uniforme (U.C.C), respecto de la figura de la cesión, han generado una preocupación en la práctica legal en los Estados Unidos; especialmente en lo relacionado al lenguaje a utilizar en la misma, puesto que, de usarse erróneamente, pueden implicar efectos no deseados; sobre todo en relación con responsabilidad ante el contrato por parte de los financiadores<sup>99</sup>.

Al respecto, Madykov<sup>100</sup> señala como ejemplo el riesgo para los financiadores que por vía de una deficiente estipulación, al momento de aceptar la cesión de los deberes de ejecución de la sociedad vehículo del proyecto dentro del contrato, la contraparte de la sociedad vehículo (el Contratante Cedido) pueda liberar de sus responsabilidades en el contrato a la sociedad vehículo. Lo anterior en virtud de la responsabilidad asumida por el financiador, puesto que esto implicaría en el derecho de Estados Unidos una novación de la obligación, a partir de la cual el financiador se convertiría en el único responsable de las obligaciones de la sociedad vehículo.

---

<sup>98</sup> HOFFMAN. Op. Cit., p.373

<sup>99</sup> Ibid. p. 373-374

<sup>100</sup> Madykov. Op. Cit., p. 288

Por lo anterior, el lenguaje utilizado en la redacción del documento que contiene el *step-in rights* en Estados Unidos debe manejarse con sumo cuidado, pues de acuerdo con su redacción los efectos pueden ser: a) sólo cesión de derecho sin delegación de deberes de ejecución; o b) sólo implica la delegación de deberes de ejecución. En este segundo caso, si la contraparte libera al obligado inicial, se producirá una novación de la obligación, convirtiendo al prestamista en el único deudor de las obligaciones que inicialmente estaban en cabeza de la compañía del proyecto.

Así mismo, los financiadores generalmente buscarán una redacción que les permita evitar asumir responsabilidades, o limitar al máximo su responsabilidad, prefiriendo efectuar una cesión del contrato (*transfer of contract*) a una parte designada por ellos, para que así ésta continúe con la ejecución del contrato, salvaguardando su responsabilidad<sup>101</sup>.

2.2.2. Reino Unido: En Inglaterra, de acuerdo con Madykov<sup>102</sup>, desde hace más de 160 años, los financiadores acostumbran a efectuar el *step-in* por medio de la designación de un administrador judicial (*administrative receiver*), el cual tiene funciones similares a las de un síndico en una liquidación a quien se le da la custodia de la propiedad de otros, incluyendo los activos tangibles e intangibles.

Vinter<sup>103</sup> señala que la figura se encuentra definida en el literal (a) del numeral 2 del artículo 29 del *Insolvency Act 1986*, así:

---

<sup>101</sup> PROJECT FINANCE AND DEVELOPMENT COMMITTEE, ABA SECTION OF BUSINESS LAW. Model To Consent To Assignment For Project Finance Transactions. [en línea].[Chicago]: ABA, 2012 [citado 19 ene., 2020] Disponible en internet:<URL:[https://www.ilfa.africa/wp-content/uploads/2018/04/abamodelagreement\\_biser102012.pdf](https://www.ilfa.africa/wp-content/uploads/2018/04/abamodelagreement_biser102012.pdf)> p. 32-35

<sup>102</sup> Ibid. p.289

<sup>103</sup> "(a) a receiver or manager of the whole (or substantially the whole) of a company's property appointed by or on behalf of the holders of any debentures of the company secured by a charge which, as created, was a floating charge, or by such a charge and one or more other securities". VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.270

a) Un síndico o administrador de la totalidad (o prácticamente la totalidad) de los bienes de una empresa designado por o en nombre de los titulares de cualesquiera obligaciones de la empresa garantizadas por un gravamen que, tal como se creó, era una prenda flotante, o por dicho gravamen y uno o más otros valores.

La figura del síndico o administrador judicial no permite del todo lograr lo que se busca con los *step-in rights* en un *Project Finance*; es más, Madykov<sup>104</sup> señala que la Corte Inglesa concluyó que la facultad de nombrar un síndico no es suficiente para alcanzar los propósitos del *step in rights* por parte de los prestamistas. Sin embargo, aún es la figura más aceptada en el mercado inglés.

De acuerdo con Hoffman<sup>105</sup>, en el derecho inglés, inicialmente era imposible para un tercero hacer valer derechos provenientes de un contrato en el cual no tenía una prestación (*consideration*<sup>106</sup>); por tanto, los financiadores tenían que buscar una relación contractual directa, haciéndose parte desde el principio en los contratos o haciendo otro arreglo contractual. Sin embargo, desde la expedición de la Ley de Contratos de 1999 (*Right of Third Parties*), se permitió a las partes de un contrato crear derechos a favor de terceras partes.

Vinter<sup>107</sup> explica que a partir de la expedición de esta Ley es suficiente que en el contrato se pacten las disposiciones relativas a la posibilidad de hacer el *step-in* por parte del financiador, para que este pueda aplicarlo si se cumple con el procedimiento descrito en la mencionada ley.

---

<sup>104</sup> MADYKOV. Op. Cit., p.290

<sup>105</sup> HOFFMAN. Op. Cit., p.374

<sup>106</sup> “es algo que como producto de una negociación debe ser recibido por una parte como resultado de la promesa de otra parte. Los tipos comunes de *Consideration* incluyen bienes (muebles e inmuebles), una promesa de ganancia, una obligación de hacer o de no hacer. Para que un contrato sea válido se requiere de una *Consideration* o un sustituto de esta”. En: WEX. Legal Dictionary and Legal Encyclopedia En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 24 abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/wex/consideration>>

<sup>107</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.308

A pesar de las disposiciones incluidas en la Ley de Contratos de 1999, el mercado inglés sigue prefiriendo la forma tradicional. Es decir, la figura del administrador judicial o síndico (*administrative receiver*), la cual se materializa a través de una relación contractual directa que consiste, ya sea en ser parte del contrato desde el principio o por medio otro acuerdo contractual suscrito de manera independiente y que se conoce como Acuerdo Directo (*Direct Agreement*)<sup>108</sup>.

El problema de la figura del administrador judicial o síndico, según lo plantea Madykov<sup>109</sup>, consiste en que se le considera un “obligado adicional” (*additional obligor*), siendo así solidariamente responsable con la compañía del proyecto durante el periodo de *step-in*. La otra opción para el acreedor es novar el contrato, designando una nueva parte que sustituirá a la compañía del proyecto como resultado de un negocio de venta del contrato. Éste sería un “obligado sustituto” (*substitute obligor*), el cual, como resultado de la novación, es el único obligado en los términos del contrato. Los financiadores acostumbran a utilizar la novación. Por medio de ella efectúan lo que Vinter<sup>110</sup> denomina el *step-out*.

Teniendo en cuenta lo anterior, los efectos del *step-in* también deben ser adecuadamente analizados por los financiadores, pues se puede generar una responsabilidad no deseada. De acuerdo con Vinter<sup>111</sup>, los financiadores evitarán heredar todas las obligaciones que la compañía del proyecto tiene en virtud del contrato, especialmente las obligaciones de largo término como las de los costos de abandono. Así pues, como se ha mencionado en el caso de la legislación de los Estados Unidos, los financiadores buscarán siempre limitar su responsabilidad.

---

<sup>108</sup> Ibid. p.308

<sup>109</sup> MADYKOV. Op. Cit., p.290

<sup>110</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.311

<sup>111</sup> Ibid. P. 311

Adicionalmente, Madikov<sup>112</sup> señala que los financiadores intentarán en la negociación conseguir diferentes opciones para restringir su responsabilidad: en primer lugar, circunscribir la responsabilidad del síndico de manera exclusiva a las responsabilidades sobre las que ha sido notificado previamente y en caso de fallar en el intento; en segundo lugar, negociar un tope (*cap*) para el valor de las responsabilidades preexistentes. Otra opción es negociar un tope general para las responsabilidades que se asuman.

Así pues, se puede decir que en la práctica de Reino Unido los financiadores usualmente buscan limitar su responsabilidad, estipulando el *step-in* de forma que puedan utilizar la figura de la novación para que un nuevo obligado asuma el contrato y así evitar asumir obligaciones<sup>113</sup>.

2.2.3. Francia: inicialmente, no había norma expresa que la permitiera. En Francia la legislación solamente regulaba el *step-in* a favor de entidades públicas, pero no había legislación a favor de los financiadores.

Teniendo en cuenta lo anterior, Madykov<sup>114</sup> señala que el *step-in* por parte de los financiadores se adoptó en la práctica de estipularla a través de compromisos contractuales, utilizándose como una opción la “*stipulation pour autrui*”, por la cual el contratista y la sociedad vehículo acuerdan transferir al financiador o a quien éste designe el contrato del proyecto, requiriéndose además la aceptación de este último, lo cual se puede hacer con una simple comunicación al contratista.

---

<sup>112</sup> MADYKOV. Op. Cit., p. 290

<sup>113</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.311

<sup>114</sup> MADYKOV. Op. Cit., p.293-294

Una vez el financiador notifica su aceptación al contratista, se produce el *step-in*, y el acreedor (financiador) se hace solidariamente responsable de las obligaciones de la sociedad vehículo en el contrato del proyecto.

La mencionada práctica genera inconvenientes, pues al manifestar los financiadores su aceptación y ser solidariamente responsables, pueden adquirir mayor responsabilidad de la deseada; por tanto, de manera alternativa, también se utiliza la figura de la novación al igual que en los sistemas anglosajones<sup>115</sup>.

Gentiloni<sup>116</sup> afirma que en el 2011 la unidad de APP del Ministerio de Finanzas publicó un documento de cláusulas estándar para contratos APP, en el cual previó que se podía usar la “*Convention tripartite o Accord Direct*” como un documento adjunto al contrato de concesión y que hace parte integral de éste. Para ello, el documento debía cumplir con algunos requisitos, entre los que se destaca que los efectos del *step-in* solamente inician desde que la administración accede a ello. A esto último se le debe poner especial atención, teniendo en cuenta que en el derecho francés la administración es la parte fuerte de la relación contractual. Siempre que lo haga de manera motivada, puede impedir el ejercicio del *step-in*, al no aceptar al concesionario elegido por el financiador.

Adicionalmente, Fink<sup>117</sup> señala una nueva opción para los financiadores el hecho de poder circunscribir las responsabilidades adquiridas en el *step-in* ya que el 01 de octubre de 2016 entró en vigencia la reforma al régimen de los contratos efectuada por medio “*Ordinance No 2016-13*” de febrero 10 de 2016. Esta reforma introdujo

---

<sup>115</sup> Ibid. p.292

<sup>116</sup> GENTILONI SILVERI, Sofia. Direct Agreements in Public-Private Partnerships. [en línea]. [Roma, Italia]: Italian Journal of Public Law, Vol 6. 2014. [citado el 10, mar, 2019] Disponible en Internet: <URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/itajpul6&div=25&id=&page=> p.377>

<sup>117</sup> FINK, Alfred. French contract law reform: what impacts on financing transactions?. . [en línea]. [París, Francia]: Lexology, Law Business Review, 2017 [citado 20 jul., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6e85d2d5-03d0-4ce5-820e-a41aaf5f699d>

modificaciones a las reglas de la “cesión del contrato” y, como consecuencia, los contratos ahora pueden cederse si así se acuerda con la otra parte, y este acuerdo puede darse por adelantado y la cesión debe hacerse por escrito. En principio, la parte cedente será responsable solidariamente después de la cesión, a menos que sea exonerada expresamente de sus obligaciones. Los derechos y obligaciones de la parte cedida permanecen inalterados.

2.2.4. Italia: De acuerdo con los numerales 8 al 10b del artículo 176 del Código de Contratación Pública Italiano<sup>118</sup> de 2016, titulado “Terminación, revocación automática, terminación por incumplimiento y subentrada”, en las Concesiones y en los Contratos de Asociación Público-Privada, prevé la posibilidad de que las entidades públicas en las licitaciones públicas incluyan un derecho de *step-in*. Lo anterior, para que cuando el contrato esté sujeto a una causal de terminación anticipada, los financiadores sean notificados y manifiesten su intención de suceder al concesionario en la ejecución del contrato en calidad de cesionario del contrato.

Especial atención se debe prestar al numeral 10 del artículo en cuestión, puesto que, de acuerdo con éste, la denominada subentrada debe ser establecida por la entidad pública desde el pliego de condiciones.

---

<sup>118</sup> Específicamente los numerales 8 al 10-bis establecen lo siguiente “8. *In cases involving the termination of a concession for causes attributable to the licensee, the contracting authority shall communicate in writing to the licensee and the financing institutions the intention to terminate the contract. The lender institutions, including the holders of bonds and similar securities issued by the licensee, within ninety days from receipt of the communication, can indicate an economic operator who shall succeed to the concession, who shall have the technical and financial characteristics corresponding or similar to those provided in the call for tender or in the acts pursuant to which the concession was awarded, with respect to the progress of the object of the object of the concession on the date of the subentry.*

9. *The successor economic operator must ensure the resumption of the execution of the concession and the precise compliance originally requested of the licensee it substitutes within the term indicated by the contracting authority. The subentry of the economic operator shall take force from the moment in which the contracting authority gives its consent.*

10. *The contracting authority shall provide in the tender documentation for the right of subentry granted to the lender institutions set forth in paragraph 8.*

10-bis. *This Article shall apply to concession contracts and public – private partnerships and to the economic operators holding such contracts*”. ITALIAN PUBLIC CONTRACT CODE En: Autorità Nazionale Anticorruzione [en línea] [citado 28 Abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: [https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/MenuServizio/English%20section/ITALIAN\\_PUBLIC\\_CONTRACT\\_CODE%2015%20giugno%202018\\_sito%20\(2\).pdf](https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/MenuServizio/English%20section/ITALIAN_PUBLIC_CONTRACT_CODE%2015%20giugno%202018_sito%20(2).pdf)>

A continuación, los numerales 8 al 10 (b) del mencionado artículo 176:

Artículo 176 (...)

8. En los casos de rescisión de una concesión por causas imputables al concesionario, la autoridad contratante comunicará por escrito al concesionario y a las instituciones financieras la intención de rescindir el contrato. Las instituciones prestamistas, incluidos los titulares de bonos y títulos similares emitidos por el concesionario, dentro de los noventa días siguientes a la recepción de la comunicación, podrán indicar un operador económico que sucederá a la concesión, el cual tendrá las características técnicas y financieras correspondientes o similares a las previstas en la convocatoria o en los actos de adjudicación de la concesión, respecto a la marcha del objeto de la concesión en la fecha de la subentrada.

9. El operador económico sucesor deberá garantizar la reanudación de la ejecución de la concesión y el cumplimiento preciso solicitado originalmente al concesionario al que sustituye en el plazo indicado por el poder adjudicador. La subentrada del operador económico surtirá efecto a partir del momento en que el poder adjudicador dé su consentimiento.

10. La autoridad contratante deberá prever en el pliego de condiciones el derecho de subentrada concedido a las instituciones prestamistas enunciadas en el párrafo 8.

10-bis. El presente artículo se aplicará a los contratos de concesión y a las asociaciones público-privadas, así como a los operadores económicos titulares de dichos contratos.

2.2.5. Perú: Molina<sup>119</sup> explica que en Perú la práctica para efectuar un *step-in* consiste en que dentro del contrato de concesión se pacta una cesión condicionada de la posición contractual, contemplando además la posibilidad de que el financiador pueda nombrar a la empresa que asumirá la posición contractual. Las condiciones para que se efectúe la cesión de la posición contractual son: en primer lugar, la aprobación de la contraparte y, en segundo lugar, la ocurrencia de un evento de ejecución de las garantías. La segunda condición se estipula para evitar la asunción inmediata por parte de los financiadores o su designado, de la responsabilidad derivada del contrato del proyecto, es decir, desde que se pacta la cesión no se adquieren estas responsabilidades, las mismas solo se adquieren una vez se verifica el evento de ejecución de garantías.

### **2.3.Principales inconvenientes para tener en cuenta en la estipulación de una toma de posesión**

Habiendo analizado en el título anterior diversas manifestaciones del *step-in* en el derecho comparado, debemos a continuación, señalar algunos inconvenientes y obstáculos para los financiadores, que se deben tener en cuenta al momento de pactarlo y de ejecutarlo para poderlos sortear de manera adecuada.

En primer lugar, se puede encontrar que la aplicación de un *step-in* puede contrariar ciertas normas imperativas o normas de contratación pública.

---

<sup>119</sup> MOLINA REY DE CASTRO, Fernando. Los Contratos Directos y su Rol en el Financiamiento de Proyectos. En: Themis- Revista de Derecho [en línea] 2016, No. 70. P.115. [citado 06 Mar., 2019] Disponible en Internet <URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19606/19702>>

De acuerdo con Madykov<sup>120</sup>, en Estados Unidos se ha establecido que no todos los derechos pueden ser objeto de cesión, como ejemplo, explica que la sociedad vehículo no puede ceder al prestamista sus depósitos bancarios ni sus derechos al pago en virtud de un contrato público, de manera adicional, la Corte podría declarar ineficaz la cesión de ciertos contratos si considera que dicha cesión viola una política pública. Un ejemplo de esto es el fallo *Kenrich Corp. v. Miller*<sup>121</sup>, en el cual la Corte decidió que un negocio de cesión era ineficaz por violación a una política pública, puesto que por vía de la cesión se incurrió en el delito denominado *Champerty*, el cual es definido de la siguiente forma:

Un acuerdo entre la parte que demanda en un juicio (el demandante) y otra persona, que acuerda financiar y llevar a cabo el juicio a cambio de un porcentaje de lo que se obtenga en el juicio. En algunos Estados, es una práctica ilegal. Sin embargo, también es la base de la práctica legal y comúnmente aceptada de los acuerdos de honorarios condicionales con los abogados, que representan a sus clientes y se pagan con cargo a cualquier adjudicación o acuerdo que el demandante reciba en la demanda<sup>122</sup>.

En la Unión Europea, un ejemplo de los inconvenientes que se pueden presentar con las normas de contratación es el antecedente del asunto *Pressetex*<sup>123</sup>, en el que el Tribunal Europeo de Justicia, al interpretar la Directiva 92/50/CEE del Consejo, del 18 de junio de 1992, sobre coordinación de procesos de adjudicación de contratos públicos, sostuvo que se debía efectuar un nuevo proceso de contratación cuando se efectuaran cambios sustanciales

---

<sup>120</sup> MADYKOV. Op. Cit., p. 287

<sup>121</sup> *Kenrich Corp. v. Miller*, 377 F. 2d 312, 314 (3d Cir. 1967) [Citado por] MADYKOV, Murat. *Step-In as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions*. En: Depaul Business & Commercial Law Journal [en línea] 2015 volumen 13:273 [citado 06 Ene., 2020] p. 287 Disponible en Internet: <URL: <https://via.library.depaul.edu/bclj/vol13/iss2/3> >

<sup>122</sup> De acuerdo con el diccionario legal de Cornell la siguiente es la definición de *Champerty*: “An agreement between the party suing in a lawsuit (the plaintiff) and another person, who agrees to finance and carry the lawsuit in return for a percentage of the recovery. In some states, champerty is illegal. However, it is also the basis for the legal and commonly accepted practice of contingency fee arrangements with attorneys, who represent their clients and are paid from any award or settlement the plaintiff receives in the suit.” En: WEX. Legal Dictionary and Legal Encyclopedia En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 24 abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/wex/champerty> >

<sup>123</sup> Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia del 19 de junio de 2008. *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich*, C-454/06, EU:C:2008:351. [en línea] [citado 21 jul., 2020] Disponible en Internet: <URL: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62006CJ0454&lang1=en&type=TEXT&ancre=>>

en el contrato, tales como: a) modificaciones que impliquen nuevas condiciones que hubieran favorecido en el proceso de selección a otros proponentes; b) cambios que modifiquen considerablemente el alcance del objeto del contrato, y c) modificaciones que cambien el balance económico en favor del contratista de forma que no fue prevista en las condiciones iniciales del contrato.

Como consecuencia del mencionado fallo, en la Unión Europea, el ejercicio del *step-in* con una entidad pública en el que se aplique la novación del contrato con una nueva parte (obligado sustituto) puede considerarse como un nuevo contrato con una parte que no participó en el proceso licitatorio, así que, en ocasiones los acreedores se ven forzados a cooperar con las autoridades públicas en un nuevo proceso licitatorio para que la adjudicación del contrato se haga a la nueva parte de acuerdo con las normas de contratación pública<sup>124</sup>.

La Guía Legislativa de la CNUDMI, sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, identificó estas dificultades señalando que en algunos países la falta de autorización legislativa dificultaba la aplicación del *step-in*; puesto que la entidad pública, cuando debe elegir un nuevo contratista que reemplace al incumplido, deberá a menudo seguir los mismos procedimientos aplicables a la selección del contratista original, y tal vez no sea posible contratar en consulta con los financiadores un nuevo contratista. Teniendo en cuenta lo anterior, para evitar estos inconvenientes, la Guía Legislativa de la CNUDMI propone que en estos países se debería efectuar una reforma legislativa que permita aplicar el *step-in*<sup>125</sup>.

En el caso de Colombia, el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispuso que los contratos estatales son *intuitu personae* y que no pueden cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante. Al respecto de esta disposición, el Consejo de Estado<sup>126</sup> ha

---

<sup>124</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.315

<sup>125</sup> NACIONES UNIDAS. Op. Cit., P.164.

<sup>126</sup> En este sentido se encuentra la siguiente jurisprudencia: Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección A. Sentencia del 01 de octubre de 2014. Radicado: 85001233100020010030801. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Y Consejo

establecido que la cesión del contrato estatal solo se puede realizar por medio de una modificación a éste, siempre y cuando la entidad pública acepte a la nueva parte, la cual debe cumplir con los mismos o mejores requisitos que la parte cedente, y por esta vía la entidad pública no debe incluir como parte del contrato estatal a quien debió inicialmente participar en un proceso de contratación legalmente establecido. Esto, como lo veremos más adelante (ver 3.1.), puede generar dificultades en el ejercicio de la toma de posesión, en virtud de la interpretación que de esta jurisprudencia hagan los operadores jurídicos, pudiendo llegar a una conclusión similar a la del asunto *pressetext* en el sentido de la necesidad de efectuar un nuevo proceso de contratación.

En segundo lugar, existen problemas relacionados con la normatividad relativa a la ejecución de las garantías. Como se ha mencionado, el *step-in* hace parte del paquete de garantías de los financiadores en el *Project Finance*; por ello, se debe tener en cuenta la normatividad del gobierno anfitrión relativa a las garantías y su ejecución, siendo en general más favorables para los intereses de los financiadores las jurisdicciones de tradición jurídica del *common law*, y aquellas que han modernizado su derecho de garantías, sintonizándose así con las primeras. De tal forma, los financiadores deben considerar y prever inconvenientes relacionados con la ejecución del *step-in*. Al respecto, Vinter<sup>127</sup> señala que, por ejemplo, hay jurisdicciones, especialmente de la tradición jurídica del *civil law*, que no permiten bajo ninguna circunstancia que el acreedor maneje los negocios del deudor.

En tercer lugar, en muchas ocasiones, el proyecto tiene licencias y permisos gubernamentales. Sobre éstas, de acuerdo con Hoffman<sup>128</sup>, las entidades o autoridades gubernamentales, y/o las leyes del gobierno anfitrión, suelen imponer restricciones substanciales en relación con quién puede comprar u operar el proyecto, qué entidad tiene

---

de Estado, Sección Tercera-Subsección C. Sentencia del 16 de marzo de 2015. Radicado: 730012331000199903028 (31.619). Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>127</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.271

<sup>128</sup> HOFFMAN. Op. Cit., p.371

derecho a recibir las ganancias del proyecto y qué entidad tiene derecho a recibir la concesión o la licencia.

Sobre las mencionadas licencias y permisos, Niehuss<sup>129</sup> señala que no podría disponerse de ellas contractualmente a menos de que la respectiva entidad o autoridad gubernamental sea parte del contrato, o haga parte de éste y asuma la obligación contractual de transferir el respectivo permiso o licencia al financiador o su sustituto, en caso de que se ejerza el *step-in*.

En cuarto lugar, considerando que en un típico *Project Finance* están implicadas diferentes partes (ver 1.2.) y un conjunto de contratos, al pactarse el *step-in*, se deben incluir una serie de acuerdos entre las diferentes partes, para evitar inconvenientes al momento de ejercerlo.

Por último, la principal preocupación de los acreedores en un *step-in* es la forma en que deberán responder al entrar en el contrato. Por ello, como se explicó en el capítulo anterior, los acreedores buscan principalmente evitar asumir cualquier responsabilidad dentro de los contratos que ha suscrito la compañía del proyecto, o limitar su responsabilidad al máximo. Por lo anterior, es común que los acreedores pacten limitaciones a su responsabilidad, de acuerdo con las características de las legislaciones que hemos mencionado anteriormente, o que designen un sustituto por vía de la novación del contrato.

#### **2.4. Cómo se pacta la toma de posesión (*step-in rights*) en la práctica internacional.**

De acuerdo con la práctica internacional, en el *Project Finance*, la forma generalmente aceptada por las partes intervinientes es hacerlo a través de un Contrato Directo (*Direct Agreement*) o de un Consentimiento y Acuerdo (*acknowledgement & Consent*), figura que

---

<sup>129</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.243

otorga a los financiadores derechos y protecciones sobre los principales contratos del proyecto<sup>130</sup>.

Según explica Dentons<sup>131</sup>, los Acuerdos Directos han sido de aparición reciente en el contexto del *Project Finance*. Por ejemplo, en las primeras financiaciones del Mar del Norte, en los años setenta se requerían, por parte de los financiadores, ciertas garantías de las otras partes de un *joint venture* que explotaban una determinada zona adjudicada. En las primeras versiones de estos acuerdos como garantía sobre un contrato de *joint venture*, se convenía que el financiador notificaba al operador del proyecto, y a cada uno de los participantes, su interés en el proyecto como garantía; y a su vez les solicitaba que le notificaran a los financiadores de cualquier incumplimiento de la parte garantizada, antes de que ejercieran cualquier acción contra la parte incumplida que le hiciera perder su derecho sobre el proyecto.

Vinter<sup>132</sup> indica que los Acuerdos Directos se pactan usualmente entre la sociedad vehículo, los financiadores y las partes de los principales contratos del proyecto, que son típicamente el contrato de concesión, el contrato de construcción, los contratos de operación y mantenimiento a largo plazo, los contratos de suministro a largo plazo, y los contratos de venta a largo plazo.

De acuerdo con la Guía Legislativa de la CNUDMI, sobre proyectos de infraestructura con financiación privada<sup>133</sup>, el principal objetivo de estos acuerdos es otorgar a los financiadores ciertos derechos que les permitan ejecutar el *step-in*, en el evento que la compañía del proyecto incumpla sus obligaciones bajo el contrato de crédito, o en cualquiera de los principales contratos del proyecto.

---

<sup>130</sup> NACIONES UNIDAS. Op. Cit., P.163

<sup>131</sup> DENTONS. Op. Cit., p.50

<sup>132</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.307

<sup>133</sup> NACIONES UNIDAS. Op. Cit., P 163

Como se mencionó antes (ver 1.5.), las garantías en un *Project Finance* tienen tres propósitos, y según Dentons<sup>134</sup>, los Acuerdos Directos cumplen dos de estos: el primero, es permitir a los financiadores la administración de la compañía del proyecto ante un evento de incumplimiento, el segundo, tiene una función defensiva, pues protege a los financiadores de una terminación intempestiva de un contrato del proyecto.

Así pues, los Acuerdos Directos les permiten a los financiadores obtener el control del proyecto, es decir, hacer la toma de posesión en presencia de cualquier evento de incumplimiento y les permite mantener toda la estructura contractual a pesar de que estos eventos de incumplimiento se presenten en uno o más contratos principales del proyecto.

Esto es de gran relevancia en un *Project Finance*, puesto que, como señala la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999)<sup>135</sup>, la preocupación principal de los financiadores es que ellos han financiado el proyecto tomando como base los flujos de caja (*cash flow*); y si el contrato fuente de esos flujos de caja es terminado, muy probablemente no tendrán muchas opciones para recuperar el crédito. Por ello, en el desarrollo del proyecto, los financiadores y sus asesores técnicos están constantemente supervisando los trabajos para asegurarse que sean entregados a tiempo y estén cumpliendo todas las especificaciones técnicas. Lo anterior, para que no haya contratiempos con los pagos, de esta forma los intereses de los financiadores se encuentran sintonizados con los de la entidad pública.

Ahora bien, los Acuerdos Directos no son requeridos exclusivamente por los financiadores, los gobiernos también pueden requerirlos, pues resultan ventajosos para ellos, ya que como señala Gentiloni<sup>136</sup>, son una salvaguarda de que el proyecto no se acabará intempestivamente y evitar así la interrupción del servicio como consecuencia de dicha terminación. De manera

---

<sup>134</sup> DENTONS. Op. Cit., p.43-44

<sup>135</sup> UK. HM TREASURY. Op. Cit., p.246

<sup>136</sup> GENTILONI SILVERI. Op. Cit., p.375-380

complementaria, Niehuss<sup>137</sup> resalta que para las autoridades, los Acuerdos Directos son una herramienta para mantener a los financiadores involucrados en el proyecto, colaborando en la solución de problemas del mismo. De otra parte, también pueden ser utilizados para crear obligaciones a los financiadores o límites en su actuación, de manera que la entidad asegura que el financiador adoptará las conductas estipuladas en el Acuerdo Directo, lo que es de gran utilidad cuando las normas públicas no establecen un particular código de conducta.

De manera complementaria, la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999)<sup>138</sup> señala como ventaja adicional de los Acuerdos Directos para el sector público, el hecho de dar a los financiadores la oportunidad de revivir el proyecto y, evitar así las interrupciones en el servicio. De esta forma se beneficia tanto la autoridad como los financiadores.

Por otra parte, Niehuss<sup>139</sup> señala que para la sociedad vehículo del proyecto es importante participar en la negociación del Acuerdo Directo, puesto que procurará limitar los derechos de los financiadores lo máximo posible, por ejemplo, logrando que el Acuerdo Directo termine una vez sea pagada la deuda. De manera complementaria, Vinter<sup>140</sup> indica que la sociedad vehículo procurará que los financiadores solamente ejerzan sus derechos en virtud de los Acuerdos Directos, cuando de manera continuada se presente un evento de incumplimiento, así que será un punto importante en la negociación de los eventos que activan el Acuerdo Directo.

Los Acuerdos Directos protegen el proyecto, que es el principal activo en un *Project Finance*, por medio de los compromisos adquiridos por las diferentes partes intervinientes. Los financiadores previenen el acaecimiento de causales de terminación anticipada de los

---

<sup>137</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.243-244

<sup>138</sup> UK. HM TREASURY. Op. Cit., p.246

<sup>139</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.243

<sup>140</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.312

contratos principales del proyecto, en primer lugar, porque las otras partes se comprometen a dar aviso a los financiadores cuando ocurra una situación de incumplimiento, otorgándoles un periodo de cura en el que pueden entrar a subsanar los hechos que podrían conllevar a una eventual terminación del contrato; y en segundo lugar, cuando se presente un incumplimiento tal que pueda concluir en un procedimiento ejecutivo, dándoles la alternativa a los financiadores de ejercer el *step-in*, para así evitar que se termine el contrato debido al incumplimiento grave del contratista<sup>141</sup>.

Los Acuerdos Directos son de gran complejidad, puesto que a través de los éstos los financiadores, o quienes éstos designen, entran a ser parte en contratos en los que originalmente no lo eran.

Por lo anterior, la negociación de los Acuerdos Directos no es fácil, inicialmente existía discusión en su inclusión, pero como señala Gentiloni<sup>142</sup>, hoy en día es aceptado como un contrato estándar del *Project Finance*. Por su parte, Lembo<sup>143</sup> indica que esta negociación se efectúa normalmente al tiempo que los contratos del proyecto, e inclusive usualmente es un anexo del contrato de concesión.

Adicionalmente, se deben tener en cuenta en su negociación las diferentes características del *step-in* en las diferentes legislaciones y jurisdicciones (ver 2.2).

Lo primero que se debe prever en un Acuerdo Directo es un periodo de cura. De acuerdo con Molina<sup>144</sup>, esto busca que los financiadores tengan un plazo para sanear los incumplimientos

---

<sup>141</sup> NACIONES UNIDAS. Op. Cit., P 133

<sup>142</sup> GENTILONI SILVERI. Op. Cit., p.377

<sup>143</sup> LEMBO, Carolina, et al. Fundamental Principles in PPP Laws: Review of Latin America and the Caribbean[en línea]. [Washington D.C]: Banco interamericano de Desarrollo. 2019 [Citado el 21 de jul., 2020]. Disponible en internet: <URL: [https://publications.iadb.org/publications/english/document/Fundamental\\_Principles\\_in\\_PPP\\_Laws\\_A\\_review\\_of\\_Latin\\_America\\_and\\_The\\_Caribbean.pdf](https://publications.iadb.org/publications/english/document/Fundamental_Principles_in_PPP_Laws_A_review_of_Latin_America_and_The_Caribbean.pdf) > p. 79

<sup>144</sup> MOLINA REY DE CASTRO Op. Cit., p.111-112

de la sociedad vehículo, lo que se trata normalmente del pago de sumas debidas por la sociedad a otras personas, por ejemplo: pagos de primas de seguros, pagos de impuestos; más no se trata de una toma de posesión.

En relación con la toma de posesión, los financiadores<sup>145</sup> requieren que los Acuerdos Directos regulen, por lo menos, los siguientes puntos esenciales:

- a) Reconocimiento y consentimiento (*acknowledgement and consent*) de una tercera parte, para que la sociedad vehículo del proyecto ceda sus derechos en un contrato a título de garantía, y una confirmación por parte de este tercero en relación con que no ha conocido que estos derechos ya hayan sido cedidos o pignorados con anterioridad<sup>146</sup>.
- b) Un compromiso del tercero que indique que no ejecutarán acciones hostiles contra el contrato, incluido el derecho de terminación anticipada, sin que previamente dé aviso al financiador, con un número determinado de días de antelación<sup>147</sup>.
- c) Un acuerdo con el tercero en que indique que, cuando se les otorgue el aviso a los financiadores, y estos respondan, el tercero le permitirá al financiador o a un tercero que él designe, asumir los derechos y obligaciones de la compañía en el contrato por un periodo de tiempo (*step-in*), y luego, eventualmente salir del contrato (*step-out*)<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> DENTONS. Op. Cit., p.61

<sup>146</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.243

<sup>147</sup> DENTONS. Op. Cit., p.50

<sup>148</sup> UK. HM TREASURY. Op. Cit., p.246-247

- d) Acordar un procedimiento con el cual los financiadores podrán transferir permanentemente a un tercero, por vía de cesión del contrato o novación del contrato a un sustituto<sup>149</sup>.
  
- e) Si el tercero tiene algún derecho de terminar el contrato vía la ejecución de alguna garantía a su favor otorgada por la sociedad vehículo del proyecto, el tercero tendrá el compromiso de no hacer dicha ejecución cuando los bancos decidan ejecutar sus derechos en los términos estipulados en el acuerdo directo<sup>150</sup>.

De acuerdo con Vinter<sup>151</sup>, el típico Acuerdo Directo contempla dos tipos diferentes de transferencia del contrato del proyecto. El primero es por vía de la novación, entregarlo a una sociedad vehículo de los financiadores, como una medida de retención. El segundo, es transferirlo a un comprador comercial, alguien que desee comprar el proyecto directamente a los bancos.

El propósito del Acuerdo Directo de rescatar el proyecto, que es la principal garantía del crédito, acarrea concomitantemente la necesidad, para los financiadores, de incluir acuerdos al respecto de las modificaciones que pueda tener el contrato, así como compromisos a no modificarlos sin previo aviso. En relación con estos acuerdos, Niehuss<sup>152</sup> los considera de suma importancia, si se tiene en cuenta que los financiadores no hacen parte del contrato subyacente, y de no incluirse esta provisión, la sociedad vehículo del proyecto y la otra parte contratante serían libres de modificar el contrato, especialmente condiciones de tipo económico, calidad, cantidad y en general relativas a riesgos del proyecto; ya que estas han sido consideradas por los financiadores en la debida diligencia efectuada para el

---

<sup>149</sup> Ibid. P.246-247

<sup>150</sup> DENTONS. Op. Cit., p.50

<sup>151</sup> VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David Op. Cit., p.309

<sup>152</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.125

otorgamiento del crédito. Por ello, es importante que las partes se comprometan a que no modificarán el contrato sin obtener de manera previa la autorización de los financiadores.

Teniendo en cuenta lo anterior, Dentons<sup>153</sup> indica que estas provisiones se incluyen en el Acuerdo Directo a título de “*Covenants*”, los cuales pueden incluir adicionalmente un compromiso de la otra parte contractual de hacer los pagos de sumas adeudadas a la sociedad vehículo de manera directa a los prestamistas.

Adicionalmente, los financiadores buscarán, a través de estos acuerdos, limitar su responsabilidad para con los terceros en el evento de ejercer el *step-in*, de acuerdo con las diferentes consecuencias de la ejecución de éste en las diferentes jurisdicciones (ver 2.2.).

En general, se puede decir que al momento de la negociación del Acuerdo Directo se deben tener en cuenta los inconvenientes que se tienen en la estipulación de una toma de posesión (ver 2.3.), y por tanto se debe redactar de tal forma que se minimicen estos.

En relación con los eventos que activan el Acuerdo Directo, Madykov<sup>154</sup> establece que las partes deben definirlos en relación únicamente con las circunstancias en las que no habría un remedio inmediato al incumplimiento, siendo una buena práctica acordar que una persona independiente defina si uno de estos eventos ha ocurrido o no. Lo anterior, con el fin de evitar litigios en relación con la ocurrencia o no del evento.

## **2.5.Principales modelos de Acuerdo Directo utilizados a nivel internacional**

---

<sup>153</sup> DENTONS. Op. Cit., p.51

<sup>154</sup> MADYKOV. Op. Cit., p.295

La negociación y la consecuente redacción de Acuerdos Directos es muy compleja, para prevenir eventuales inconvenientes en la negociación se han desarrollado distintos modelos de Acuerdo Directo, de los cuales destacamos los siguientes: en Reino Unido, está en la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999)<sup>155</sup>; y en Estados Unidos, el Comité de *Project Finance* y Desarrollo de la *American Bar Association* (ABA) redactó el *Model to Consent to Assignment for Project Finance Transactions*<sup>156</sup>. En ambos casos, se trata de guías que pretenden facilitar el proceso de negociación, teniendo en cuenta las disposiciones de las jurisdicciones a las que pertenecen; es decir, la inglesa y la de Estados Unidos, respectivamente. Se debe precisar que el modelo inglés hace referencia exclusivamente a un modelo diseñado para regular la relación entre el gobierno y los financiadores, en tanto que el de la ABA está diseñado para ser utilizado por todas las partes que suscriban un Acuerdo Directo (públicas o privadas).

Ahora bien, como se ha mencionado antes, al pactar una toma de posesión se deben prever tanto las dificultades asociadas a la naturaleza jurídica de la misma, como las asociadas a los intereses de las partes participantes en el Acuerdo Directo; por tanto, a continuación veremos algunos de los principales asuntos regulados en los modelos de que trata este capítulo, con el fin de solucionar las dificultades mencionadas:

### **2.5.1. Responsabilidad de los Financiadores:**

De acuerdo con la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999)<sup>157</sup>, inicialmente había dos perspectivas en relación con las responsabilidades adquiridas por los financiadores al ejercer la toma de posesión:

---

<sup>155</sup> UK. HM TREASURY. Op. Cit., p.249

<sup>156</sup> PROJECT FINANCE AND DEVELOPMENT COMMITTEE, ABA SECTION OF BUSINESS LAW. Model To Consent To Assignment For Project Finance Transactions. [en línea],[Chicago]: ABA, 2012 [citado 19 ene., 2020] Disponible en internet:<URL:[https://www.ilfa.africa/wp-content/uploads/2018/04/abamodelagreement\\_biser102012.pdf](https://www.ilfa.africa/wp-content/uploads/2018/04/abamodelagreement_biser102012.pdf)>

<sup>157</sup> UK. HM TREASURY. Op. Cit., p.246

- La primera considera que, al ejercer la toma de posesión, los financiadores obtienen derechos bajo el contrato y, por tanto, ellos deben ser responsables de las obligaciones en los mismos términos que el contratista. En los primeros proyectos desarrollados se llevaron a cabo compromisos de toma de posesión (*step-in undertakings*), por medio de los cuales los financiadores aceptaban un grado de responsabilidad.
- La segunda consiste en designar un administrador judicial o síndico que, por medio de un procedimiento preestablecido, nombrará una entidad para asumir los derechos del contratista, sin necesidad de asumir una responsabilidad cuantificada.

Sin embargo, la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999)<sup>158</sup> concluye que la práctica actual establece que a los financiadores se les debe dar la oportunidad de rectificar cualquier incumplimiento, sin que tengan que aceptar algún tipo de responsabilidad por medio de un compromiso de toma de posesión; de acuerdo con esto, lo que sucede es que si durante el periodo de toma de posesión de los financiadores la situación empeora, el gobierno puede terminar el contrato y la responsabilidad de los financiadores se verá reflejada en la compensación por terminación que se debe pagar al contratista.

Esto implica que, por parte de los financiadores, se asume la responsabilidad de los pagos que deban hacerse durante el periodo de toma de posesión, y que el contratista siempre permanecerá con la responsabilidad en los términos del contrato, incluyendo los incumplimientos que se produzcan dentro del periodo de toma de posesión.

---

<sup>158</sup> Ibid. P.247

Estos efectos inician con la toma de posesión y terminan cuando el financiador decide hacer el *step-out*. De esta forma, los financiadores tienen la ventaja de conocer de manera previa cuáles son las responsabilidades asumen al efectuar una toma de posesión.

Por su parte, el *Model to Consent to Assignment for Project Finance Transactions* de ABA<sup>159</sup> señala que hay que tener en cuenta que la toma de posesión otorga la facultad a los financiadores de ejecutar el contrato, o designar al nominado para ejecutar las obligaciones del contratista dentro del contrato cedido por un periodo específico.

La potencial responsabilidad que se adquiriera durante el periodo de toma de posesión por los financiadores hace que lo más común sea el uso de la facultad de designar un nominado.

El *Model to Consent to Assignment for Project Finance Transactions* de ABA propone la inclusión de la siguiente cláusula de limitación de responsabilidad:

El Agente de Garantías y los Prestamistas no tendrán ninguna responsabilidad por el pago, el cumplimiento o la observancia de ninguna obligación, requisito o condición del Contrato Asignado, salvo en la medida en que se asuma expresamente de conformidad con (A) un Aviso de Intervención y, en ese caso, sólo las obligaciones que surjan durante el Período de Intervención aplicable, o (B) la asunción por parte del Agente de Garantías de los derechos de la Prestataria y de las obligaciones en virtud del Contrato Asignado mediante ejecución hipotecaria, escritura en lugar de esta, u otra acción legal similar<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> PROJECT FINANCE AND DEVELOPMENT COMMITTEE, ABA SECTION OF BUSINESS LAW. Op. Cit., p. 30

<sup>160</sup> “The Collateral Agent and the Lenders shall have no responsibility for the payment, performance, or observance of any obligation, requirement, or condition of the Assigned Agreement except to the extent expressly assumed pursuant to (A) a Step-In Notice and then only those obligations arising during the applicable Step-In Period or (B) the assumption by the Collateral Agent of the Borrower’s rights and obligations under the Assigned Agreement by foreclosure, deed in lieu of foreclosure, or other similar legal action”. Ibid. P.29

De esta forma, los financiadores o su designado, a partir del momento en que deciden efectuar la toma de posesión, pueden ser requeridos para cumplir las obligaciones del contrato, que surjan durante el periodo de toma de posesión; y también, si así lo manifiestan, podrían ejercer los derechos del contratista dentro del contrato cedido. Esta disposición permite entonces que el contratista continúe siendo responsable en el contrato cedido, y que el contratante pueda reclamar responsabilidad a los financiadores o su designado, únicamente por las obligaciones que surjan durante el periodo en que ejercieron la toma de posesión.

### **2.5.2. Conflictos con las normas de contratación:**

La Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999)<sup>161</sup> indica que durante el plazo de ejecución de un contrato de larga permanencia, la identidad de la entidad pública, el contratista y los financiadores puede cambiar.

De manera complementaria, la guía indica que al contratista no se le debe permitir ceder, novar o transferir el contrato, excepto por lo dispuesto en el Acuerdo Directo. Ahora bien, el modelo de Acuerdo Directo propuesto no contempla efectuar cesión, pero sí la novación del contrato; disposición que ha recogido la práctica de los financiadores en Reino Unido. De acuerdo con lo señalado anteriormente (ver 2.2.2.), prefieren efectuar la novación del contrato designando una nueva parte que sustituirá a la compañía del proyecto como resultado de un negocio de venta del contrato, el cual se constituye en un “obligado sustituto” (*substitute obligor*), el que, como resultado de la novación, sería el único obligado en los términos del contrato.

De acuerdo con las disposiciones de la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999)<sup>162</sup>, los financiadores, previamente a efectuar la novación, deben presentar a la entidad pública un contratista sustituto adecuado (*Suitable Substitute*

---

<sup>161</sup> UK. HM TREASURY. Op. Cit., p.121

<sup>162</sup> Ibid. P.251-254

*Contractor*), el cual es aquel que: a) tiene la capacidad, poder y autoridad para convertirse en parte del contrato y ejecutar las obligaciones del contratista; y b) emplea personas con las calificaciones, experiencia, competencia técnica, tiene recursos disponibles y suficientes para ejecutar las obligaciones del contratista<sup>163</sup>.

La entidad pública tiene entonces un derecho de veto a contratistas que no cumplan estos criterios. Sin embargo, la entidad pública debe dar su aceptación dentro de un plazo previamente pactado, y solo puede demorar su aprobación cuando hay incumplimientos sobre los cuales no se propone un programa de recuperación.

Teniendo en cuenta los anteriores criterios, La Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999) incluye, en la cláusula 8<sup>164</sup>, las disposiciones relativas a

---

<sup>163</sup> Ibid. P. 251

<sup>164</sup>8 NOVACIÓN

a) Con sujeción a lo dispuesto en el apartado b) de la cláusula 8, en cualquier momento:

i) Durante un evento de incumplimiento; o

ii) Durante el período de step-in el Agente podrá, previa notificación por escrito a la Autoridad y a cualquier representante designado con [30] días de antelación, lograr que los derechos y obligaciones del Contratista en virtud del Contrato se cedan a un Contratista sustituto adecuado.

b) La Autoridad notificará al Agente si la persona a quien el Agente propone transferir los derechos y obligaciones del Contratista dentro del Contrato es un Contratista sustituto idóneo, en la fecha que caiga dentro de los [30] días siguientes a la fecha de recepción de toda la información que razonablemente requiera la Autoridad para decidir si el cesionario propuesto es un Contratista sustituto idóneo.

c) La Autoridad no retendrá ni demorará injustificadamente su decisión sobre si el cesionario propuesto es un Contratista sustituto idóneo.

d) Sobre cualquier cesión a que se hace referencia en el apartado a) de la cláusula 8 que entre en vigor:

i) El Contratista deberá ser liberado de toda obligación emanada del Contrato o relacionada con él a partir de esa fecha y el nuevo Contratista será responsable de las obligaciones que surjan en esa fecha o con posterioridad a ella;

ii) Todo lo acumulado [observaciones de cumplimiento y/o notificaciones de advertencia] en que se incurrió durante la ejecución del Contrato serán cancelados, únicamente a los efectos de declarar la terminación del contrato, sin perjuicio, de los derechos de la Autoridad a efectuar deducciones financieras;

iii) Se considerará que los motivos que existan en ese momento para que la Autoridad termine el contrato no surtirán efecto y toda notificación de terminación que se presente será automáticamente revocada; y

iv) La Autoridad concertará un acuerdo directo con los prestamistas principales que presten al nuevo Contratista en condiciones sustancialmente idénticas a las del presente Acuerdo.” Ibid. P. 254

la novación, en las cuales se establece que en un evento de incumplimiento, los financiadores o su agente tendrán 30 días a partir de que sean comunicados de este incumplimiento para designar a un contratista sustituto adecuado (*Suitable Substitute Contractor*), una vez notificada, la entidad pública tiene 30 días para manifestar su aceptación o rechazo.

En caso de aceptar, el contratista sustituto asume todas las obligaciones y responsabilidades del contrato desde la fecha de aceptación, se hace un “borrón y cuenta nueva” en lo relativo a la incurrencia en causales de terminación del contrato, sin perjuicio de las deducción que pueda aplicar la entidad pública al contratista saliente, y la entidad pública se compromete a suscribir un nuevo acuerdo directo, en los mismos términos del acuerdo directo inicial, con los financiadores que le presten al contratista sustituto.

Se puede decir entonces, que en la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999), en relación con el conflicto con las normas de contratación, la principal salvaguarda que se impone es que el sustituto adecuado sea aceptado por la entidad pública (que es un derecho de veto de la entidad). Una vez obtenida esta aceptación, todas las disposiciones se dirigen a limitar la responsabilidad de los financiadores, y a que el sustituto adecuado asuma la posición en los contratos en las mismas condiciones que el anterior contratista.

Por su parte, el *Model to Consent to Assignment for Project Finance Transactions* de ABA<sup>165</sup> parte de la consideración de que la provisión del ejercicio de la toma de posesión es una disposición estándar y no deben generar diferencias irreconciliables, especialmente entre las contrapartes privadas. Respecto de las partes gubernamentales, toma en cuenta que las normas de contratación pública pueden dificultar su ejercicio, puesto que, con anterioridad

---

<sup>165</sup> PROJECT FINANCE AND DEVELOPMENT COMMITTEE, ABA SECTION OF BUSINESS LAW. Op. Cit., p.4

al ejercicio de la toma de posesión, se requerirá no solo eventualmente llevar a cabo procesos de contratación, sino obtener aprobaciones.

Sin embargo, señala que tanto los financiadores como todas las demás partes deben considerar que el ejercicio de la toma de posesión los puede beneficiar, en el sentido de que en ciertas situaciones, cuando el financiador la ejerce, se le puede requerir para el pago de algunas deudas pendientes; y además, en general la participación de los financiadores busca preservar el proyecto y maximizar su valor para su potencial venta a una tercera parte. Para ello, de manera similar a lo dispuesto en la Guía sobre la *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999), el modelo del ABA dispone que se debe presentar por parte de los financiadores un sustituto adecuado (*Suitable Substitute*), el Acuerdo Directo indica que este es quien: a) adquiere una porción material de los derechos del prestatario en el proyecto, b) tiene capacidad, poder y autoridad para volverse parte del proyecto; y c) tiene la capacidad financiera que le permita desarrollar las obligaciones del prestatario<sup>166</sup>.

Teniendo en cuenta la anterior posición, el *Model to Consent to Assignment for Project Finance Transactions* de ABA exige incluir en el capítulo del Acuerdo Directo denominado “*Representation and Warranties*” una declaración que consiste en que no se requieren por las partes contratantes aprobaciones gubernamentales (*Governmental Approvals*) para ejecutar las transacciones dispuestas en éste.

Con base en lo anterior, el *Model to Consent to Assignment for Project Finance Transactions* de ABA contiene en la cláusula 5.01<sup>167</sup> las disposiciones relativas a la cesión del contrato

---

<sup>166</sup> Ibid. P.13

<sup>167</sup> “8. Cesión.

a) Independientemente de cualquier disposición en contrario en el acuerdo cedido, el Agente de Garantías puede, en cualquier momento durante la continuación de un Incumplimiento o Incumplimiento del Préstamo, entregar a la Parte Contratante una notificación por escrito (una "Notificación de Cesión") el cual pretende acordar la transferencia de los derechos y obligaciones del Prestatario (o, si procede, del Representante de los Prestamistas) en virtud del Acuerdo cedido a un Sustituto Adecuado. En la Notificación de Cesión se especificará un Día Hábil no antes de [15] días a partir de la fecha en que la Parte Contratante reciba la Notificación de Transferencia (la "Fecha de Cesión") para la cesión de los derechos y

(*transfer of contract*) (ver 2.2.1.). De acuerdo con esta cláusula, la solución a los conflictos de la cesión del contrato con las normas contratación pública consiste en prever que las autorizaciones para hacer la cesión del contrato se hayan obtenido de manera previa a la suscripción de Acuerdo Directo; y, de otro lado, establecer que el sustituto adecuado deberá tener las capacidades legales y financieras para seguir con el proyecto.

En cuanto a lo concerniente a la figura de la cesión del contrato, la redacción de la cláusula se efectúa de manera tal que no puedan las partes oponerse a la cesión del contrato y que, de acuerdo con lo indicado cuando se estudió la toma de posesión en los Estados Unidos (ver. 2.2.1.), el financiador pueda limitar su responsabilidad solamente a lo ocurrido durante el periodo de toma de posesión *step-in*.

---

obligaciones de la Prestataria (o, si procede, del Representante de los Prestamistas) en virtud del Acuerdo Cedido al Sustituto Adecuado.

b) En la Fecha de la cesión:

i) Con sujeción a la disposición de la cláusula iii) infra, la Prestataria (y, si procede, el Representante de los Prestamistas) y la Parte Contratante quedarán liberados del Acuerdo Cedido a partir de la fecha de la cesión y después de ésta, y no tendrán más derechos ni obligaciones entre sí en virtud de dicho Acuerdo, y el Sustituto adecuado y la Parte Contratante asumirán esos mismos derechos y obligaciones entre sí;

(ii) la Parte Contratante, la Prestataria, el Agente de Garantías, el Sustituto Adecuado, y, cuando aplique, el Representante de los Prestamistas celebren, celebrarán todos los acuerdos u otros documentos que sean razonablemente necesarios para dar efecto a lo anterior, incluyendo:

(A) un acuerdo entre la Parte Contratante y el Sustituto Adecuado, en términos sustancialmente iguales a los del Acuerdo Cedido; y

(B) un acuerdo entre la Parte Contratante, cualquier prestamista (o inversor) del Sustituto Adecuado (o su agente) y el Sustituto Adecuado en sustancialmente los mismos términos que este Acuerdo; y

iii) Se considerará que no se ha producido ningún incumplimiento del Acuerdo cedido y cualquier otro motivo continuado de cancelación o terminación del Acuerdo cedido por la Parte Contratante, la suspensión del cumplimiento del Acuerdo cedido o el ejercicio de cualquier otro recurso en virtud del Acuerdo cedido, o que continúa entre la Parte Contratante y el Sustituto Idóneo, y la Parte Contratante no tendrá derecho a cancelar, terminar o suspender el cumplimiento, ni a ejercer ningún otro derecho o recurso que pueda tener en virtud del Acuerdo cedido o de cualquier acuerdo celebrado de conformidad con el artículo 5.01(b)(ii), como resultado de dicho incumplimiento; siempre que, no obstante, la Parte Contratante tenga después el derecho de proceder contra el Prestatario con respecto a cualquier pérdida monetaria no compensada que haya sufrido antes de cualquier ejecución, adquisición o cesión.

c) Después de cualquier cesión, el agente de garantía (y, si procede, el representante de los prestamistas) quedará liberado de todas las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo cedido y del presente acuerdo". Ibid. P. 32-35

### 3. Los Acuerdos Directos y los contratos de concesión en Colombia

#### **3.1. Naturaleza Jurídica de la toma de posesión en Colombia, y forma de pactarla en la práctica colombiana**

En el Estatuto de Contratación Pública está dispuesta una forma de toma de posesión en algunos eventos de terminación anormal del contrato, estos son los casos planteados en el artículo 17<sup>168</sup> y 18<sup>169</sup> de la Ley 80 de 1993, los cuales se refieren a la terminación unilateral y a la declaratoria de caducidad respectivamente.

En los mencionados artículos se incluyó, por parte del legislador, una disposición tendiente a que la entidad pública pudiera optar porque los garantes del contratista (principalmente las compañías de seguros), continuarán la ejecución del contrato.

---

<sup>168</sup> El artículo 17 de la Ley 80 de 1993: “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.

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”. (Subrayado fuera del texto)

<sup>169</sup> Artículo 18 de la Ley 80 de 1993“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”. (Subrayado fuera del texto).

Respecto de la inclusión de esta facultad para la entidad pública, Palacio efectuó la siguiente reflexión:

(...) la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento, con el objeto de hacer efectiva la correspondiente póliza mediante la cual se garantizaron las obligaciones contractuales, para que la Entidad ordene al garante la ejecución del contrato, si lo estima conveniente, aspecto que es novedoso en la actual legislación, pues el contrato administrativo es intuitu personae, calificativo que consagra expresamente el art.41 de la Ley 80 de 1993(...) <sup>170</sup>

De manera complementaria, en relación con la posibilidad de ceder el contrato al garante y evitar una caducidad del contrato el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 dispone que la declaratoria de caducidad del contrato, la cual se efectúa a través de un acto administrativo debidamente motivado, será constitutiva del siniestro de incumplimiento. No obstante, la referida norma también establece que la entidad puede decidir abstenerse de declarar la caducidad y adoptar las medidas de control e intervención necesarias para garantizar la ejecución del objeto contratado, razón por la cual puede suceder que, advertido el incumplimiento del contratista, que daría lugar a dicha decisión y por lo tanto, a la efectividad de la garantía de cumplimiento, las partes y la aseguradora que haya expedido la póliza de seguro que la contenga acuerden, con miras a evitar la caducidad del contrato, que el contratista lo ceda a la garante para que ésta culmine su ejecución, caso en el cual, ella pasará a tomar el lugar de la parte contratista en esa relación contractual <sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. 5 Ed. Medellín: Liberia Jurídica Sanchez R. Ltda., 2005. ISBN 958-9380-70-0. p. 299

<sup>171</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de octubre de 2015. Radicado: 25000232600020040008801. Magistrado Ponente Danilo Rojas Betancourth.

En el mismo fallo, se diferenci6 entre la disposici6n del art6culo 18 de la Ley 80 de 1993 y la del art6culo 1110<sup>172</sup> del C6digo de Comercio, seg6n el cual, se le otorga al asegurador la alternativa de pagar la indemnizaci6n en dinero o mediante reposici6n, reparaci6n o reconstrucci6n de la cosa asegurada. El Consejo de Estado indic6 que, cuando el siniestro de incumplimiento ya se ha presentado con ocasi6n de la declaratoria de caducidad del contrato y la entidad acepta que el asegurador, en lugar de pagar la indemnizaci6n en dinero, asuma la ejecuci6n del contrato 6stos deben celebrar un nuevo contrato, puesto que el inicial no puede ser cedido considerando que este ya se hab6a terminado en virtud del efecto de la declaratoria de caducidad.

Vale la pena mencionar que el art6culo 13 del Decreto 1510 de 2013, hoy art6culo 2.2.1.2.3.2.2.<sup>173</sup> del Decreto 1082 de 2015, dispuso que cuando se cediera el contrato al garante, 6ste est6 obligado a constituir las garant6as previstas en el contrato.

Posteriormente, la Ley 1508 de 2012 que regula las APP en el art6culo 30, incluy6 lo que denomin6 como “Asunci6n del Contrato” as6:

ASUNCI6N DEL CONTRATO. En caso de incumplimiento del contratista, los financiadores podr6n continuar con la ejecuci6n del contrato hasta su terminaci6n directamente o a trav6s de terceros.

As6 pues, de acuerdo con 6ste, la toma de posesi6n en los contratos de concesi6n bajo la modalidad de APP es una potestad del financiador y no de la entidad p6blica.

---

<sup>172</sup> El art6culo 1110 del C6digo Civil Comercio Establece: “ART6CULO 1110. <FOMA DE PAGO DE LA INDEMNIZACI6N>. La indemnizaci6n ser6 pagadera en dinero, o mediante la reposici6n, reparaci6n o reconstrucci6n de la cosa asegurada, a opci6n del asegurador”.

<sup>173</sup> El art6culo 2.2.1.2.3.2.2. del Decreto 1082 de 2015 dispone: “Cesi6n del contrato. Si hay lugar a cesi6n del contrato a favor del garante, este est6 obligado a constituir las garant6as previstas en el contrato”.

Habiendo establecido la normativa aplicable a la toma de posesión, es importante preguntarnos por la naturaleza jurídica de la figura en cuestión.

Para este análisis, podemos iniciar diciendo que, aunque el artículo 30 de la Ley de APP aparentemente establece una figura similar a la subrogación legal, el contenido de la mencionada norma no corresponde a esta figura, puesto que la subrogación es un modo de transmisión de los créditos y opera por virtud de la Ley sin que medie voluntad. Tal es el caso de las situaciones establecidas en el artículo 1668<sup>174</sup> del Código Civil Colombiano, que difiere entonces de la figura contemplada en el mencionado artículo 30, ya que ésta es potestativa del financiador, debiendo entonces mediar su voluntad para que opere. Adicionalmente, si nos remitimos al artículo 1669<sup>175</sup> del Código Civil Colombiano, encontramos que la subrogación, cuando es convencional, se rige por las reglas de la cesión de derechos.

La cesión de derechos o cesión de créditos se encuentra consagrada en los artículos 1959 al 1972 y subsiguientes del Código Civil. Podemos decir que su efecto es: “situar en

---

<sup>174</sup> El artículo 1668 del Código Civil Colombiano Establece: “ARTÍCULO 1668. <SUBROGACION LEGAL>. Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio:

1o.) Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca.

2o.) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

3o.) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.

4o.) Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.

5o.) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor.

6o.) Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero”.

<sup>175</sup> El artículo 1669 del Código Civil Colombiano Establece: “ARTÍCULO 1669. <SUBROGACION CONVENCIONAL>. Se efectúa la subrogación, en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago”.

cabeza de un nuevo acreedor, con quien deberá entenderse en adelante el deudor, el crédito que existe a favor del cedente<sup>176</sup>”.

La Ley de Garantías Mobiliarias, a su vez, contiene algunas disposiciones relativas a la cesión de créditos. Debemos iniciar por el artículo 8 la Ley 1676 de 2013, que define un crédito como “El derecho del garante de reclamar o recibir el pago de una suma de dinero de un tercero, adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro incluyendo, entre otros, las cuentas por cobrar”.

Posteriormente, la Ley 1676 tiene el capítulo relativo a los “créditos” (artículo del 23 al 30), del cual resaltamos los siguientes artículos:

- a) El artículo 23, que establece que las disposiciones relativas a las garantías mobiliarias sobre créditos se aplican también a toda especie de cesión de créditos en garantía.
- b) El artículo 25, según el cual el garante o cedente no garantiza que el deudor cedido tenga solvencia o vaya a realizar el pago.
- c) El artículo 27, que establece que la relación jurídica subyacente no debe ser alterada por la cesión del crédito, ni puede tener como consecuencia para el deudor del crédito que el cumplimiento de las obligaciones se haga más gravoso.
- d) El artículo 28, relativo a que el deudor puede extinguir su obligación haciendo el pago al cedente o garante, a menos que haya sido notificado que deba hacer el pago al

---

<sup>176</sup> CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. 3Ed. Santafé de Bogotá D.C.: Fundación Javeriana de Artes Gráficas-JAVEGRAF-, 1996. ISBN 958-9176-34-8. p.321

acreedor garantizado, consagrando incluso consecuencias penales, si a pesar de haber sido notificado hace el pago al garante o cedente.

e) El artículo 30 indica que, salvo pacto en contrario, el deudor del crédito podrá oponer al cesionario o acreedor garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito podría oponer contra el garante.

De acuerdo con las anteriores disposiciones, la cesión de créditos sólo implica el cambio del acreedor (parte activa), sin modificar la relación contractual y manteniendo (salvo pacto en contrario) las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato parte de la misma transacción que el deudor tenga contra el cedente.

Encontramos entonces que ni la subrogación (legal o convencional), ni la cesión de créditos explican el fenómeno de la toma de posesión, puesto que ambas corresponden al fenómeno de la transmisión de créditos. En cambio, la toma de posesión implica una sustitución de una de las partes por un tercero en la posición contractual que implica una transmisión tanto de deudas como de acreencias.

De esta forma, para poder explicar la toma de posesión, se debe partir de una figura que permita tanto la cesión de la parte activa o crédito de las distintas obligaciones derivadas del contrato, como de la parte pasiva o deuda de las obligaciones derivadas del contrato; así se genera una sustitución de la parte contractual, y por tanto, debemos buscar una figura con estas características. Ésta la podemos encontrar en el artículo 887<sup>177</sup> y siguientes del Código de Comercio denominada como cesión de contrato.]

---

<sup>177</sup> El artículo 887 del Código de Comercio establece: “*ARTÍCULO 887. <CESIÓN DE CONTRATOS>. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad*

El Consejo de Estado ha estudiado la figura de la cesión de contratos pronunciándose en el siguiente sentido:

(...) En el derecho moderno se permite a las partes cambiar los términos de una relación jurídica y particularmente transmitirla activa o pasivamente. Constituye esta figura [la cesión de contratos] una convención, que sustituye un nuevo acreedor al antiguo sin extinguir la relación obligatoria primitiva, y en que sólo un elemento subjetivo es variado, pero dejando intacta la primera obligación con todas sus condiciones, modalidades y garantías (...) <sup>178</sup>.

De manera complementaria, sobre el artículo 887 del Código de Comercio, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

El artículo 887 del Código de Comercio establece que en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, quien en adelante ocupará la posición jurídica que tenía el que cede, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados *intuitu personae*, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución <sup>179</sup>.

Adicionalmente, sobre las consecuencias de la cesión para el cesionario, el Consejo de Estado ha concluido lo siguiente:

---

*o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

*La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.*

<sup>178</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2010. Radicado: 20114742500023260001997041670120967. Magistrado Ponente Olga Mélida Valle de la Hoz.

<sup>179</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de octubre de 2015. Radicado: 25000232600020040008801. Magistrado Ponente Danilo Rojas Betancourth.

(...)Además, cualquiera de las partes —contratante o contratista— puede sustituirse por un tercero —llamado cesionario—, quien en adelante será el titular de los derechos y obligaciones que proceden del contrato, ocupando material y jurídicamente la posición que antes tenía el cedente, lo que implica, para éste, la extinción de su relación jurídica, para ser transferida al cesionario, quien en adelante ostentará la calidad de contratista —toda vez que en materia contractual estatal lo común es la cesión del contratista, aunque ya se dijo que también aplica respecto del contratante— y a quien la administración exigirá el cumplimiento de las obligaciones<sup>180</sup>.

Por último, sobre el momento en que la cesión del contrato produce efectos, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto para documentos escritos con cláusula “a la orden” u otra equivalente, en el que sólo bastará el endoso del documento (art. 894 e inc. 3 art. 888 C. Co.)<sup>181</sup>.

Al remitirnos a la práctica contractual en las entidades públicas colombianas, encontramos que han venido incluyendo tanto en los contratos de concesión regidos por la Ley 80, como en los regidos por la Ley 1508 de 2012 (APP), una serie de disposiciones a favor de los financiadores, según las cuales, la entidad pacta de manera anticipada con el concesionario las condiciones para una toma de posesión por parte de los financiadores o a quienes estos designen, situación que se dará cuando el concesionario incumpla sus

---

<sup>180</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicado 209411052001233100019990098501 23088. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero.

<sup>181</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2010. Radicado: 20114742500023260001997041670120967. Magistrado Ponente Olga Mélida Valle de la Hoz.

obligaciones con los financiadores o se constituya una causal de terminación anticipada de las pactadas contractualmente.

Las mencionadas disposiciones contractuales, pactadas a favor de los financiadores, incluyen una variedad de modalidades tales como la cesión del contrato, la posibilidad de modificar la composición accionaria del concesionario, ya sea por compra directa o indirecta que hagan los financiadores o una persona designada por ellos, y la posibilidad de que los financiadores efectúen la modificación y reemplazo de los funcionarios clave y los miembros de la Junta Directiva del concesionario (Sociedad Vehículo).

Podemos decir que las mencionadas disposiciones utilizadas en los contratos de concesión en Colombia son similares a las figuras utilizadas de manera alternativa a los Acuerdos Directos, planteadas tanto en la Ley de Contratos de 1999 (*Right of Third Parties*) del Reino Unido, como en Francia con el uso de la “*stipulation pour autrui*” (ver 2.2.).

Ahora bien, si analizamos la Parte General del Modelo de Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), vemos que en el literal c) del numeral 3.12 del capítulo III, se encuentran las disposiciones relativas a la “toma de posesión de los prestamistas”, y establece que se puede ejercer de las siguientes formas:

(i) Mediante la solicitud de cesión del Contrato a la persona que designen por escrito mediante el envío de una Notificación a la ANI. Esta cesión implicará que los términos y condiciones del Contrato, en especial las condiciones económicas, no podrán variar. Por lo tanto, no podrá ser condición de la cesión el que se modifiquen las condiciones del Contrato.

(ii) Mediante el envío de una Notificación a la ANI anunciando la modificación de la composición accionaria del Concesionario, ya sea por

cuenta de la compra que hagan directa o indirectamente los Prestamistas o por la compra efectuada por una persona designada por los Prestamistas. En este caso, deberán enviar una certificación suscrita por el revisor fiscal del Concesionario en la que conste la composición accionaria del Concesionario y donde se evidencie que los accionistas iniciales del Concesionario no tienen participación accionaria alguna en el cesionario. Si los accionistas son personas jurídicas, además deberán adjuntar una declaración juramentada en la que conste que los accionistas iniciales del Concesionario no son Beneficiarios Reales de los nuevos accionistas del Concesionario.

(iii) Para los efectos de la Sección (ii) anterior, se entenderá por compra indirecta aquella que efectúen personas jurídicas del mismo grupo empresarial del(los) Prestamista(s).

(iv) Los términos y condiciones de la compra de las acciones o de la cesión del Contrato que acuerden los Prestamistas con el Concesionario o con los accionistas iniciales del Concesionario, según corresponda, serán libremente acordadas y la ANI no tendrá injerencia alguna sobre ellos. Esto último sin perjuicio del derecho de la ANI de verificar que el nuevo concesionario y/o los nuevos accionistas cumplan con los requisitos señalados en la Sección 3.12(f) de esta Parte General<sup>182</sup>.

De acuerdo con lo estipulado en el romanito (i), en caso de ejercer los financiadores el derecho de toma de posesión a través de la cesión del contrato, esta se hará a la persona que designen por escrito, y no podrá implicar una modificación a los términos del contrato, especialmente los económicos.

---

<sup>182</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE Y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP [en línea]. [Bogotá D.C.]: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, 2014 [citado 26 de Ene., 2020]. Disponible en internet:<URL: <https://www.ani.gov.co/contratacion/contratos-4g>>. p.66

Respecto al conflicto con las normas de contratación, tanto para el caso de la cesión del contrato en el que habrá nuevo concesionario, como en el caso de que se transfiera la propiedad accionaria de la sociedad vehículo del proyecto, deberá haber de manera previa una aprobación de la entidad pública concedente que es la ANI, y ésta se dará de acuerdo con la sección 3.12 (f) del contrato, siempre que la entidad designada por los financiadores cumpla con los requisitos mínimos que se tuvieron en cuenta en la precalificación y en el marco del proceso de selección.

Vale recordar aquí que el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 estableció que “los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”.

Teniendo en cuenta la anterior disposición, se debe efectuar por parte de la entidad estatal (en este caso la ANI), de manera previa a la aceptación del nuevo concesionario, un ejercicio de análisis de éste. En este sentido el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

(...) Y es que es tan importante la característica de los contratos estatales consistente en que son catalogados *intuitu personae*, que la entidad contratante debe observar, bajo su potestad discrecional pero objetiva, teniendo en cuenta o el estudio de conveniencia de la obra, los pliegos de condiciones o disposiciones que lo regule o reglamente, que el tercero, quien ostente la nueva posición contractual, cumpla con el objeto del contrato, por cuanto se encuentra de por medio el interés general.

Para el efecto, se ha establecido que la autorización previa y por escrito por parte de la entidad contratante de la cesión que se pretenda realizar del contrato, exige que la propia entidad estudie si el futuro cesionario cumple con ciertos requisitos necesarios para la consecución del objeto del contrato. Para el efecto, la cesión i) debe recaer en un tercero; ii) el cesionario debe tener capacidad jurídica para continuar con la ejecución del objeto contractual y no estar incurso en alguna de las causales de

inhabilidad e incompatibilidad para contratar y por último iii) debe contar con una capacidad técnica, económica y financiera suficiente para cumplir con las obligaciones y el objeto del contrato estatal<sup>183</sup>.

De esta forma, el modelo de contrato ANI contiene una disposición que es muy similar a la del *Suitable Substitute Contractor* del *Standardisation of PFI Contracts* del Reino Unido (1999) o el *Suitable Substitute* contenida en los modelos *Model to Consent to Assignment for Project Finance Transactions* de ABA; ambas establecidas, como se señaló anteriormente, con el propósito de evitar un conflicto con las normas de contratación pública.

Respecto de la responsabilidad asumida por el cesionario, una vez efectuada la cesión, no hay disposición expresa, ni en el mencionado artículo 30 de la Ley 1508 de 2012, ni en las disposiciones contractuales contenidas en la Parte General del Modelo de Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP de la ANI. Si nos remitimos a las normas correspondientes del Código de Comercio relacionadas con la cesión del contrato, estas contienen disposiciones generales de responsabilidad relativas a: a) que el cedente debe garantizar la existencia y validez del contrato (art. 890<sup>184</sup> Código de Comercio); b) que el cedido, que es la entidad pública no podrá seguir cumpliendo prestaciones a favor del cedente (art. 892<sup>185</sup> Código de Comercio); y c) que el cesionario recibe las acciones privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato (art. 895<sup>186</sup> Código de Comercio).

---

<sup>183</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección C. Sentencia del 16 de marzo de 2015. Radicado: 73001-23-31-000-1999-03028 (31.619). Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>184</sup> El mencionado artículo dispone: “ARTÍCULO 890. <RESPONSABILIDAD DEL CEDENTE>. *El que cede un contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes*”.

<sup>185</sup> El mencionado artículo dispone: “ARTÍCULO 892. <RESPONSABILIDADES DEL CEDENTE Y CESIONARIO DESPUÉS DE NOTIFICADA LA CESIÓN>. *El contratante cedido no podrá cumplir válidamente en favor del cedente las prestaciones derivadas del contrato cedido, una vez notificada o aceptada la cesión o conocido el endoso. Si el cedente recibe o acepta tales prestaciones sin dar al contratante cedido aviso de la cesión o endoso del contrato, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal para el delito de estafa*”.

<sup>186</sup> El mencionado artículo dispone: “ARTÍCULO 895. <IMPLICACIÓN DE LA CESIÓN>. *La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes*”.

De otro lado, en relación con las consecuencias de la cesión para el cesionario, en fallo del 22 de octubre de 2010, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

(...) Por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes (art. 895 C. Co.)(...).

(...) la cesión de un contrato transmite todo lo que constituya la realidad del contrato mismo y tenga conexión con él: la fianza, privilegios e hipotecas, la acción ejecutiva de la que esté revestido el acreedor primitivo, la acción resolutoria que le corresponde al mismo, y, en general, cuanto pertenezca al contrato en cabeza del cedente, de quien el cesionario es un verdadero sucesor. (...) <sup>187</sup>.

Posteriormente, en fallo de 10 de septiembre de 2014, el Consejo de Estado <sup>188</sup> señaló que, en la cesión de la posición contractual, el cesionario se vuelve parte de la relación contractual cedida y por lo tanto el cedente deja de serlo, con las salvedades que pueden hacerse en torno a la responsabilidad de éste.

De manera complementaria, el modelo de Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP de la ANI, prevé en el literal e) del numeral 3.12 los efectos de la toma de posesión.

En relación con los efectos establecidos, se debe destacar que algunas disposiciones son concordantes con lo establecido en el Código de Comercio. Así pues, la establecida en el

---

<sup>187</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2010. Radicado: 20114742500023260001997041670120967. Magistrado Ponente Olga Mélida Valle de la Hoz.

<sup>188</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección C. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicado: 68001231500019940982601 (28.875). Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

numeral (4) del romanito (iv)<sup>189</sup>, relativa a la cesación de pagos por parte del patrimonio autónomo al concesionario saliente, es consistente con lo dispuesto en el artículo 892 del Código de Comercio, según el cual, no se pueden seguir cumpliendo prestaciones a favor del cedente, lo cual se complementa con lo dispuesto en el romanito (vi)<sup>190</sup>, que hace referencia a que una vez concluida la cesión, el nuevo concesionario, junto con los prestamistas podrán disponer de la cuentas del proyecto. Lo anterior obedece a que el cesionario efectivamente recibe los privilegios y beneficios del contrato, tal y como lo dispone el artículo 895 del Código de Comercio; por ello, el numeral (6)<sup>191</sup> del romanito (vi) prevé la cesión de los permisos y licencias al concesionario nuevo.

De otro lado, el romanito (vi)<sup>192</sup> del modelo de contrato, relativo a la necesidad de la elaboración de un acta para dejar constancia del estado del proyecto al momento de la cesión,

---

<sup>189</sup>“(…) (iv) En relación con el Patrimonio Autónomo: Desde el recibo de la Notificación Para Toma o de la Notificación Derecho de Toma, la Fiduciaria que administra el Patrimonio Autónomo deberá:

(…) (4) Destinar los recursos disponibles en las subcuentas de libre disposición del Concesionario o sus accionistas a atender los pagos a cargo del Patrimonio Autónomo y a favor de los Contratistas, Prestamistas y demás contratistas y proveedores del Proyecto. Cualquier pago que haga el Patrimonio Autónomo al Concesionario o a sus accionistas, sin importar de qué subcuenta se haga, se considerará como un incumplimiento del Contrato de Fiducia Mercantil que dará lugar a su terminación inmediata, sin perjuicio de las acciones legales que la ANI pueda entablar en contra de la Fiduciaria;”. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE Y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Op. Cit., p.69

<sup>190</sup>“(…) (v) Cuando se concluya el procedimiento de toma de posesión, el Concesionario podrá, junto con los Prestamistas, establecer el destino de los recursos en la Cuenta Proyecto y sus subcuentas (excluyendo las Subcuentas Predios, Redes y Compensaciones Ambientales), respetando las finalidades y condiciones previstas en el presente Contrato. En relación con la Cuenta ANI y sus subcuentas, las mismas seguirán bajo el control de la ANI y no se afectarán por el proceso de toma de posesión. En el caso que se liquide el Patrimonio Autónomo por cuenta de la cesión del Contrato a un tercero designado por los Prestamistas o por la ANI, la ANI dará las instrucciones sobre el manejo de los recursos de la Cuenta ANI y de cada una de sus subcuentas. Si el Patrimonio Autónomo se liquida, la Fiduciaria deberá entregar un informe especial a la ANI de los ingresos y usos de los recursos de la Cuenta ANI y un reporte del revisor fiscal sobre los usos de dichos recursos. La Fiduciaria entregará los recursos de la Cuenta ANI al patrimonio autónomo que informe el cesionario del Contrato, previa instrucción escrita de la ANI. En el caso que se liquide el Patrimonio Autónomo, el cesionario del Contrato deberá constituir un nuevo Patrimonio Autónomo que cumpla con las condiciones previstas en el presente Contrato, garantizando que el proceso de cambio de fiducia no entorpezca el desarrollo del Proyecto. Durante el período que transcurra entre la Notificación Para Toma o la Notificación Derecho de Toma y la conclusión del proceso de toma de posesión, la Fiduciaria deberá enviar a la ANI, al Interventor y a los Prestamistas, un informe mensual donde se detallen todos los movimientos de recursos del Patrimonio Autónomo de todas las Cuentas y Subcuentas. Si el Proyecto tiene Patrimonio Autónomo-Deuda, las disposiciones aquí previstas se aplicarán mutatis mutandi.”. Ibid. P. 69

<sup>191</sup>“(…) (6) De ser necesaria, se formalizará la cesión –a favor del nuevo concesionario– de las Licencias y Permisos con que cuente el Concesionario”. Ibid. P.70

<sup>192</sup>“(…) (vi) En relación con el Contrato: Si el presente Contrato se cede como consecuencia de la toma de posesión, la ANI, el Interventor, el concesionario saliente y el concesionario entrante, suscribirán un acta de entrega del Proyecto, en la que se deberá detallar cuando menos lo siguiente: (…)”. Ibid. P.70

es una especie de corte de cuentas con las condiciones en que se recibe el proyecto. Este corte de cuentas se complementa con el romanito (vii)<sup>193</sup>, que estipula que el nuevo concesionario deberá aportar garantías que haya tomado en las mismas características de las que tenía el cedente, las cuales permanecerán vigentes hasta que se aporten las nuevas.

Una última disposición contenida en el modelo de contrato de la ANI está relacionada con las multas. Según ésta, en el periodo comprendido dentro de los 60 días siguientes a la notificación de la toma de posesión, se suspende la aplicación de multas por parte de la entidad pública, durante este plazo debe suceder una de dos cosas: a) se acepta al nuevo concesionario, o b) se rechaza el nuevo concesionario y se aplican nuevamente las multas por parte de la entidad pública, inclusive de manera retroactiva.

Llegado este punto, y antes de proseguir con nuestro estudio, vale la pena precisar que podemos hablar de dos tipos de Acuerdo Directo: el primero es celebrado exclusivamente entre partes de naturaleza privada, como puede ser el concesionario, el contratista del contrato de construcción (EPC) y los financiadores; y el segundo incluye a una entidad pública como será el concedente, el concesionario y los financiadores.

Teniendo en cuenta que en el primer tipo de Acuerdo Directo no hay mayor discusión por tratarse de partes privadas que actúan en el marco del derecho privado y de la autonomía de la voluntad privada, para efectos de nuestro estudio nos concentraremos exclusivamente en el análisis de los Acuerdos Directos en el marco del contrato de concesión regido por el estatuto de contratación pública, en el cual participa una entidad pública en calidad de contratante.

---

<sup>193</sup> “(...) (vii) En relación con las garantías: Las garantías exigidas en este Contrato deberán permanecer vigentes hasta que sean reemplazadas por las nuevas garantías –aprobadas por la ANI– tomadas por el concesionario entrante. En todo caso, el Proyecto deberá siempre contar con las coberturas exigidas por lo que será responsabilidad del Concesionario saliente y del concesionario entrante asegurarse que esta situación se verifique.(...)”. Ibid. P.70

### **3.2. Ausencia de los Acuerdos Directos en los contratos de concesión**

Al estudiar los contratos suscritos en el marco del programa de 4G y algunos otros contratos de concesión bajo la Ley 1508 de 2012, encontramos una ausencia de la presencia de los Acuerdos Directos tal y como se pactan en la práctica internacional. En su lugar, encontramos como práctica generalizada, la utilización de las disposiciones contractuales explicadas anteriormente en el modelo de contrato de la ANI (ver 2.6.), en las cuales la entidad pública y el concesionario dentro del contrato incluyen una estipulación en favor de los financiadores, relativa al ejercicio de la denominada toma de posesión.

Si bien lo anterior es el reflejo de la práctica de las entidades públicas y del análisis del contenido de las mencionadas disposiciones del modelo contractual, se puede deducir que la razón de esta práctica es probablemente similar a la planteada en el seno de la Unión Europea, en la que los Acuerdos Directos enfrentan obstáculos derivados de las normas de Contratación Pública.

Para entender la anterior afirmación, debemos recordar que cuando analizamos los conflictos de la figura de la cesión del contrato con las normas de contratación (ver 3.1.), partimos del inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, según el cual los contratos estatales son *intuitu personae*; y señalamos el desarrollo que la Jurisprudencia del Consejo de Estado determinó. Esto es que la aceptación de la cesión se diera por escrito y que, antes de otorgarla, la entidad debía efectuar un análisis de las características del nuevo contratista.

De manera complementaria, en sentencia del 01 de octubre de 2014 <sup>194</sup>, se concluyó que la cesión del contrato estatal solo es viable por vía de una modificación del contrato debidamente aceptada por la entidad (Contratante Cedido), que tiene sobre la base de un

---

<sup>194</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección A. Sentencia del 01 de octubre de 2014. Radicado: 85001233100020010030801. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón.

evento legal que la permita. Con lo cual el cesionario únicamente se convierte en parte contractual, en la medida en que la entidad lo acepte, y ésta pueda negarse a aceptarlo cuando el cesionario sea una parte que debió presentarse en el proceso de contratación legalmente establecido o carece de las calidades para acceder a la respectiva posición contractual.

Este fallo es consecuente con la posición del Consejo de Estado, según la cual, la cesión de un contrato presupone su preexistencia y debe llevarse a cabo con las mismas formalidades de su celebración<sup>195</sup>.

Considerando estas salvedades para realizar la cesión del contrato, el Consejo de Estado<sup>196</sup> ha llegado a declarar nulo un contrato por objeto ilícito cuando, por virtud de una cesión de éste, se encuentra que se violaron los criterios de selección objetiva; es decir, cuando el cesionario que debió presentarse en el proceso de contratación legalmente establecido por vía de la cesión del contrato evitó tener que participar en dicho proceso para resultar siendo parte en el contrato.

El anterior pronunciamiento del Consejo de Estado hace referencia a los procesos de contratación pública legalmente establecidos, ya que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007<sup>197</sup>, la regla general en la contratación pública para los procesos de selección de contratistas es la licitación, y excepcionalmente la contratación directa.

---

<sup>195</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de octubre de 2015. Radicado: 25000232600020040008801. Magistrado Ponente Danilo Rojas Betancourth.

<sup>196</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicado 209411052001233100019990098501 23088. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero.

<sup>197</sup> Ley 1150 de 2007. Numeral 1, artículo 2: 1: “*Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.*”

*Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento”.*

De acuerdo con el análisis precedente, resulta comprensible que un operador jurídico, como lo son las entidades públicas, pueda utilizar el anterior contexto jurisprudencial y legal para seguir, tal vez, una línea de interpretación similar a la del ya mencionado asunto *Presstext* (ver.2.3.). En éste, el Tribunal Europeo de Justicia sostuvo que se debía efectuar un nuevo proceso de contratación cuando se efectuaran cambios materiales en el contrato.

Por su parte, las entidades públicas colombianas pueden estar evitando la celebración de Acuerdos Directos, al tener un temor infundado, en el sentido de que al suscribir un Acuerdo Directo con los financiadores, puede llevarlos a entrar en conflictos con las normas de contratación por violar los criterios de selección objetiva, interpretando que para su suscripción se debió surtir de manera previa un proceso de contratación legalmente establecido; más aún, cuando por vía del Acuerdo Directo el financiador, o quien este designe, tendrá la facultad de hacerse parte al convertirse en cesionario en el contrato como efecto del ejercicio de la toma de posesión, lo que podría, eventualmente y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, derivar en la nulidad del Acuerdo Directo y/o del Contrato Cedido.

No obstante, es importante señalar que en el mencionado fallo *Presstext*, el Tribunal Europeo no prohibió el ejercicio de una toma de posesión, pero consideró que el cambio de una parte del contrato constituye una modificación material a éste, salvo que se haya previsto desde la celebración del contrato inicial.

En el mismo sentido, encontramos que las disposiciones incluidas en el modelo de contrato ANI relacionadas con la cesión del contrato que disponen que ésta no podrá implicar modificación al contrato, especialmente en los términos económicos, y que el cesionario deberá cumplir con los requisitos mínimos que se tuvieron en cuenta en el proceso de selección, están dirigidas a evitar incurrir en situaciones que pudieran implicar que se deba

efectuar un nuevo proceso de selección; de lo cual se cerciora la ANI por la vía de la aceptación, que es un requisito propio de la figura de la cesión de los contratos estatales.

No encontramos entonces un sustento legal que justifique la ausencia de Acuerdos Directos en los contratos de concesión, puesto que, estructurándolos adecuadamente, pueden evitar diferencias con las normas de contratación; esto es que se elaboren de manera tal, que no impliquen modificaciones sustanciales al contrato, y que incluyan los criterios para que el cesionario, en virtud de la toma de posesión, cumpla los requisitos establecidos por el Consejo de Estado<sup>198</sup>, es decir que: i) debe recaer en un tercero; ii) el cesionario debe tener capacidad jurídica para continuar con la ejecución del objeto contractual y no estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar; y iii) debe contar con una capacidad técnica, económica y financiera suficiente para cumplir con las obligaciones y el objeto del contrato estatal, de manera que el cesionario tenga la capacidad de cumplir el objeto del contrato tal y como se planteó en los términos de referencia del proceso de selección .

Adicionalmente, señalamos que la ausencia de los Acuerdos Directos en la práctica de las entidades públicas en Colombia implica que la figura de la toma de posesión tenga importantes deficiencias en relación con la práctica internacional (ver 2.4.), las cuales procederemos a señalar a continuación:

- a) **Periodo de Cura:** Los financiadores no tienen un periodo de cura en el cual pueden subsanar las situaciones que dieran lugar a la terminación anticipada del contrato.

---

<sup>198</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2010. Radicado: 20114742500023260001997041670120967. Magistrado Ponente Olga Mérida Valle de la Hoz.

Recordemos, como vimos anteriormente (ver 2.4.), que el propósito del *step-in* es evitar la terminación anticipada del contrato, y que una de las facetas principales de los Acuerdos Directos a nivel internacional es proporcionarle a los financiadores una oportunidad o periodo de cura para subsanar de manera directa situaciones que podrían llevar a dicha terminación anticipada.

En nuestro caso, la ausencia del periodo de cura deja a los financiadores sin una herramienta invaluable para proteger el proyecto, que consiste en que una vez notificado de ciertos incumplimientos relacionados con mora del contratista en sus obligaciones económicas, se le otorga al financiador la facultad de entrar a subsanarlos directamente, en lugar del contratista, dentro de un plazo establecido en el Acuerdo Directo (periodo de cura); esto es un elemento de mitigación del riesgo de declaración de incumplimiento que puede llevar a la activación propiamente del *step-in*, entendido como la cesión del contrato a una parte designada por los financiadores o en caso de que esto no se logre a terminación anticipada del contrato.

Si bien, de conformidad con el artículo 1630<sup>199</sup> del Código Civil, es perfectamente posible que, sin necesidad del Acuerdo Directo, el financiador pague la o las obligaciones económicas en mora, el periodo de cura pactado en el Acuerdo Directo implica un elemento de mitigación del riesgo adicional, ya que las partes se comprometen a informar de estas situaciones y se le otorga al acreedor un plazo razonable para subsanar.

- b) **Responsabilidad:** No se limita apropiadamente la responsabilidad asumida por el cesionario del contrato (nuevo concesionario), pues además de las provisiones

---

<sup>199</sup> El artículo 1630 del Código Civil establece: “ARTÍCULO 1630. <PAGO POR TERCEROS>. Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor.

Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor”.

mencionadas anteriormente en el Código de Comercio (art. 890, 892 y 895), legalmente no hay más disposiciones que permitan establecer los límites de esta responsabilidad.

Hinestrosa<sup>200</sup> explica que, de acuerdo con la figura de la cesión de contrato del Código de Comercio Colombiano, el cedente sale de la relación contractual, dejando de ser deudor y ocurriendo así una cesión liberatoria. De esta forma, el cesionario ingresa en esa posición asumiendo toda la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones. Hinestrosa explica a su vez que excepcionalmente en la cesión, el cedente queda vinculado, y es cuando se hace la reserva del artículo 893 del Código de Comercio, la cual no aplica cuando el cedente ha autorizado la cesión de manera anticipada, o la cesión es resultado de una disposición legal.

De manera adicional, respecto de las responsabilidades preexistentes, no está claro el efecto del acta de recibo del contrato que se estipula en el modelo de contrato ANI (romanito (vi) del literal (e) del numeral 3.12.). Si bien es lógico que en el evento de la toma de posesión se debe efectuar un corte de cuentas para determinar el estado del proyecto, el efecto no es preciso, ya que no es una rendición de cuentas en los términos del artículo 1268<sup>201</sup> del Código de Comercio, puesto que no se está en el contexto de un mandato, pero tampoco se encuentran determinados los efectos de esta acta; o por lo menos, no en lo relativo a la responsabilidad de las partes una vez perfeccionada la cesión.

En cuestión de las responsabilidades para el cedente después de efectuada la cesión, el modelo de contrato ANI no hace mención respecto a que la entidad

---

<sup>200</sup> HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes I. 3Ed. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015. ISBN 958-710-193-5. p.538-541.

<sup>201</sup> Código de Comercio. Artículo 1268: “<DEBER DE INFORMACIÓN>. El mandatario deberá informar al mandante de la marcha del negocio; rendirle cuenta detallada y justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por causa del mandato, dentro de los tres días siguientes a la terminación del mismo. “El mandatario pagará al mandante intereses por razón de la suma que esté obligado a entregarle, en caso de mora”.

efectúe una reserva de no liberar al cedente, contenida en el artículo 893<sup>202</sup> del Código de Comercio, o tenga la opción de efectuarla.

Podemos decir que la reserva de no liberar el cedente, pese a que se efectúe por parte de la entidad pública (cedido), no implica una limitación a la responsabilidad del cesionario al asumir el contrato, ya que esta figura es más una garantía para el cedido en relación con que, en el evento de que el cesionario no cumpla con las obligaciones derivadas del contrato, puede perseguir al cedente en su lugar.

En relación con la reserva del artículo 893 en los contratos estatales, el Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

Si el cedido —la entidad estatal— hace la reserva de no liberar al cedente —contratista original—, al autorizar o aceptar la cesión, al serle notificada o al conocer el endoso en el caso de que no la haya consentido previamente mediante una estipulación expresa, puede exigirle a éste el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla. Sin embargo, el incumplimiento hay que ponerlo en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del cesionario<sup>203</sup>.

Vale la pena señalar que de acuerdo con el mencionado artículo 893 del Código de Comercio, esta reserva no vale en los casos en que la Ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación, con lo cual surge la pregunta relativa a si bajo la figura de la “Asunción del Contrato” del artículo 30 de la Ley 1508 de

---

<sup>202</sup> Código de Comercio. Artículo 893: “<RESERVA DE NO LIBERAR AL CEDENTE>. Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación”.

<sup>203</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicado 209411052001233100019990098501 23088. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero

2012, consagrada como potestad del financiador, se requiere la mencionada aceptación o notificación, y por tanto si vale la reserva.

Para responder esto, debemos empezar por señalar que, no obstante los contratos estatales, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, son *intuitu personae*, norma que ha interpretado el Consejo de Estado estableciendo la necesidad de que la cesión sea autorizada de manera escrita y se formalice a través de una modificación al contrato; de otro lado, el artículo 30 de la Ley 1508 de 2012 consagra la figura de la “Asunción del Contrato” en los contratos de concesión por APP como una facultad del acreedor.

Entonces, teniendo en cuenta que la toma de posesión (Asunción del Contrato) del artículo 30 de la Ley 1508 de 2012 es una facultad del financiador, consideramos que, en este caso, se está en el supuesto del último inciso del artículo 893 del Código de Comercio, según el cual, la reserva de no liberar al cedente no aplica en los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación, puesto que el referido artículo no efectúa esta distinción, y solamente indica que “en caso de incumplimiento del contratista, los financiadores podrán continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros”.

Por otro lado, están los contratos de concesión regulados por la Ley 80 de 1993, en los cuales, bajo el entendido de que no les aplica el artículo 30 de la Ley 1508 de 2012, consideramos que es posible para la entidad pública realizar la reserva del artículo 893 del Código de Comercio.

Teniendo en cuenta lo anterior, entendemos que las implicaciones de la reserva de no liberar al cedente consistirán en que, para los financiadores, será indiferente que se haga la reserva de no liberar al cedente. Lo anterior, en consideración a que no constituye para estos, o para su delegado, una limitación a su

responsabilidad en caso de que decidan asumir la posición contractual. Para la entidad pública es una garantía de que el cedente cumplirá, si el cesionario no cumple sus obligaciones. Sin embargo, en los contratos de concesión por APP no podrán efectuarla.

Entonces, en los contratos de concesión, cuando el financiador o su designado aceptan ejecutar una toma de posesión en la cual, por vía de la cesión del contrato, entran en calidad de cesionario a reemplazar al contratista en su posición contractual, es muy probable que su responsabilidad en la ejecución del contrato se extienda a todo el plazo de ejecución; es decir, implicará para estos la asunción de preexistencias, y para el cedente, la cesión implicará en términos generales un efecto liberatorio, salvo que en la cesión se haga la reserva de no liberarlo, lo que implicará para el cedente que podrá ser llamado a responder cuando el cesionario no cumpla con sus obligaciones.

Recordemos que, en el estándar internacional, la transferencia del contrato del proyecto típicamente implica una de las siguientes operaciones (ver 2.4.): a) se cede a una sociedad vehículo conformada por los mismos financiadores; o b) se cede a un tercero que es un comprador comercial del proyecto. En ambos casos, es relevante para los intereses de los financiadores que se puedan delimitar las responsabilidades, ya que el grado de responsabilidad asumido en dicha transferencia del contrato afecta la valoración económica que se tiene del proyecto.

Por tanto, bajo el contexto legal analizado, la práctica de pactar la toma de posesión por medio de una estipulación a favor de los financiadores o de quien designen dentro del contrato de concesión, resulta insuficiente de acuerdo con el estándar internacional para los propósitos de los financiadores; ya que, tal y como hemos analizado en el presente estudio, estos buscarán limitar al máximo su

responsabilidad ante terceros, y respecto de las preexistencias que tenga el proyecto (ver 2.2. y 2.3.). Por ello, vemos en el caso de Reino Unido la intención de limitar a las responsabilidades sobre las que ha sido notificado previamente, y en segundo lugar, en caso de fallar en el intento, negociar un tope (*cap*) para el valor de las responsabilidades preexistentes, o en el caso de Estados Unidos, la intención de que por vía de la cesión del contrato se efectúe una novación de las obligaciones.

Debemos preguntarnos, entonces, si es posible en Colombia efectuar una limitación a la responsabilidad de la manera requerida por el estándar internacional. Para ello, debemos analizar las Cláusulas de limitación de responsabilidad, las cuales son reconocidas como eficaces y válidas, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>204</sup> desde la sentencia del 09 de diciembre de 1936, en la que estableció que a las partes les era válido estipular una limitación a su responsabilidad sin que pudieran llegar a una exclusión total de ésta. Posteriormente, en la sentencia del 06 de marzo de 1972, la Corte amplió el criterio, señalando que las “cláusulas de irresponsabilidad” eran válidas y eficaces cuando han sido aceptadas por el acreedor, y por medio de ellas el obligado no pretenda eximirse de su culpa grave o dolo. Posteriormente, en un avance jurisprudencial sustentado en la anterior jurisprudencia, la Corte determinó que:

(...) si bien, en ejercicio de la autonomía privada, las partes están facultadas por el ordenamiento jurídico para establecer límites a su responsabilidad negocial o debitoria, y más concretamente, por un riesgo propio del negocio, tal facultad no es absoluta, sino sujeta a límites de orden público. Y sobre todo no puede utilizarse jamás como herramienta para patrocinar directa o

---

<sup>204</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2011. Radicado 1100131030262000043660. Magistrado Ponente William Namén Vargas.

indirectamente, que las partes del contrato respectivo, eludan su responsabilidad por culpa grave o dolo, vulneren normas jurídicas imperativas (*ius cogens*), las buenas costumbres, o materias sustraídas de su esfera dispositiva, *verbi gratia*, los derechos de la personalidad, la vida, salud e integridad de las personas<sup>205</sup>.

Habiendo establecido su eficacia y validez en el derecho privado, debemos analizar las Cláusulas limitativas de responsabilidad en el ámbito del derecho público, para lo cual, vale la pena recordar que los artículos 13<sup>206</sup> y 40<sup>207</sup> de la Ley 80 de 1993 hacen remisión a la legislación civil y comercial en materia de contratos. Es con base en estas disposiciones que el Consejo de Estado, de manera similar a la Corte Suprema de Justicia, ha llegado a la siguiente conclusión:

(...) Entonces, deben ponerse a salvo las exenciones derivadas de los pactos celebrados entre los contratantes, relativos a la cobertura de determinados niveles de elemento subjetivo, teniendo en cuenta en todo caso que la cláusula de exoneración total, o de exención de culpa grave o dolo sería nulo por

---

<sup>205</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2011. Radicado 1100131030262000043660. Magistrado Ponente William Namén Vargas.

<sup>206</sup> El artículo 13 de la Ley 80 establece: “DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.” (el subrayado es nuestro)

<sup>207</sup> El artículo 40 de la Ley 80 establece: “DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

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

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse 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.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley(...).”

implicar la condonación del dolo futuro y de alguna manera la derogatoria del régimen de responsabilidad que es orden público<sup>208</sup>.

En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, son válidas y efectivas las Cláusulas de limitación de responsabilidad. Lo anterior, consolida aún más la necesidad de utilizar los Acuerdos Directos para pactar las limitaciones de responsabilidad que, de acuerdo con el estándar internacional son requeridas por los financiadores, incluyendo cláusulas que limiten la responsabilidad del cesionario al momento de asumir la posición contractual; claro está, respetando el orden público y sin utilizarlas para exonerar a alguna de las partes de la culpa grave o dolo. Con esto, de manera similar a la práctica internacional, se podría pactar un tope (*cap*) o un término de tiempo para la responsabilidad asumida.

Debemos recordar que, como vimos anteriormente (ver 1.3. y 3.3.), la importancia de otorgar a los financiadores las garantías que estén conforme el estándar internacional tiene un beneficio directo en el proyecto y es que, al conseguir mayor oferta de crédito, se reducen los costos de financiación de éste.

Es importante que se consideren estos beneficios como incentivo para que las entidades públicas justifiquen los beneficios de pactar la limitación de responsabilidad cuando se efectúa el *step-in* a través del Acuerdo Directo, puesto que su ausencia puede afectar la valoración del riesgo de entrar en proyecto, especialmente para los inversionistas internacionales, desincentivando la participación de estos, o incentivándolos a determinar unos costos de financiación más altos para considerar participar.

---

<sup>208</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 28 de 1998, exp. 10624, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

- c) **Falta de compromiso a no iniciar acciones hostiles contra el proyecto, y a no modificar el contrato:** no obstante lo planteado en el literal anterior, encontramos que, en la práctica colombiana, el derecho de toma de posesión se deriva de una estipulación hecha por la entidad concedente y el concesionario a favor del financiador, esto podría equipararse a la “*stipulation pour autrui*”, utilizada en Francia y figura que en Colombia está dispuesta por el artículo 1506 del Código Civil<sup>209</sup>.

Por otro lado, lo interesante de la estipulación por otro es que es revocable mientras no medie la aceptación del tercero; es decir, que antes de la aceptación, las partes son libres de cambiar todos los términos de la estipulación o de revocarla. Entonces, llama la atención que las entidades concedentes hayan adoptado esta figura, cuando el artículo 30 de la Ley 1508 de 2012 establece la toma de posesión como una potestad del financiador. Lo anterior indica que nuestras entidades, en la práctica contractual, obran como si la toma de posesión fuera una facultad que ellas tienen para incluirla o no en los procesos de contratación.

Entendiendo que la Ley de APP estableció la toma de posesión como una potestad de los financiadores, vale la pena formularnos unas preguntas en relación con las siguientes situaciones: ¿qué ocurre si en el contrato de concesión o de APP no se incluyen las mencionadas estipulaciones a favor de los financiadores y sus delegados? o si la entidad pública y el concesionario estipulan la toma de posesión a favor del financiador o su delegado en el contrato, ¿pueden después y antes de

---

<sup>209</sup> Código Civil Colombiano ARTÍCULO 1506. <ESTIPULACION POR OTRO>. “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

la aceptación del financiador o su delegado cambiar las condiciones o revocar dicha estipulación?

Aventurándonos a proporcionar una respuesta, entendemos que en cualquiera de los casos, el financiador igual podría ejercer su derecho en virtud del artículo 30 de la Ley 1508 de 2012, sin embargo, ambos escenarios dejarían tanto a la entidad pública como a los financiadores a merced de diversas discusiones sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar, y los demás requisitos para ejercerla, especialmente los relativos a armonizar con el proceso de contratación y la responsabilidad asumida por el cedente; y eventualmente, si no llegan a un acuerdo, podrían verse inmersos en un litigio, lo que sería perjudicial para las dos partes y, lo peor, para el proyecto y el servicio que se pretende satisfacer.

Debemos recordar que el Acuerdo Directo tiene como propósito principal rescatar el proyecto y evitar la interrupción del servicio, así para los financiadores implica rescatar el principal activo que garantiza el crédito, y para la entidad pública es una garantía de seguir prestando el servicio; por ello, el poder pactar de manera anticipada el comportamiento de las partes ante eventos de incumplimiento es una herramienta invaluable.

Por lo anterior, el Acuerdo Directo tiene la función de precaver las dificultades que hemos señalado, ya que las partes acuerdan de manera previa el comportamiento de cada una ante el acaecimiento de un evento de incumplimiento y los requisitos para ejercer la toma de posesión, además de establecer los límites de responsabilidad al ejercerla; de tal forma que los puntos difíciles se discuten en la negociación del Acuerdo Directo, evitando en gran medida el llegar a litigios, y reduciendo así el *alea* de una decisión judicial que, además de ser larga, puede ser costosa para las partes y, lo peor, para el proyecto.

Aunque los anteriores vacíos no se han materializado aún, encontramos que los contratos de concesión son por su naturaleza contratos que se prolongan por largos periodos de tiempo. Por lo tanto, aún no conocemos la totalidad de obstáculos que puedan presentarse en su ejecución.

Sin embargo, a título de ejemplo, en el Contrato de Concesión por APP No. 17 de 2015 suscrito entre la ANI y la sociedad Autovía Neiva Girardot S.A.S, las partes utilizaron la figura del Memorando de Intención<sup>210</sup> para aclarar algunas imprecisiones, tanto en las referencias del contrato como en lo relativo a la toma de posesión. De esta forma, podemos observar que, si bien el citado Memorando de Intención no implicó una modificación al contrato, se puede decir que la figura utilizada por las entidades públicas sí tiene varias de las vulnerabilidades antes mencionadas. Por un lado, que los financiadores no pueden negociar directamente sus intereses; y por otro, que eventualmente la entidad pública y el concesionario podrían modificar el entendimiento de la toma de posesión, sin la intervención directa del financiador.

Lo más relevante es que el uso de esta figura del memorando de entendimiento, que se suscribe entre entidad pública y concesionario al margen del contrato de concesión, puede servir de base para preguntarnos por qué no celebrar un Acuerdo Directo entre las diferentes partes involucradas; atendiendo a que, de manera similar a un Acuerdo Directo, la suscripción de este memorando de entendimiento la podemos sustentar en el ejercicio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. El memorando, a su vez, no se suscribe como parte del proceso de contratación, por tanto, es un documento suscrito por las partes en el que aclaran algunos puntos del contrato a solicitud de los financiadores, aclaraciones que comprenden, entre otras cosas, la toma de posesión. Es claro, entonces, que

---

<sup>210</sup> COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Contrato de Concesión 017 de 2015 [en línea]. [Bogotá D.C.]: [citado 29 de Mar., 2020]. Disponible en internet:<URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-20-432> >

en el desarrollo del contrato los financiadores son una parte relevante, más aún, cuando la Ley 1508 de 2012 les ha consagrado como una facultad la Asunción del Contrato.

### **3.3. Factibilidad de la inclusión de los Acuerdos Directos en los contratos de concesión.**

Teniendo en cuenta las reflexiones del numeral 3.2., es importante que las entidades concedentes consideren la necesidad de suscribir Acuerdos Directos, los cuales no son contrarios a las normas de contratación pública colombianas, siempre que, por vía de estos, no se realizan cambios materiales al contrato o se evadan los procedimientos de selección. Lo anterior implica establecer adecuadamente, como lo demanda la práctica internacional, quién sería un sustituto adecuado que, para el caso colombiano, sería cesionario adecuado, determinando en el documento los siguientes requerimientos establecidos por el Consejo de Estado:

i) debe recaer en un tercero; ii) el cesionario debe tener capacidad jurídica para continuar con la ejecución del objeto contractual y no estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar y, por último, iii) debe contar con una capacidad técnica, económica y financiera suficiente para cumplir con las obligaciones y el objeto del contrato estatal, de manera tal que el cesionario tenga la capacidad de cumplir el objeto del contrato tal y como se planteó en los términos de referencia del proceso de selección<sup>211</sup>.

Adicionalmente, las entidades concedentes en Colombia podrían celebrarlos en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, estipulado en el inciso primero del artículo 32<sup>212</sup> y 40 de la Ley 80 de 1993.

---

<sup>211</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2010. Radicado: 20114742500023260001997041670120967. Magistrado Ponente Olga Mélida Valle de la Hoz.

<sup>212</sup> Ley 80 de 1993, artículo 32. Inciso primero “*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)

El precitado principio de la autonomía de la voluntad ha permitido, de un lado, celebrar acuerdos como el mencionado en el numeral 3.2., denominado “memorando de entendimiento”, y también, incluir la toma de posesión bajo la figura de la estipulación por otro, en contratos de concesión que no se rigen por la Ley 1508 de 2012.

Este último caso lo podemos ver en los contratos de concesión celebrados en el 2018 por Transmilenio S.A.<sup>213</sup>, cuyo objeto era la prestación del servicio público de pasajeros en la ciudad de Bogotá D.C, concesiones celebradas en el marco de la Ley 80 de 1993, y la 1150 de 2007 modificada por la Ley 1882 de 2018, y en los cuales se incluyó, dentro de las disposiciones contractuales, la toma de posesión en términos muy similares a los de los contratos ANI regidos por la Ley 1508 de 2012, aun cuando la normatividad precitada no prevé esta facultad para los financiadores.

De esta forma, por la vía de un Acuerdo Directo, las entidades concedentes y los financiadores podrían establecer, de manera anticipada, compromisos en relación con:

- a) El periodo de cura, permitiendo a los financiadores intervenir cuando sea necesario para subsanar incumplimientos en obligaciones de tipo económico del concesionario, dentro de un plazo previamente acordado.
- b) Limitación de responsabilidad. Se pactarían los límites de responsabilidad en los que los financiadores estarían dispuestos a asumir el proyecto, recordando en este punto que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, es viable pactar las limitaciones a la responsabilidad; siempre y cuando no se exoneren de dolo, culpa grave, se vulneren normas jurídicas imperativas (*ius cogens*)

---

<sup>213</sup> COLOMBIA. Transmilenio S.A. Minuta de Contrato, Licitación Pública No. TMSA-LP-01-2018 [en línea]. [Bogotá D.C.]: [citado 29 de Mar., 2020]. Disponible en internet:<URL:<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/ContractNoticeManagement/Index?currentLanguage=es-CO&Page=login&Country=CO&SkinName=CCE>>

y las buenas costumbres, o materias sustraídas de su esfera dispositiva, como por ejemplo, los derechos de la personalidad, la vida, salud e integridad de las personas.

- c) Se lograría, para seguridad de los financiadores y teniendo en cuenta que estos no son parte del contrato de concesión, establecer que el contrato de concesión no podrá ser modificado por la entidad concedente y el concesionario, sin previa aceptación del financiador, especialmente en las condiciones que el financiador tuvo en cuenta al calcular el riesgo del crédito que otorgó.

Es importante recordar que este Acuerdo Directo sería de beneficio tanto para la entidad concedente como para los financiadores, pues no los dejaría expuestos a las discusiones relativas a las ya mencionadas condiciones de modo, tiempo y lugar que podrían presentarse en relación al ejercicio del derecho de los financiadores denominado “Asunción del Contrato” por el artículo 30 de la Ley 1508 de 2012; especialmente cuando no se incluya en el contrato de concesión la estipulación a favor de los financiadores, o cuando las partes cambien las condiciones o la revoquen antes de la aceptación del financiador. En consecuencia, mitigaría el riesgo de llegar a una discusión en sede judicial y la inherente alea que implica la decisión de un juez, evitando así largos y costosos procesos judiciales para las partes en detrimento de éstas y del proyecto.

Esta posición es consistente con la señalada por Niehuss<sup>214</sup>, según la cual, para las autoridades, los Acuerdos Directos son una herramienta para mantener a los financiadores colaborando en la solución de problemas de éste. De otra parte, también pueden ser utilizados para crear obligaciones a los financiadores o límites en su actuación, de manera que la entidad asegura que el financiador adoptará las conductas estipuladas en el Acuerdo Directo, lo que es de gran utilidad cuando las normas públicas no establecen un particular código de conducta.

---

<sup>214</sup> NIEHUSS Op. Cit., p.243-244

Como referente adicional a la importancia del Acuerdo Directo, se puede recordar el caso de Reino Unido (ver 2.2.2.), en el que, a pesar de que la Ley de derechos de terceras partes permite establecer los derechos de terceros, no necesariamente por la vía de un Acuerdo Directo, sino por simples estipulaciones en el contrato de manera muy similar a la estipulación por otro (*stipulation pour autrui*); el mercado inglés no ha acogido esta práctica, prefiriendo aún los Acuerdos Directos, porque lo consideran la forma más conveniente de estipular los compromisos de las diferentes partes.

Sin embargo, hasta que no sea incorporado en la práctica de las entidades concedentes, el Acuerdo Directo, según lo estipulado en los contratos de concesión regidos por la Ley 80 de 1993 y los de Ley 1508 de 2012 (específicamente el modelo ANI), los financiadores no tendrán una garantía adecuada de acuerdo con el estándar internacional.

De seguro, lo anterior podría objetarse, señalando que en su lugar el financiador dispone de la opción de hacer la toma de posesión a través de la adquisición de las acciones de manera directa o indirecta, la cual se encuentra contemplada en los romanitos del “ii)” al “iv)” del literal c)<sup>215</sup> del numeral 3.12 del capítulo III del Contrato ANI. No obstante, la existencia de

---

<sup>215</sup> Los romanitos del “ii)” al “iv)” del literal c) del numeral 3.12 del capítulo III del Contrato ANI señalan como una de las alternativas para ejercer la toma de posesión de los financiadores la siguiente:

“(ii) Mediante el envío de una Notificación a la ANI anunciando la modificación de la composición accionaria del Concesionario, ya sea por cuenta de la compra que hagan directa o indirectamente los Prestamistas o por la compra efectuada por una persona designada por los Prestamistas. En este caso, deberán enviar una certificación suscrita por el revisor fiscal del Concesionario en la que conste la composición accionaria del Concesionario y donde se evidencie que los accionistas iniciales del Concesionario no tienen participación accionaria alguna en el cesionario. Si los accionistas son personas jurídicas, además deberán adjuntar una declaración juramentada en la que conste que los accionistas iniciales del Concesionario no son Beneficiarios Reales de los nuevos accionistas del Concesionario.

(iii) Para los efectos de la Sección (ii) anterior, se entenderá por compra indirecta aquella que efectúen personas jurídicas del mismo grupo empresarial del(los) Prestamista(s).

(iv) Los términos y condiciones de la compra de las acciones o de la cesión del Contrato que acuerden los Prestamistas con el Concesionario o con los accionistas iniciales del Concesionario, según corresponda, serán libremente acordadas y la ANI no tendrá injerencia alguna sobre ellos. Esto último sin perjuicio del derecho de la ANI de verificar que el nuevo concesionario y/o los nuevos accionistas cumplan con los requisitos señalados en la Sección 3.12(f) de esta Parte General”. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE Y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Op. Cit., p. 66

esta posibilidad de efectuar la compra de las acciones, se pueden efectuar los siguientes cuestionamientos a la disposición contenida en el modelo de contrato ANI:

- a) Para la compra directa por parte de un designado por los prestamistas, se puede considerar que un proyecto, en situación de toma de posesión, podría tener como consecuencia de esa situación un valor menor al estimado inicialmente; por tanto, la adquisición de esta participación accionaria por parte de un tercero podría no ser viable; o siendo viable, no ser favorable a los intereses de los financiadores, siendo aquí vital el periodo de cura que podría proporcionar un Acuerdo Directo a los financiadores, en el cual pueden intervenir temporalmente para subsanar algunas situaciones de incumplimiento de obligaciones económicas que vayan en detrimento del proyecto.
- b) La compra directa o indirecta de las acciones efectuada por los financiadores, o una sociedad que haga parte del grupo empresarial de estos, nuevamente evidencia la disonancia de la disposición contractual con los términos del artículo 30 de la Ley 1508 de 2012, según la cual es un derecho de los contratistas continuar con la ejecución del contrato. Así pues, la disposición establecida por un pacto entre concedente y concesionario, de nuevo tiene los cuestionamientos y deficiencias señalados en el capítulo 3.2., cuando no se incluye esta disposición por las partes en el contrato, o se modifica por éstas antes de la aceptación del financiador.

Encontramos también que los financiadores no solo cuentan con la disposición del artículo 30 de la Ley 1508 de 2012 como respaldo para efectuar la toma de posesión por medio de la adquisición de acciones, con independencia de que se incluya la disposición a su favor en el contrato, sino que además, en el paquete de garantías usualmente se encuentra incluida la pignoración de las acciones de la sociedad (ver 1.5.), figura que se rige bajo las disposiciones de la Ley 1676 de 2013 (Ley de

Garantías Mobiliarias) y que en su artículo 60<sup>216</sup> permite que se estipule la figura del pago directo. Así pues, los financiadores pueden tener esta opción para hacerse a la propiedad o al control de la sociedad, a pesar de la disposición del modelo de contrato de concesión relativa a la compra de acciones por parte de los financiadores.

Ante esto, es indiscutible la importancia de los Acuerdos Directos tanto para entidad concedente como para los financiadores; considerando que la entidad concedente puede utilizar el Acuerdo Directo como herramienta para regular las condiciones de este mecanismo de toma de control, y los financiadores pueden negociar unos mecanismos más efectivos para ejercerla, sin la necesidad eventual de acudir a la jurisdicción para ejercer sus derechos e incurrir en costes y dilaciones propias del proceso judicial.

Si a la toma de posesión del contrato de concesión y de los contratos ANI se le instrumenta a través del Acuerdo Directo, se constituirá en una garantía para el financiador, ya que el numeral 6 del artículo 6 de la Ley 1676 de 2013 estipula que los bienes en garantía podrán ser: “6. En general todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporeales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico”.

---

<sup>216</sup> LEY 1676 DE 2013. ARTÍCULO 60: “PAGO DIRECTO. El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará de conformidad con lo previsto en el párrafo 3o del presente artículo, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.

*PARÁGRAFO 1o. Si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente, deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante.*

*PARÁGRAFO 2o. Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado.*

*PARÁGRAFO 3o. En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien por el acreedor”.*

Si la toma de posesión instrumentalizada en el Acuerdo Directo se incluye dentro del paquete de garantías, Colombia estaría alineándose con los estándares internacionales analizados en el presente estudio. Es importante, entonces, recordar que el principal objetivo de la toma de posesión como garantía es preservar el valor del proyecto, en la medida que permite su continuidad y funcionamiento ante un evento de incumplimiento.

Por lo anterior, estamos hablando de una garantía que sólo se utiliza cuando el proyecto está en riesgo de desaparecer. Así pues, se puede decir que su aplicación no es común ni fácil, pues alrededor de la misma existe toda una estructura compleja y sofisticada, por lo tanto, es la última garantía que se quisiera utilizar por parte de los financiadores.

No obstante las dificultades señaladas para su ejecución, no le restan importancia y relevancia a la implementación de esta garantía, ya que si retomamos lo analizado en el numeral 1.5, en relación con las dificultades naturales del uso de ésta garantía y de los propósitos adicionales de los financiadores con estas garantías que son: a) el defensivo, b) el propósito de poder administrar el proyecto; y c) el propósito de poder evitar la entrada en insolvencia del deudor; entendemos entonces que esta garantía nunca será del todo inútil para los financiadores.

Al otorgar una garantía con las características descritas a los financiadores, la consecuencia natural es el incremento en la oferta de crédito para los proyectos desarrollados por el esquema *Project Finance* en Colombia y la reducción en los costos de financiación de las transacciones; por lo tanto, el Acuerdo Directo, al ser implementado en el marco de los contratos de concesión, se constituirá en un instrumento beneficioso tanto para los financiadores como para las entidades públicas.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AHMED, Priscilla A. y FANG, Xingai. Project Finance in Developing Countries. 1 Ed. Washington, D.C, USA: IFC Lesson of Experience/ International Finance Corporation, 1999. ISBN 0-8213-4434-X.
2. BONILLA SANABRIA, Fabio Andrés. El Nuevo Régimen Legal de las Garantías Mobiliarias. En: Revista@ e-Mercatoria, [en línea] 2014, no. 42. [citado 08 dic., 2019] Disponible en internet: <URL: [www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf](http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/mobiliarias.pdf)>
3. COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP [en línea]. [Bogotá D.C.]: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, 2020 [citado 24 de Mar., 2020]. Disponible en internet:<URL: <https://www.ani.gov.co/los-proyectos-de-quinta-generacion-5g-tendran-como-eje-central-la-sostenibilidad-y-los-temas-0>>
4. COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Contrato de Concesión 017 de 2015 [en línea]. [Bogotá D.C.]: [citado 29 de Mar., 2020]. Disponible en internet:<URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-20-432> >
5. COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. CONPES 3527 Política Nacional de Competitividad y Productividad [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 23 de junio de 2008. [citado 24 de noviembre de 2019]. Disponible en World Wide Web: <<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3527.pdf>>
6. COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. CONPES 3760 Proyectos Viales Bajo el Esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 30 agosto de 2013. [citado 24 de noviembre de 2019]. Disponible en World Wide Web: <[https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes\\_3760.pdf](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3760.pdf)>
7. COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Prosperidad para todos. [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 2011. [citado 24 de noviembre de 2019]. P. 156. Disponible en World Wide Web: <<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/4C.%20Cap%C3%ADtulo%20III.pdf>>
8. COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia. [en línea]. [Bogotá D.C., Colombia] 2019. [citado 24 de noviembre de 2019]. Disponible en World Wide Web: <<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PND-Pacto-por-Colombia-pacto-por-la-equidad-2018-2022.pdf>>
9. COLOMBIA. MINISTERIO DE TRANSPORTE Y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP [en línea]. [Bogotá D.C.]: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, 2014 [citado

26 de Ene., 2020]. Disponible en internet:<URL:  
<https://www.ani.gov.co/contratacion/contratos-4g>>.

10. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 28 de 1998, exp. 10624, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.
11. Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección A. Sentencia del 01 de octubre de 2014. Radicado: 85001233100020010030801. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón.
12. Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección C. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicado: 68001231500019940982601 (28.875). Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
13. Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección C. Sentencia del 16 de marzo de 2015. Radicado: 730012331000199903028 (31.619). Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
14. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de octubre de 2015. Radicado: 25000232600020040008801. Magistrado Ponente Danilo Rojas Betancourth.
15. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicado 209411052001233100019990098501 23088. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero.
16. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2010. Radicado: 20114742500023260001997041670120967. Magistrado Ponente Olga Mérida Valle de la Hoz.
17. CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO CAF. Infraestructura Pública y Participación Privada, Conceptos y Experiencias en América y España. Bogotá D.C: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO CAF. 2010. ISBN: 978-980-6810-47-1.
18. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2011. Radicado 1100131030262000043660. Magistrado Ponente William Namén Vargas.
19. DENTONS. A Guide to Project Finance [en línea]. [Dubái]: Dentons, 2018 [citado 10 de nov., 2019]. Disponible en internet:<URL:<https://www.dentons.com/en/insights/guides-reports-and-whitepapers/2013/april/1/a-guide-to-project-finance>>
20. FINK, Alfred. French contract law reform: what impacts on financing transactions?. [en línea]. [París, Francia]: Lexology, Law Business Review, 2017 [citado 20 jul., 2020] Disponible en Internet:<URL: <http://https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6e85d2d5-03d0-4ce5-820e-a41aaf5f699d>>
21. GARCIA-KILROY, Catiana y HEINZ P., Rudolph. Private Financing of Public Infrastructure through PPPs in Latin America and the Caribbean. Executive Summary. Washington, D.C, USA: International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2017.
22. GAVIRIA, Juan Antonio. Las Garantías Mobiliarias. Fundamentos Económicos en la Ley Colombiana. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015, 107p. ISBN 978-958-749-479-2.

23. GENTILONI SILVERI, Sofia. Direct Agreements in Public-Private Partnerships. [en línea]. [Roma, Italia]: Italian Journal of Public Law, Vol 6. 2014. [citado el 10, mar, 2019] Disponible en Internet: <URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/itajpul6&div=25&id=&page=>>
24. HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes I. 3Ed. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2015, 1005p. ISBN 958-710-193-5.
25. HOFFMAN, Scott L. The Law and Business of International Project Finance. 3 Ed. New York: Cambridge University Press, 2009, 474p. ISBN 978-0-521-88220-0.
26. ITALIAN PUBLIC CONTRACT CODE En: Autorità Nazionale Anticorruzione [en línea] [citado 28 Abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: [https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/MenuServizio/English%20section/ITALIAN\\_PUBLIC\\_CONTRACT\\_CODE%2015%20giugno%202018\\_sito%20\(2\).pdf](https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/MenuServizio/English%20section/ITALIAN_PUBLIC_CONTRACT_CODE%2015%20giugno%202018_sito%20(2).pdf)>
27. KOZOLCHYK, Boris y WILSON, John. La Ley interamericana de garantías inmobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos [en línea]. [Tucson, Arizona]: National Law Center for Inter-American Free Trade, 2002 [citado 08 dic., 2019] p. 5 Disponible en Internet: <URL: <https://es.scribd.com/document/333764675/Comentarios-Ley-de-Garantias-Mobiliarias-Modelo>>
28. LEMBO, Carolina, et al. Fundamental Principles in PPP Laws: Review of Latin America and the Caribbean [en línea]. [Washington D.C]: Banco interamericano de Desarrollo. 2019 [Citado el 21 de jul., 2020]. Disponible en internet: <URL: [https://publications.iadb.org/publications/english/document/Fundamental\\_Principles\\_in\\_PPP\\_Laws\\_A\\_review\\_of\\_Latin\\_America\\_and\\_The\\_Caribbean.pdf](https://publications.iadb.org/publications/english/document/Fundamental_Principles_in_PPP_Laws_A_review_of_Latin_America_and_The_Caribbean.pdf)>
29. MADYKOV, Murat. *Step-In as a Lender Protection Mechanism in Project Financed Transactions*. En: Depaul Business & Commercial Law Journal [en línea] 2015 volumen 13:273 [citado 06 Ene., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://via.library.depaul.edu/bclj/vol13/iss2/3>>
30. MARTIN BAUMEISTER, BRUNO. La configuración de paquetes de garantías en distintas modalidades de financiación sindicada, en particular, en financiaciones corporativas, de adquisición, de proyecto y de *sale and lease back*. En: SSRN's e Library, [en línea] 2013 [citado 15 dic., 2019]. Disponible en internet: <URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2486496](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2486496)>
31. MOLINA REY DE CASTRO, Fernando. Los Contratos Directos y su Rol en el Financiamiento de Proyectos. En: Themis- Revista de Derecho [en línea] 2016, No. 70. P.115. [citado 06 Mar., 2019] Disponible en Internet <URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19606/19702>>
32. NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada [en línea]. [Nueva York]: NACIONES UNIDAS. 2000 [Citado el 10 de nov., 2019]. ISBN: 92-1-133632-5 Disponible en internet: <URL: <https://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF)  
<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurement/pfip/guide/pfip-s.pdf>

33. NIEHUSS, John M. International "Project Finance" in a nutshell. 2. Ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2015, 480p. ISBN 978-1-62810-134-8.
34. PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. 5 Ed. Medellín: Liberia Jurídica Sanchez R. Ltda., 2005, 522p. ISBN 958-9380-70-0.
35. PIZARRO ARANGUREN, Luis., y VARGAS LOAYZA, Luis. La ley de la garantía mobiliaria mató a la garantía flotante en el Perú: la experiencia inglesa nos puede ayudar a resucitarla. [en línea]. [Lima, Perú]: THĒMIS-Revista De Derecho, (54), 2007 [citado 17 jul., 2020] Disponible en Internet:<URL: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8874> >
36. PROJECT FINANCE AND DEVELOPMENT COMMITTEE, ABA SECTION OF BUSINESS LAW. Model To Consent To Assignment For Project Finance Transactions. [en línea]. [Chicago]: ABA, 2012 [citado 19 ene., 2020] Disponible en internet:<URL:[https://www.ilfa.africa/wp-content/uploads/2018/04/abamodelagreement\\_biser102012.pdf](https://www.ilfa.africa/wp-content/uploads/2018/04/abamodelagreement_biser102012.pdf) >
37. ROBB, Louis A., et al. Dictionary of Legal Terms. Spanish-English and English-Spanish. 21 Ed. México D.F: Editorial Limusa SA de LV, Grupo Noriega Editores, 1992, 228p. ISBN 968-18-0384-1
38. Tribunal de Justicia Europeo. Sentencia del 19 de junio de 2008. Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich, C-454/06, EU:C:2008:351. [en línea] [citado 21 jul., 2020] Disponible en Internet: <URL: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62006CJ0454&lang1=en&type=TXT&ancre=>>
39. UK. HM TREASURY. Standardisation of PFI Contracts [en línea]. [London]: HM TREASURY, 2017 [citado 10 de nov., 2019]. ISBN: 978-1-84532-269-4 Disponible en internet:<URL:[https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130123191515/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi\\_sopc4pu101\\_210307.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130123191515/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopc4pu101_210307.pdf).>
40. UNIFORM COMMERCIAL CODE En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 28 Abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-408>>
41. UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. LIBRO VERDE SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y EL DERECHO COMUNITARIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CONCESIONES [en línea]. [Bruselas]: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2004 [Citado 10 de Nov., 2019] Disponible en internet:<URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>>
42. VAÑÓ VAÑÓ, María José. El contrato de <<Project Finance>>. 1Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. ISBN: 84-8442-708-0.
43. VINTER, Graham. Project Finance: A Legal Guide. 1Ed. London: Sweet & Maxwell, 1998. ISBN 9780421575301

44. VINTER, Graham; PRICE, Gareth y LEE David. Project Finance. 4 Ed. London: Sweet & Maxwell, 2013, 575p. ISBN 978-0-414-04239-1.
45. WEX. Legal Dictionary and Legal Encyclopedia En: Legal Information Institute [LII] [en línea] [citado 24 abr., 2020] Disponible en Internet: <URL: <https://www.law.cornell.edu/wex/champerty> >