

FORMATO PQRS

CONTRATO ESTATAL – Régimen jurídico

Respecto al régimen jurídico de las *entidades sometidas*, es necesario tener en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. Sin embargo, se trata de un listado enunciativo, pues la Ley 80 de 1993 se integra con las tipologías contractuales previstas en el derecho privado. Por ello, el inciso primero del artículo 13 dispone que “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”.

RÉGIMEN EXCEPCIONAL – Justificación – Criterios de clasificación

La existencia de entidades exceptuadas del EGCAP se ha justificado por alguna de las siguientes tres (3) circunstancias: i) facilitar la competencia económica –como ocurre actualmente respecto al régimen de los servicios públicos domiciliarios–, ii) flexibilizar el ejercicio de la función administrativa –como en los contratos del Banco de la República o los de ciencia y tecnología– o iii) establecer un régimen especial sin excluir por completo la aplicación de la Ley 80 de 1993 –como ocurre en la operaciones del crédito público–. Para estos efectos, la doctrina ha identificado 171 entidades y contratos que manejan un régimen excepcional, los cuales se clasifican de acuerdo i) al sector económico, ii) la asignación de un esquema legal especial, iii) el objeto del contrato celebrado y iv) la existencia de fondos que administran recursos públicos.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza Jurídica

Respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, que aquellas son entidades descentralizadas por servicios, independientemente de la naturaleza y porcentaje de su capital. En otras palabras, aunque el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser *oficiales*, *mixtas* o *privadas*, estas tres especies ingresan en la categoría de las *entidades descentralizadas por servicios*. Adicionalmente, debe recordarse que en dicha Sentencia el alto tribunal afirmó que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios *mixtas* y *privadas* son tipos *especiales* de entidades descentralizadas por servicios que, por tanto, no pueden encasillarse en las otras especies de entidades descentralizadas por servicios enlistadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es decir, que no cabe considerarlas, verbigracia, dentro de las sociedades públicas ni en las sociedades de economía mixta.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Aplicación del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007

De la disposición transcrita, se deriva la interpretación de que a pesar que el régimen que aplican sea el derecho privado, tiene limitaciones dentro del derecho público como

FORMATO PQRS

son los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y reglas del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como el deber de publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública –SECOP II– o la plataforma transaccional que haga sus veces regulado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 que modificó el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

CONTRATOS ESTATALES – Contratos Típicos – Contratos Atípicos

El régimen jurídico de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios como se expresó en los apartados anteriores se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de la sujeción a los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el deber de publicar de plataforma SECOP II, así como a las demás reglas sujetas por el Derecho Público. Esta precisión de sujeción al derecho privado es importante, porque el grueso de los *contratos típicos* –v. gr. compraventa, arrendamiento, mutuo, comodato, depósito, suministro, transporte, etc.– se encuentran en el Código Civil y en el Código de Comercio, por lo que encuentran gran parte de su régimen jurídico. Sin embargo, no obsta para la existencia de *contratos atípicos*, pues –aunque no corresponden a un marco legal predefinido– en ellos obra con mayor alcance la libertad contractual. Como explica la doctrina:

En este contexto de autonomía de la voluntad, es importante diferenciar los “contratos mixtos” de las “uniones de contratos”. En el *contrato mixto* existe un solo acuerdo con elementos de diversos tipos de contrato, mientras que en las *uniones de contrato* cada uno de ellos mantiene su régimen y autonomía. Para esta distinción corresponde identificar la causa del contrato, es decir, el móvil para celebrarlo: si existe unidad causal corresponde a un “contrato mixto”; de lo contrario, es una “unión de contratos”.

DESIGN-BUILD-FINANCE-OPERATE – Características

Estos contratos denominados DBFO están en el marco dentro de la doctrina extranjera como una modalidad de concesión. Al respecto, dentro de la doctrina española se expresa: “La concesión de obra pública, ampliamente utilizada en España en el sector de autopistas, es la versión española de lo que podríamos llamar el PPP clásico, que incluye financiación, diseño del proyecto, construcción y operación de la infraestructura por parte del concesionario. Esta fórmula de PPP se conoce internacionalmente como DBFO (Design, Build, Finance and Operate)”.

[...]

La naturaleza del DBFO implica que sea un contrato atípico con unas características y particularidades que son: *i)* una modalidad de contratos atípicos, pues no están contemplados en el ordenamiento colombiano por ninguna ley específica, es decir, no está regulado dentro las leyes civiles o comerciales, Ley 1508 de 2012 y Ley 80 de 1993; *ii)* el contratista privado se obliga, de cara a una obra de interés público, a: *a)* diseñarla; *b)* construirla; *c)* financiarla y *d)* operarla y *iii)* la obra es propiedad de la Administración pública, mientras que el particular sólo la administra, extrayendo de esta administración sus ingresos. Así mismo, este tipo de contratos se caracterizan por su larga duración.

FORMATO PQRS

DESIGN BUILD FINANCE OPERATE – Diferencias – Join Venture

En esta línea de ideas, los DBFO deben diferenciarse sustancialmente de otras formas de asociación como el *joint venture*, la asociación de riesgo compartido o la alianza estratégica, dado que estos se caracterizan porque la asociación público-privada, en aquellos casos, es de tipo institucional: el Estado y la entidad pública crean una empresa de responsabilidad limitada siguiendo normas de derecho privado y tiene estatutos de operación y funcionamiento. En virtud de esto, se fusionan los conocimientos, aptitudes y recursos del Estado y los particulares, que, a su vez, comparten ganancias, riesgos, fines y obligaciones. En esta línea, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el Joint Venture así: *“Comp. Empresa conjunta. Puede suponer una gama amplísima de acuerdos entre empresas, desde meros contratos de colaboración a la creación de una sociedad conjunta. El caso paradigmático es el de la filial común, creada y participada al 50 % por dos empresas o grupos de empresas con una finalidad de interés común, como participar en la licitación de un contrato público”* (énfasis dentro de texto).

[...]

De lo expuesto, es claro que los contratos joint venture son un acuerdo estratégico entre dos o más partes para desarrollar un proyecto, para compartir recursos, riesgos o beneficios; mientras, los DBFO, tienen por elemento central la responsabilidad total del contratista privado en la financiación, administración, desarrollo y operación de la obra objeto del contrato. Por lo anterior, debe comprenderse que una integración de las prestaciones de un contrato DBFO en uno de joint venture implica una desnaturalización de la institución que daría lugar a otro tipo de contrato que nada tiene que ver con el Design-Build-Finance-Operate –DBFO-.

DESIGN BUILD FINANCE OPERATE – Procedimientos de contratación – Autonomía de la Entidad

En este contexto, deben tener en cuenta en los manuales de contratación pueden establecer las modalidades como competitivas o abiertas a competencia, ya que en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Esto permite que todas las personas interesadas concurren al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo, sin perjuicio de criterios o exigencias diferenciales dispuestas por la ley para fortalecer determinado tipo de empresas, sujetos o mercado. Por otro lado, dentro del Manual de Contratación pueden regularse modalidades no competitivas, es decir, que no es abierta a los proponentes para que los interesados presenten sus ofertas. En esta, es la entidad la que determina, de forma directa, la persona que puede participar y que será seleccionada. Esto

FORMATO PQRSD

significa que de acuerdo a lo regulado no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente, y por ende, invita a ofertar el bien o servicio que se requiere. Ello no exime a las entidades estatales de garantizar los principios de la función administrativa. Por tanto, será la empresa de servicios públicos quién debe definir la modalidad de selección aplicable para este tipo de contratación, ya sea que se derive de un procedimiento competitivo o no competitivo, pero respetando los principios de la función administrativa, así como los de la gestión fiscal.

Si bien la empresa de servicios públicos debe definir la modalidad de selección aplicable de este tipo de contratos también debe comprender el marco que regula el sector de los servicios públicos domiciliarios, esto es, teniendo en cuenta lo establecido por las comisiones de regulación, así como por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien tiene la competencia de inspeccionar, controlar y vigilar a las empresas prestadoras de servicios públicos, que incluye un control de las reglas de contratación y el uso de los fondos públicos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994. En este sentido, se resalta una de las competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como es [...] “3. Vigilar, inspeccionar y controlar el cumplimiento por parte de los vigilados de las disposiciones que regulan la debida prestación de los servicios públicos domiciliarios y la protección de los usuarios” –numeral 3 del Decreto 1369 de 2020-. En este caso, cualquier forma contractual no debe afectar la prestación adecuada de los servicios públicos.

DESIGN BUILD FINANCE OPERATE – Anualidad del Gasto – Alcance – Vigencias Futuras.

En este escenario de contratos de larga duración que no implican una financiación del proyecto por parte de la Entidad, sino que le corresponde al privado, debe la entidad contar con un medio líquido para atender a los riesgos a cargo de la entidad estatal. A modo de ejemplo, se destaca las Asociaciones Público Privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, que está regulado en el inciso 3 del artículo 13 y el inciso 2 del artículo 18 establecen que las inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones en plazo, efectuadas por el ejecutor del proyecto, no genera obligación de la entidad estatal de reconocer o recompensar la inversión, sin embargo, esas inversiones deben tener una autorización previa por la entidad, en el evento de que sea una modificación al contrato y cumplir con los requisitos de la Ley 448 de 1998, que le sean aplicables.

La Ley 813 de 2003 establece en sus artículos 10° y 11° dos tipos de vigencias futuras: (i) las *vigencias futuras ordinarias*, según las cuales el Consejo Superior



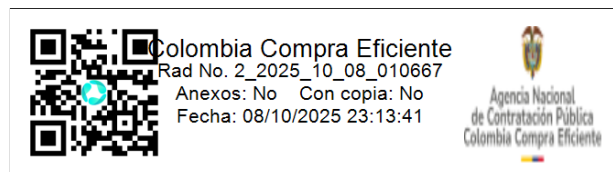
FORMATO PQRS

de Política Fiscal – Confis, podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumplan los presupuestos señalados en la norma; y (ii) las *vigencias futuras excepcionales*, en virtud de la cual el Confis podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, siempre que se trate de casos excepcionales para obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones.

FORMATO PQRS

Bogotá D.C., 8 de octubre de 2025

Señora
Edison Alejandro Díaz Coral
abogado.edison.diaz@gmail.com
Cartago, Valle del Cauca



Concepto C- 1226 de 2025

Temas: CONTRATO ESTATAL – Régimen jurídico / RÉGIMEN EXCEPCIONAL – Justificación – Criterios de clasificación / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza Jurídica / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Aplicación del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 / CONTRATOS ESTATALES – Contratos Típicos – Contratos Atípicos / DESIGN-BUILD-FINANCE-OPERATE – Características / DESIGN BUILD FINANCE OPERATE – Diferencias – Join Venture / DESIGN BUILD FINANCE OPERATE – Procedimientos de contratación – Autonomía de la Entidad / DESIGN BUILD FINANCE OPERATE – Anualidad del Gasto – Alcance – Vigencias Futuras.

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No. 1_2025_08_28_009275

Estimado Señor Díaz:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido por la Resolución 469 de 2025 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta del 28 de agosto de 2025, en la cual manifiesta:

“1. ¿Las entidades exceptuadas del estatuto general de contratación pública como lo es una E.S.P. Oficial se encuentran habilitadas para celebrar contratos bajo la modalidad DBFO?

FORMATO PQRS

2. ¿Existe algún lineamiento legal específico para la celebración de contratos DBFO, por parte de entidades exceptuadas del estatuto general de contratación pública como lo es una E.S.P. Oficial?
3. ¿La E.S.P. Oficial puede adelantar el proceso de selección de un contrato DBFO, bajo las modalidades de contratación reguladas en su Manual de contratación?
4. ¿Es necesario crear un procedimiento específico o modalidad de selección específica en el Manual de Contratación de la entidad para celebrar este tipo de contratos?
5. ¿Qué requisitos legales debe de cumplir un proceso de selección para la celebración de contratos DBFO?
6. ¿Qué operaciones presupuestales debe adelantar la ESP oficial para la celebración de un contrato DBFO que tenga como contraprestación para el inversionista adjudicatario, la pignoración o remuneración vía tarifa a largo plazo, una vez la infraestructura entre en operación?
7. ¿Cómo se garantiza la disponibilidad presupuestal para la celebración de un contrato DBFO, cuando precisamente por la necesidad de financiación del proyecto, previo a aperturar el proceso, la E.S.P. no contaría con la disponibilidad total de los recursos necesarios para la celebración del contrato?
8. Teniendo en cuenta que los contratos DBFO por su cuantía involucran una ejecución a largos años, ¿Cómo se tramitan las vigencias futuras de una E.S.P. oficial? y ¿Qué requisitos se deben cumplir para la aprobación de vigencias futuras excepcionales para la ejecución de un proyecto DBFO?
9. Teniendo en cuenta que la financiación del proyecto es uno de los componentes más importantes del contrato DBFO, siendo asimilable a un contrato de empréstito que tanto en la ley 1150 de 2007 como en el Manual de Contratación se celebra bajo la modalidad de contratación directa, ¿Un contrato DBFO, adelantado por una ESP Oficial puede celebrarse bajo la modalidad de contratación directa?
10. ¿Las prestaciones de un contrato DBFO, podrían incorporarse en un contrato de Joint Venture, Asociación a riesgo compartido, ¿o alianza estratégica? ¿Qué requisitos legales deben cumplir los procesos contractuales que adelante una entidad exceptuada del régimen de contratación estatal en la celebración de estas tipologías contractuales?
11. Teniendo en cuenta que el manual de contratación de la ESP oficial, establece que por su naturaleza los contratos de Joint Venture, Asociación a riesgo compartido, o alianza estratégica se celebran bajo la modalidad

FORMATO PQRS

de contratación directa. ¿Existe alguna restricción legal para que un contrato bajo cualquier de las anteriores tipologías que incorpore prestaciones específicas de un contrato DBFO, se celebre bajo la modalidad de Contratación Directa?

12. Algunas entidades en Colombia han celebrado esquemas contractuales para la ejecución de proyectos de infraestructura de gran envergadura, bajo la modalidad de Concesión Privada, ¿qué lineamientos legales existen para la celebración de contratos bajo esta modalidad y tipología?

13. ¿La concesión privada puede incluir prestaciones propias de un contrato DBFO?”

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales, ni a determinar grados de responsabilidad por las actuaciones de los diferentes partícipes del sistema de compra pública.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

I. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de sus solicitudes, esta Agencia procede a condensarlas en los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Está habilitada una E.S.P. oficial para celebrar contratos bajo el esquema DBFO ii) ¿ qué modalidades de selección puede aplicar para un contrato bajo la modalidad DBFO?; ii) ¿Qué

FORMATO PQRS

requisitos financieros y presupuestales debe cumplir una E.S.P. oficial para estructurar y adjudicar bajo la forma de un contrato DBFO? iii) ¿Procede en un contrato DBFO incorporarse en esquemas como concesión privada, Joint Venture, asociación a riesgo compartido o alianzas estratégicas?; iv) ¿Qué lineamientos existen en Colombia para la celebración de contratos de concesión privada que incluyan componentes DBFO?

II. Respuesta:

De acuerdo con los problemas jurídicos, objeto de consulta, se expresa:

i. Los contratos Design-Build-Finance-Operate –DBFO implican cuatro actividades principales –Diseñar, Construir, Financiar y Operar-. En este tipo de contratos de origen inglés, muy común en infraestructuras – especialmente autopistas–, la empresa contratista adquiere la obligación de diseñar, construir y operar la infraestructura objeto del contrato. Adicionalmente, tiene que conseguir la financiación que requiera para desarrollar la actividad contratada durante el periodo pactado, aunque la infraestructura acaba siendo propiedad del ente estatal. En efecto, los contratos DBFO son contratos atípicos con unas características y particularidades que son: *i)* una modalidad de contratos atípicos, pues no están contemplados en el ordenamiento colombiano por ninguna ley específica, es decir, no está regulado dentro las leyes civiles o comerciales, Ley 1508 de 2012 y Ley 80 de 1993; *ii)* el contratista privado se obliga, de cara a una obra de interés público, a: *a)* diseñarla; *b)* construirla; *c)* financiarla y *d)* operarla y *iii)* la obra es propiedad de la Administración pública, mientras que el particular sólo la administra, extrayendo de esta administración sus ingresos. Así mismo, este tipo de contratos se caracterizan por su larga duración.

Teniendo en cuenta lo expuesto, los DFBO son contratos atípicos que pueden celebrarse por parte de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter oficial que están amparados en la sujeción al régimen privado y con ello la autonomía de la voluntad privada. En todo caso, es posible que puedan configurarse contratos bajo el esquema DBFO, con la condición de que no contraríen normas de orden público, y teniendo en cuenta a su vez, las diferentes particularidades del mercado de los

FORMATO PQRS

servicios públicos domiciliarios, y los lineamientos que dictan la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-, la Comisión de Regulación de Acueducto y Alcantarillado –CRA-, así como por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en sus respectivas competencias. En este caso, cualquier forma contractual no debe afectar la prestación adecuada de los servicios públicos.

ii. En torno a la modalidad de selección aplicable hay que tener en cuenta varios escenarios: en primer lugar, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios como entidades de régimen especial, deben revisar en su manual de contratación la modalidad o procedimiento de selección aplicable a este tipo de contratos. En este escenario, las empresas de servicios públicos pueden establecer modalidades o procesos de selección en: i) competitivas y ii) no competitivas. La Guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que: “[...] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado”. En este contexto, deben tener en cuenta en los manuales de contratación pueden establecer las modalidades como competitivas o abiertas a competencia, ya que en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Por otro lado, dentro del Manual de Contratación pueden regularse modalidades no competitivas, es decir, que no es abierta a los proponentes para que los interesados presenten sus ofertas. Ello no exime a las entidades estatales de garantizar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

En segundo lugar, si bien la empresa de servicios públicos debe definir la modalidad de selección aplicable de este tipo de contratos también debe comprender el marco que regula el sector de los servicios públicos domiciliarios, esto es, teniendo en cuenta lo establecido por las comisiones de regulación, así como por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien tiene la competencia de inspeccionar, controlar y vigilar a las empresas prestadoras de servicios públicos, que incluye un control de las reglas de contratación y el uso de los fondos públicos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994.

iii. En este tipo de contratos la mayoría de los riesgos son asumidos por el contratista, en las que se incluye el diseño, construcción, financiación y

FORMATO PQRSD

operación; mientras, la Administración asume ciertos riesgos estratégicos o regulatorios. En todo caso, los ingresos, en todo caso, pueden recuperarse posteriormente durante la administración de la instalación: “[...] los activos sigue [Sic] en manos del Estado, quien remunera al empresario privado encargado de explotar el proyecto, usualmente por medio de la modalidad de peaje sombra (pago abonado por el usuario)”. Dicha modalidad de pago es definida como: “[...] un sistema de pago en el que no se están satisfaciendo cantidades por el aprovechamiento de la carretera sino que se trata de un sistema de financiación de la obra pública en virtud del cual el pago no se realiza por el usuario de la carretera sino por la Administración correspondiente y que aunque el pago por la misma viene determinado en función del tráfico real, dicho pago tiene por finalidad compensar los gastos en los que ha incurrido la empresa concesionaria desde el proyecto y la construcción hasta la explotación de la carretera”.

Teniendo en cuenta, estas particularidades, es pertinente revisar cómo deben aplicarse las reglas presupuestales y en particular con las vigencias futuras como excepciones al principio de anualidad del *gasto público*. Para ello, la Entidad deberá tener en cuenta que en su planeación presupuestal la necesidad de hacer uso de dichas instituciones cuando el contrato implique asumir compromisos presupuestales que deben ejecutarse en una vigencia, en los que la entidad reconoce y paga una contraprestación, por lo general, bajo el sistema de peaje sombra o el que se establezca para el caso.

En este escenario de contratos de larga duración que no implican una financiación del proyecto por parte de la Entidad, sino que le corresponde al privado, debe la entidad contar con un medio líquido para atender a los riesgos a cargo de la entidad estatal. A modo de ejemplo, se destaca las Asociaciones Público Privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, que está regulado en el inciso 3 del artículo 13 y el inciso 2 del artículo 18 establecen que las inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones en plazo, efectuadas por el ejecutor del proyecto, no genera obligación de la entidad estatal de reconocer o recompensar la inversión, sin embargo, esas inversiones deben tener una autorización previa por la entidad, en el evento de que sea una modificación al contrato y cumplir con los requisitos de la Ley 448 de 1998, que le sean aplicables.

En todo caso, el uso de mecanismos de vigencias futuras debe usarse

FORMATO PQRS

y ser compatibles a la naturaleza del contrato y lo definido por el Ministerio de Hacienda. De tal modo, es importante tener en cuenta (i) las *vigencias futuras ordinarias*, según las cuales el Consejo Superior de Política Fiscal – Confis, podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumplan los prepuestos señalados en la norma; y (ii) las *vigencias futuras excepcionales*, en virtud de la cual el Confis podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, siempre que se trate de casos excepcionales para obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones. En torno a las vigencias futuras excepcionales para entidades territoriales se encuentran establecidas en la Ley 1483 de 2011. En todo caso, el uso de la pignoración o remuneración vía tarifa a largo plazo, una vez la infraestructura entre en operación, debe atender a las reglas del mercado de los servicios públicos domiciliarios.

iv. Los contratos DBFO deben diferenciarse sustancialmente de otras formas de asociación como el joint venture, la asociación de riesgo compartido o la alianza estratégica, dado que estos se caracterizan porque la asociación público-privada, en aquellos casos, es de tipo institucional: el Estado y la entidad pública crean una empresa de responsabilidad limitada siguiendo normas de derecho privado y tiene estatutos de operación y funcionamiento. En virtud de esto, se fusionan los conocimientos, aptitudes y recursos del Estado y los particulares, que, a su vez, comparten ganancias, riesgos, fines y obligaciones.

De lo expuesto, es claro que los contratos joint venture son un acuerdo estratégico entre dos o más partes para desarrollar un proyecto, para compartir recursos, riesgos o beneficios; mientras, los DBFO, tienen por elemento central la responsabilidad total del contratista privado en la financiación, administración, desarrollo y operación de la obra objeto del contrato. Por lo anterior, debe comprenderse que una integración de las prestaciones de un contrato DBFO en uno de joint venture implica una desnaturalización de la institución que daría lugar a otro tipo de contrato que nada tiene que ver con el Design-Build-Finance-Operate –DBFO-.

FORMATO PQRS

iv. En el marco del ordenamiento jurídico colombiano no existe una regulación expresa ni lineamientos a los contratos DBFO, que son diferentes a la concesión tradicional que ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las Entidades Públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato. Así mismo, dentro de la doctrina extranjera se considera como uno de los métodos disponibles para estructurar la participación del sector privado en la prestación de servicios de infraestructura, en las que se también se encuentran instituciones, como la concesión, *affermage*, BOOT, entre otros.

La naturaleza del DBFO implica que sea un contrato atípico con unas características y particularidades que son: *i)* una modalidad de contratos atípicos, pues no están contemplados en el ordenamiento colombiano por ninguna ley específica, es decir, no está regulado dentro de las leyes civiles o comerciales, Ley 1508 de 2012 y Ley 80 de 1993; *ii)* el contratista privado se obliga, de cara a una obra de interés público, a: *a)* diseñarla; *b)* construirla; *c)* financiarla y *d)* operarla y *iii)* la obra es propiedad de la Administración pública, mientras que el particular sólo la administra, extrayendo de esta administración sus ingresos. Así mismo, este tipo de contratos se caracterizan por su larga duración.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, por regla general, el contenido de los contratos públicos suscritos por entidades de régimen especial, sumado a su naturaleza en normas civiles, comerciales y administrativas, se rige en lo concreto por la autonomía de la voluntad estatal en su cometido de cumplir los fines del Estado. Por tanto, es posible que puedan configurarse contratos bajo el esquema DBFO, con la condición de que no contraría normas de orden público, así como los lineamientos que dictan la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-, la Comisión de Regulación de Acueducto y Alcantarillado –CRA-, así como por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en sus respectivas competencias.

FORMATO PQRS

Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno a la gestión contractual de las entidades públicas debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

III. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. Respecto al régimen jurídico de las *entidades sometidas*, es necesario tener en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. Sin embargo, se trata de un listado enunciativo, pues la Ley 80 de 1993 se integra con las tipologías contractuales previstas en el derecho privado. Por ello, el inciso primero del artículo 13 dispone que “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”.

Dicha idea también se reitera en el EGCAP considerando que “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el

FORMATO PQRS

derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” –art. 32, inciso primero–. Asimismo, dispone que “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” –art. 40, inciso primero–.

De esta manera, los contratos de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación se rigen generalmente por el derecho privado y excepcionalmente por el derecho público, pues las normas civiles y comerciales son el derecho común de los contratos estatales¹. Para la doctrina, la mixtura del régimen contractual:

“[...] no hace otra cosa que aprovechar ciertos principios rectores de la contratación general que aunque tengan su consagración en códigos de derecho privado como el civil o el comercial, no son propios y exclusivos de este derecho. Baste pensar en los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos, capacidad, elementos esenciales según la naturaleza de cada contrato, responsabilidad, naturaleza de las obligaciones emanadas de los mismos, etc. etc. Extremos éstos que de derecho privado no tienen sino su presentación formal o el nombre y que la tradición, desde su origen romano, se acostumbró a calificarlos así y a no preocuparse por su cuestionamiento o definición.

En otras palabras, extremos como los indicados no son ni de derecho público ni de derecho privado, sino, simplemente, de derecho propio, aplicables a toda relación contractual, con prescindencia de la naturaleza de los sujetos involucrados en la misma”².

Ello no implica una privatización absoluta del régimen contractual de las entidades públicas, pues la Ley 80 de 1993 –entre otros aspectos– regula especialmente la capacidad jurídica –inhabilitaciones, incompatibilidades, consorcios y uniones temporales y registro único de proponentes–, las reglas de selección objetiva –procedimientos de selección–, así como algunos aspectos de ejecución contractual –manejo del riesgo, cláusulas exorbitantes y tipologías contractuales–. Por ello, con excepción de las materias expresamente reguladas

¹ Cfr. BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 78-79.

² BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Octava edición. Medellín: Señal Editora, 2013. p. 627.

FORMATO PQRS

en el Estatuto de Contratación, es posible la aplicación de las normas de derecho privado.

No obstante, aunque tenga una influencia limitada, las *entidades del régimen exceptuado* no se desligan por completo de las normas de derecho público. Esto en la medida que el inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 prescribe lo siguiente: “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

La existencia de entidades exceptuadas del EGCAP se ha justificado por alguna de las siguientes tres (3) circunstancias: i) facilitar la competencia económica –como ocurre actualmente respecto al régimen de los servicios públicos domiciliarios–, ii) flexibilizar el ejercicio de la función administrativa –como en los contratos del Banco de la República o los de ciencia y tecnología– o iii) establecer un régimen especial sin excluir por completo la aplicación de la Ley 80 de 1993 –como ocurre en la operaciones del crédito público–³. Para estos efectos, la doctrina ha identificado 171 entidades y contratos que manejan un régimen excepcional, los cuales se clasifican de acuerdo i) al sector económico, ii) la asignación de un esquema legal especial, iii) el objeto del contrato celebrado y iv) la existencia de fondos que administran recursos públicos⁴.

ii. En contraste, el inciso segundo del 365 constitucional dispone que “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares [...]”. Por ello, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispuso que: “Los contratos que celebren las *entidades estatales que prestan los servicios públicos* a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la

³ JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 89.

⁴ BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis, 2019. pp. 281 y ss.

FORMATO PQRS

Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa” (Énfasis fuera de texto). Asimismo, el inciso primero del artículo 32 *ibidem* precisa lo siguiente: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las *empresas de servicios públicos*, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado” (Énfasis fuera de texto). De esta manera, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo considera que:

“En este orden de ideas, el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en materia contractual es el propio del derecho común y sólo excepcionalmente se aplican las reglas del derecho público, es decir, las reglas de la Ley 80 de 1993.

Dicho de otro modo, la regla general de aplicación del derecho común significa, que para la selección del contratista no se requiere aplicar los procedimientos a los que se refiere la Ley 80 de 1993; que las reglas de existencia del contrato no son las previstas en el artículo 41 del Estatuto General de Contratación Pública; que los requisitos de validez del contrato son los previstos en la legislación civil y comercial; que las cláusulas contractuales son las propias de los contratos entre particulares; que la ejecución del contrato debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a las administrativas; y que en lo relacionado con la terminación, ampliación y liquidación de los contratos, deben aplicarse las reglas del derecho común”⁵.

Respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, que aquellas son entidades descentralizadas por servicios, independientemente de la naturaleza y porcentaje de su capital⁶. En otras palabras, aunque el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser *oficiales, mixtas o privadas*⁷, estas tres especies ingresan en la categoría de las *entidades*

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ En lo pertinente, dicho artículo señala:

“[...]

FORMATO PQRS

descentralizadas por servicios. Adicionalmente, debe recordarse que en dicha Sentencia el alto tribunal afirmó que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios *mixtas y privadas* son tipos *especiales* de entidades descentralizadas por servicios que, por tanto, no pueden encasillarse en las otras especies de entidades descentralizadas por servicios enlistadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es decir, que no cabe considerarlas, verbigracia, dentro de las sociedades públicas ni en las sociedades de economía mixta.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 establece que “Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, *deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado*” (Énfasis fuera de texto). Es decir que en tal evento esa es la *naturaleza* de la empresa de servicios públicos domiciliarios. Así lo reconoció la Corte Constitucional en un apartado de la Sentencia C-736 de 2007, pues “[...] el artículo 17 de la Ley en cita define así *la naturaleza jurídica* de las empresas de servicios públicos” (Énfasis fuera de texto). El Consejo de Estado también ha considerado, interpretando el mismo artículo, que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden tener la *forma* de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades por acciones. Lo dijo, por ejemplo, para otorgarles a las empresas industriales y comerciales del Estado que prestaran servicios públicos domiciliarios el carácter de entidades públicas e indicar que, por tanto, eran sujetos pasivos de la contribución especial prevista en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006⁸.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios también recordó que el legislador permitió que las empresas de servicios públicos domiciliarios adoptaran la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, pero que el plazo para que esto se diera ya venció. En palabras de este organismo, “Los plazos legales para efectuar la transformación a que alude el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, de las entidades descentralizadas en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, venció el 3 de enero de 1998,

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de marzo de 2012. C.P. William Giraldo Giraldo. Exp. 17907

FORMATO PQRS

por lo que, a partir de tal fecha, aquéllas que no lo hicieron, debieron constituirse como sociedades por acciones; mientras que el término de transformación para la Nación y a las entidades territoriales (departamentos, municipios, distritos), que prestaban directamente los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con el artículo 182 referido, venció el 11 de enero de 1996⁹.

Sólo las empresas prestadoras de servicios públicos se someten al régimen especial de la Ley 142 de 1994. Las demás entidades del Estado deberán aplicar la Ley 80 de 1993 o, en su defecto, las del régimen especial correspondiente de acuerdo con su naturaleza jurídica u objeto.

iii. Teniendo en cuenta que las empresas de servicios públicos domiciliarios del Estado como entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, su régimen contractual estará definido en la norma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación de la respectiva entidad, con el fin de que puedan identificarse las reglas que aplican en la contratación. La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la "Guía para las entidades estatales con régimen especial de contratación", que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue la contratación de las entidades de régimen especial:

"[...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

⁹ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto C-766 de 2021.

FORMATO PQRS

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la transparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público¹⁰.

Ahora bien, las empresas de servicios públicos domiciliarios del Estado que cuenten con un régimen especial de contratación deben adelantar su contratación, mediante los procedimientos y reglas propias del manual de contratación institucional y/o cumplir la normativa de carácter especial, si procede. Haciendo claridad que el manual, así como los pliegos de condiciones deben contener los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, determinándose la manera concreta como dichos principios moldearán el derecho privado en el ejercicio de la actividad contractual.

Sobre este punto particular es preciso destacar que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de derecho privado tienen una amplia libertad de configuración del contenido del manual de contratación. Esta libertad se deriva del principio de autonomía de la voluntad reconocida a estas entidades, que les permite establecer la manera en que adelantarán sus procesos de contratación¹¹. Ahora bien, dicha libertad es similar a la reconocida a los particulares por el derecho privado, pero no es idéntica a aquella, en la medida en que encuentra importantes limitantes. Esta Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, realizó una Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación¹², por medio de la cual definió los

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Exp. 45.607. C.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

¹¹ HINESTROSA FORERO, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 116.

¹² Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente. Guía para las entidades con régimen especial de contratación. Disponible en línea:

FORMATO PQRS

lineamientos generales para la expedición de manuales de contratación, los cuales deben contener, entre otros elementos: a) Una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas. b) Los plazos de cada una de las etapas de los procedimientos. c) Los criterios de evaluación y desempate. d) El contenido que deben tener las propuestas. d) Los Procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005. e) Todos los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los objetivos del Sistema de Compra Pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía.

Por otro lado, la Guía en mención establece las obligaciones de las entidades estatales que cuenten con régimen de contratación especial frente al sistema de compra pública, que deben cumplir como las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública EGCAP, así: i) obligación de publicar su actividad contractual en el SECOP; ii) obligación de elaborar y publicar su Plan Anual de Adquisiciones; iii) obligación de hacer uso del Clasificador de bienes y servicios; iv) obligación de reportar sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades; v) Obligación de realizar el análisis del sector económico y de los oferentes por parte de las Entidades Estatales.

Así mismo, la Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente - estableció que todas las entidades del Estado tienen el deber de publicar oportunamente la información oficial de la contratación en el SECOP, sin distinción de su régimen jurídico, naturaleza jurídica o la pertenencia a una u otra rama del poder público¹³. De igual forma, en la Circular Externa No. 002 del 23 de agosto de 2024, estableció los lineamientos para la aplicación del artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 que modificó el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 por parte de las Entidades Estales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En dicha Circular también expresó: “[...] el término que tienen las Entidades Estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para publicar en el SECOP II es de tres (3) días posterior a su expedición”. Es decir que, a tales entidades, les aplica la regla de publicación de los tres (3) días siguientes a la expedición

<https://www.colombiacompra.gov.co/archivos/manual/guia-para-entidades-estatales-con-regimen-especial-de-contratacion>

¹³ Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente. Circular Externa Única, 2023. p. 9.

FORMATO PQRS

de acto administrativo o Documento del Proceso, dispuesta en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 por remisión expresa del artículo 2.1.1.2.1.7 del Decreto 1081 de 2015.

Es importante destacar que la entidad contratante debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, y en los cuales se respeten los principios constitucionales de la función administrativa, así como los de la gestión fiscal. La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico.

En esta perspectiva, se destaca que los principios de la función administrativa como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; así como los principios de la gestión fiscal, como eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales, son una guía metodológica, para la actuación de las entidades sometidas al EGCAP, y merecen un análisis especial en relación con las entidades exceptuadas. En esta línea, los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal no prescriben una conducta, sino que buscan el cumplimiento de un fin, por lo que las entidades de régimen especial pueden escoger entre una variedad de alternativas para el cumplimiento de estos, por lo que no implica que deban sujetarse a la forma cómo es aplicado en el EGCAP.

En efecto, la estructura de los procedimientos de las entidades sometidas no es asimilable a los de las entidades exceptuadas. Sin bien en estas últimas rigen por los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la aplicación de los principios del artículo 209 se matiza, por lo que definen los documentos del proceso que se estructuran en acatamiento de sus manuales de contratación. Dado que estas actuaciones gozan de presunción de legalidad, la participación se realiza con sujeción a lo que dispongan las entidades dentro de su régimen especial, sin perjuicio del control judicial, fiscal o disciplinario contra violaciones injustificadas del marco normativo. De tal modo, la aplicación de los principios de la función administrativa en los manuales internos de contratación, se materializa en los procesos de contratación que adelanta la empresa de servicios públicos domiciliarios del Estado.

FORMATO PQRS

Estos principios se manifiestan en que no exista discriminación y en que las entidades no impongan limitaciones mediante reglas que impidan la concurrencia para obtener mejores condiciones de contratación. Esto permite excepciones que busquen condiciones del contratista que sean favorables a los intereses del Estado y aseguren la transparencia, ya sean en procedimientos competitivos y no competitivos. En este escenario, dentro de las empresas de servicios públicos pueden establecer modalidades o procesos de selección en: i) competitivas y ii) no competitivas. La Guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que: “[...] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado”¹⁴.

Por tanto, en los manuales de contratación pueden establecer las modalidades como competitivas o abiertas a competencia, ya que en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Esto permite que todas las personas interesadas concurren al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo, sin perjuicio de criterios o exigencias diferenciales dispuestas por la ley para fortalecer determinado tipo de empresas, sujetos o mercado. Por otro lado, dentro del Manual de Contratación pueden regularse modalidades no competitivas, es decir, que no es abierta a los proponentes para que los interesados presenten sus ofertas. En esta, es la entidad la que determina, de forma directa, la persona que puede participar y que será seleccionada. Esto significa que de acuerdo a lo regulado no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente, y por ende, invita a ofertar el bien o servicio que se requiere. Ello no exime a las entidades estatales de garantizar los principios de la función administrativa.

iv. El régimen jurídico de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios como se expresó en los apartados anteriores se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de la sujeción a los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el deber de publicar de plataforma SECOP II, así como a las demás reglas sujetas por el Derecho Público.

¹⁴ Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente. Guía de competencia en las compras públicas, 2018. p. 4. Disponible en línea: <https://www.colombiacompra.gov.co/archivos/manual/guia-de-competencia-en-las-compras-publicas>

FORMATO PQRS

Esta precisión de sujeción al derecho privado es importante, porque el grueso de los *contratos típicos* –v. gr. compraventa, arrendamiento, mutuo, comodato, depósito, suministro, transporte, etc.– se encuentran en el Código Civil y en el Código de Comercio, por lo que encuentran gran parte de su régimen jurídico. Sin embargo, no obsta para la existencia de *contratos atípicos*, pues –aunque no corresponden a un marco legal predefinido– en ellos obra con mayor alcance la libertad contractual. Como explica la doctrina:

“En los actos jurídicos atípicos se refleja en su mayor alcance, el postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues es en ellos donde los interesados, consultando su mejor conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los actos patrones reglamentados por la ley. ‘Bajo nuestro régimen jurídico —explica la Corte Suprema de Justicia—, la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades no previstas por el legislador, debido a que él obtiene sus materiales del pasado y se halla a menudo en retardo respecto de los hechos económicos’”¹⁵.

En este contexto de autonomía de la voluntad, es importante diferenciar los “contratos mixtos” de las “uniones de contratos”. En el *contrato mixto* existe un solo acuerdo con elementos de diversos tipos de contrato, mientras que en las *uniones de contrato* cada uno de ellos mantiene su régimen y autonomía. Para esta distinción corresponde identificar la causa del contrato, es decir, el móvil para celebrarlo: si existe unidad causal corresponde a un “contrato mixto”; de lo contrario, es una “unión de contratos”¹⁶.

Teniendo en cuenta la libertad y autonomía contractual para celebrar diferentes contratos típicos o atípicos por parte de las entidades estatales, indiferente su régimen contractual, se presentan variados métodos disponibles para estructurar la participación del sector privado en la prestación de servicios de infraestructura, en las que se usan términos, como concesión, *affermage*, BOOT, BOOT, ROT, BOO, ROO, DBFO, entre otros. Cada una de estas formas contractuales implican diferentes efectos para entender la relación entre públicos

¹⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo & OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima edición. Bogotá: Temis, 2021. p. 50.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad. 2.386. C.P. Edgar González López.

FORMATO PQRS

y privados¹⁷. Ejemplo de ello, son las licitaciones internacionales, en las que se estructura el Design-Build-Finance-Operate que en español Diseñar, Construir, Financiar y Operar (de ahora en adelante DBFO). En este tipo de contratos de origen inglés, muy común en infraestructuras (especialmente autopistas), la empresa contratista adquiere la obligación de diseñar, construir y operar la infraestructura objeto del contrato. Adicionalmente, tiene que conseguir la financiación que requiera para desarrollar la actividad contratada durante el periodo pactado, aunque la infraestructura acaba siendo propiedad del ente estatal¹⁸.

Este tipo de contratos son una variación de los contratos Diseño-Construcción-Administración-Mantenimiento (DBOM), en los que el contratista debe diseñar, construir, administrar y mantener las instalaciones pactadas por un periodo fijo de tiempo, cumpliendo los estándares normativos sobre condiciones físicas, capacidades, congestión y calidad de conducción. Esto, en teoría, garantiza mayor calidad en los proyectos, pues el contratista particular es el responsable de mantener y administrar la instalación por un tiempo determinado¹⁹.

En el caso de los DBFO se da la particularidad de que el contratista, además, es responsable de todo o gran parte del financiamiento de la obra objeto del contrato, transmitiendo a éste los riesgos financieros. Los ingresos, en todo caso, pueden recuperarse posteriormente durante la administración de la instalación: “[...] los activos sigue [Sic] en manos del Estado, quien remunera al empresario privado encargado de explotar el proyecto, usualmente por medio de la modalidad de peaje sombra (pago abonado por el usuario)”²⁰.

Estos contratos denominados DBFO están en el marco dentro de la doctrina extranjera como una modalidad de concesión. Al respecto, dentro de la doctrina española se expresa: “La concesión de obra pública, ampliamente utilizada en España en el sector de autopistas, es la versión española de lo que

¹⁷ DELMON, Jeffrey. Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure. Sortings out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCME, concession, lease...Policy Research Working Paper 5173.

¹⁸ FERROVIAL. Licitaciones en infraestructuras: una cuestión de siglas. En: Ferrovial Blog [en línea]. 17 de enero de 2017. Disponible en: <https://blog.ferrovial.com/es/2017/01/siglas-proceso-de-licitacion-en-infraestructuras/>. [Consultado el 1 de octubre de 2025] y VARGAS GUILLÉN, Cristy Alexander. Las asociaciones público privadas para la suscripción de contrato de concesión para el diseño, construcción, mantenimiento y operación de los establecimientos de reclusión en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 97.

¹⁹ ERAZO CHAPID, Edison. Las asociaciones público privadas institucionales en Colombia. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2017. p. 41.

²⁰ VARGAS GUILLÉN, Cristy Alexander, Op. Cit., p. 97.

FORMATO PQRS

podríamos llamar el PPP clásico, que incluye financiación, diseño del proyecto, construcción y operación de la infraestructura por parte del concesionario. Esta fórmula de PPP se conoce internacionalmente como DBFO (Design, Build, Finance and Operate)”²¹.

En el marco del ordenamiento jurídico colombiano no existe una regulación expresa ni lineamientos a los contratos DBFO, que son diferentes a la concesión tradicional que ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las Entidades Públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato. Así mismo, dentro de la doctrina extranjera se considera como uno métodos disponibles para estructurar la participación del sector privado en la prestación de servicios de infraestructura, en las que se también se encuentran instituciones, como la concesión, *affermage*, BOOT, BOOT, entre otros²².

La naturaleza del DBFO implica que sea un contrato atípico con unas características y particularidades que son: *i)* una modalidad de contratos atípicos, pues no están contemplados en el ordenamiento colombiano por ninguna ley específica, es decir, no está regulado dentro las leyes civiles o comerciales, Ley 1508 de 2012 y Ley 80 de 1993; *ii)* el contratista privado se obliga, de cara a una obra de interés público, a: *a)* diseñarla; *b)* construirla; *c)* financiarla y *d)* operarla y *iii)* la obra es propiedad de la Administración pública, mientras que el particular sólo la administra, extrayendo de esta administración sus ingresos. Así mismo, este tipo de contratos se caracterizan por su larga duración.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, por regla general, el contenido de los contratos públicos suscritos por entidades de régimen especial, sumado a su naturaleza en normas civiles, comerciales y administrativas, se rige en lo concreto por la autonomía de la voluntad estatal en su cometido de cumplir los fines del Estado. Por tanto, es posible que puedan configurarse contratos bajo el esquema DBFO, con la condición que no contraría normas de orden público, y

²¹ DÍAZ PÉREZ, Jaime. Retos de la Colaboración Público-Privada para el Desarrollo de Infraestructuras Públicas (PPP). Madrid: Boletín Económico de ICE, 2011. p. 15.

²² DELMON, Jeffrey. Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure. Sortings out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCME, concession, lease...Policy Research Working Paper 5173.

FORMATO PQRS

teniendo en cuenta los elementos que lo componen, esto es, el diseño, construcción, financiación y operación.

Así, abordando en principio el diseño, como verbo caracterizador de los DBFO, se destaca que existe un deber de la entidad de régimen especial de contar, antes del contrato, con estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad y el impacto social, económico y ambiental de la obra que se realizará, aun cuando dentro del objeto del mismo contrato esté el diseño. Así, los DBFO no eximen al Estado de su deber de preparación y planeación sobre las obras que va a realizar.

Por otro lado, si bien la realización de diseños es uno de sus objetos principales, la dimensión de operación de estas obras para el servicio o uso público permite enmarcar los DBFO se acercan más a la institución del contrato de concesión. Frente al verbo “construcción” de los DBFO, esto no dista de lo ya contemplado en normativas, como el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80, según el cual los contratos de concesión tienen por objeto “[...] *otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio [...]*”. Sobre la financiación, es el particular quién debe financiar el proyecto. Así mismo, debe especificarse la fuente de financiación, el modelo financiero detallado, la viabilidad y la capacidad financiera o de potencial financiero. En lo atinente a la operación, esto se enmarca en el deber de mantenimiento por ese mismo contratista.

En esta línea de ideas, los DBFO deben diferenciarse sustancialmente de otras formas de asociación como el *joint venture*, la asociación de riesgo compartido o la alianza estratégica, dado que estos se caracterizan porque la asociación público-privada, en aquellos casos, es de tipo institucional: el Estado y la entidad pública crean una empresa de responsabilidad limitada siguiendo normas de derecho privado y tiene estatutos de operación y funcionamiento. En virtud de esto, se fusionan los conocimientos, aptitudes y recursos del Estado y los particulares, que, a su vez, comparten ganancias, riesgos, fines y obligaciones²³. En esta línea, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico

²³ ERAZO CHAPID, Edison, Op. Cit., p. 74.

FORMATO PQRS

define el Joint Venture así: “*Comp. Empresa conjunta. Puede suponer una gama amplísima de acuerdos entre empresas, desde meros contratos de colaboración a la creación de una sociedad conjunta. El caso paradigmático es el de la filial común, creada y participada al 50 % por dos empresas o grupos de empresas con una finalidad de interés común, como participar en la licitación de un contrato público*” (énfasis dentro de texto). Al respecto, la doctrina expresa:

“[...] el análisis de la naturaleza jurídica de esta figura debe centrarse, también en dos alternativas: considerar al Joint Venture como una figura societaria o considerarla como una mera figura contractual, pero en la mayoría de los casos podemos afirmar que el Joint Venture tiene una naturaleza jurídica contractual cuyas relaciones jurídicas son complejas y sui generis, por esta razón es que a continuación detallamos los puntos de porque aceptamos al igual que la doctrina al Joint Venture como contrato:

- a.- El origen jurisprudencial del Joint Venture como relación contractual entre las partes, en las resoluciones de los Tribunales de los EEUU e Inglaterra se atiende a los derechos y obligaciones que las partes habían pactado entre sí.
- b.- La voluntad de las partes está alejada, y en no pocos casos inequívocamente dirigida, a evitar una relación societaria, porque la complejidad, particularidad y eventualmente la temporalidad del proyecto exigen una relación, “un acuerdo mucho más flexible” que se adapte a los requerimientos de las partes y de la inversión.
- c.- Por la relación de colaboración, así como por la inversión a realizarse, la tecnología y el Know How que las partes van a compartir, debe existir una relación personal y fiduciaria, de confianza, toda vez que van a compartir el riesgo que implica la ejecución del proyecto.
- d.- El Joint Venture es un vehículo eficaz para captar inversiones externas o para participar en ellas en un tercer país” (Mansilla,1990:41)”²⁴.

De lo expuesto, es claro que los contratos joint venture son un acuerdo estratégico entre dos o más partes para desarrollar un proyecto, para compartir recursos, riesgos o beneficios; mientras, los DBFO, tienen por elemento central la responsabilidad total del contratista privado en la financiación, administración, desarrollo y operación de la obra objeto del contrato. Por lo anterior, debe comprenderse que una integración de las prestaciones de un contrato DBFO en uno de joint venture implica una desnaturalización de la institución que daría lugar a otro tipo de contrato que nada tiene que ver con el Design-Build-Finance-Operate –DBFO-.

²⁴ CONDE GRANADOS, Jorge Luis. Análisis del contrato de Joint Venture y sus mecanismos de financiamiento. *Vox Juris*, 2014, vol. 27, p. 56.

FORMATO PQRS

Los contratos DFBO son atípicos, pues si bien se amparan bajo la autonomía de la voluntad privada, están sujetos a las reglas que se definan por parte de la entidad que los pretende adelantar. En este sentido, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios como entidades de régimen especial, deben revisar en su manual de contratación la modalidad o procedimiento de selección aplicable a este tipo de contratos. En este escenario, dentro de las empresas de servicios públicos pueden establecer modalidades o procesos de selección en: i) competitivas y ii) no competitivas. La Guía de competencia en las compras públicas de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que: “[...] la competencia, entendida como rivalidad efectiva entre empresas de un mismo mercado, incentiva la reducción de precios, el aumento de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación por parte del sector privado”²⁵.

En este contexto, deben tener en cuenta en los manuales de contratación pueden establecer las modalidades como competitivas o abiertas a competencia, ya que en ellas tiene lugar la participación de varios proponentes en una fase pública de presentación de ofertas. Esto permite que todas las personas interesadas concurren al proceso en igualdad de condiciones y compitan en el mismo, sin perjuicio de criterios o exigencias diferenciales dispuestas por la ley para fortalecer determinado tipo de empresas, sujetos o mercado. Por otro lado, dentro del Manual de Contratación pueden regularse modalidades no competitivas, es decir, que no es abierta a los proponentes para que los interesados presenten sus ofertas. En esta, es la entidad la que determina, de forma directa, la persona que puede participar y que será seleccionada. Esto significa que de acuerdo a lo regulado no es necesario que la entidad reciba más de una oferta, la cual proviene de la persona que la entidad escoge directamente, y por ende, invita a ofertar el bien o servicio que se requiere. Ello no exime a las entidades estatales de garantizar los principios de la función administrativa. Por tanto, será la empresa de servicios públicos quien debe definir la modalidad de selección aplicable para este tipo de contratación, ya sea que se derive de un procedimiento competitivo o no competitivo, pero respetando los principios de la función administrativa, así como los de la gestión fiscal.

²⁵ Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente. Guía de competencia en las compras públicas, 2018. p. 4. Disponible en línea: <https://www.colombiacompra.gov.co/archivos/manual/guia-de-competencia-en-las-compras-publicas>

FORMATO PQRS

Si bien la empresa de servicios públicos debe definir la modalidad de selección aplicable de este tipo de contratos también debe comprender el marco que regula el sector de los servicios públicos domiciliarios, esto es, teniendo en cuenta lo establecido por las comisiones de regulación, así como por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien tiene la competencia de inspeccionar, controlar y vigilar a las empresas prestadoras de servicios públicos, que incluye un control de las reglas de contratación y el uso de los fondos públicos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994. En este sentido, se resalta una de las competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como es [...] “3. Vigilar, inspeccionar y controlar el cumplimiento por parte de los vigilados de las disposiciones que regulan la debida prestación de los servicios públicos domiciliarios y la protección de los usuarios” –numeral 3 del Decreto 1369 de 2020-. En este caso, cualquier forma contractual no debe afectar la prestación adecuada de los servicios públicos.

v. Como se caracterizó en anteriores apartados, el DBFO integra el diseño, la construcción, el financiamiento y la operación a largo plazo. En este tipo de contratos la mayoría de los riesgos son asumidos por el contratista, en las que se incluye el diseño, construcción, financiación y operación; mientras, la Administración asume ciertos riesgos estratégicos o regulatorios. En todo caso, los ingresos, en todo caso, pueden recuperarse posteriormente durante la administración de la instalación: “[...] los activos sigue [Sic] en manos del Estado, quien remunera al empresario privado encargado de explotar el proyecto, usualmente por medio de la modalidad de peaje sombra (pago abonado por el usuario)”²⁶.

Teniendo que el particular o la organización privada asume los riesgos y financia el proyecto, bajo la modalidad de DBFO, es pertinente revisar cómo deben aplicarse las reglas presupuestales y en particular con las vigencias futuras como excepciones al principio de anualidad del *gasto público*. Sin embargo, la Entidad deberá tener en cuenta en su planeación presupuestal la necesidad de hacer uso de dichas instituciones cuando el contrato implique asumir compromisos presupuestales que deben ejecutarse en una vigencia, en los que la entidad reconoce y paga una contraprestación, por lo general, bajo el sistema de peaje sombra. Al respecto, la doctrina extranjera define el sistema de peaje sombra así:

²⁶ VARGAS GUILLÉN, Cristy Alexander, Op. Cit., p. 97.

FORMATO PQRS

“[...] el peaje en la sombra es un sistema de pago en el que no se están satisfaciendo cantidades por el aprovechamiento de la carretera sino que se trata de un sistema de financiación de la obra pública en virtud del cual el pago no se realiza por el usuario de la carretera sino por la Administración correspondiente y que aunque el pago por la misma viene determinado en función del tráfico real, dicho pago tiene por finalidad compensar los gastos en los que ha incurrido la empresa concesionaria desde el proyecto y la construcción hasta la explotación de la carretera (14)”²⁷.

En este escenario de contratos de larga duración que no implican una financiación del proyecto por parte de la Entidad, sino que le corresponde al privado, debe la entidad contar con un medio líquido para atender a los riesgos a cargo de la entidad estatal. A modo de ejemplo, se destaca las Asociaciones Público Privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, que está regulado en el inciso 3 del artículo 13 y el inciso 2 del artículo 18 establecen que las inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones en plazo, efectuadas por el ejecutor del proyecto, no genera obligación de la entidad estatal de reconocer o recompensar la inversión, sin embargo, esas inversiones deben tener una autorización previa por la entidad, en el evento de que sea una modificación al contrato y cumplir con los requisitos de la Ley 448 de 1998, que le sean aplicables.

Conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, el principio de anualidad no es absoluto en “la medida en que la actividad presupuestal está íntimamente ligada con el principio de planeación, la cual normalmente es efectuada para periodos que superan el año calendario. Esta realidad impone la configuración de mecanismos presupuestales que permitan compatibilizar tales principios”²⁸.

Algunos de los mecanismos presupuestales que constituyen excepciones al principio de anualidad son: (i) las vigencias futuras, (ii) las cuentas por pagar, y (iii) las reservas presupuestales. Según el artículo 23 del Estatuto Orgánico del Presupuesto²⁹ las *primeras* se refieren a la autorización que deben solicitar

²⁷ DEL BLANCO GARCÍA, Álvaro Jesús. El peaje en sombra y el IBI: ¿gratuidad del servicio?. Madrid: *Crónica tributaria*, 2011, vol. 1, no 138. p. 16.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Radicado Nro. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo López.

²⁹ “Artículo 23. El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:

a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1o de esta ley;

FORMATO PQRS

las entidades para asumir obligaciones que afectarán los presupuestos siguientes a los de la vigencia fiscal en la que inició la ejecución, es decir, correspondientes a las obligaciones cuya ejecución inició con presupuesto de una vigencia fiscal, pero que deberá continuarse con presupuestos de las siguientes vigencias. Sobre esta figura el Consejo de Estado precisó que:

“[...] son un instrumento de planificación presupuestal y financiero que permite autorizar la asunción de obligaciones que afecten los presupuestos de vigencias posteriores, y tienen como fin garantizar la existencia de apropiaciones suficientes en los años siguientes para asumir compromisos y obligaciones con cargo a ellas, así como también disponer de los recursos financieros y, de esa manera, garantizar el avance y conclusión de proyectos plurianuales”³⁰.

La Ley 813 de 2003 establece en sus artículos 10° y 11° dos tipos de vigencias futuras: (i) las *vigencias futuras ordinarias*, según las cuales el Consejo Superior de Política Fiscal – Confis, podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumplan los presupuestos señalados en la norma; y (ii) las *vigencias futuras excepcionales*, en virtud de la cual el Confis podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, siempre que se trate de casos excepcionales para obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 813 de 2003 se refiere a las vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales cuya autorización será impartida por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa

b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;

c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo.

La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Conpes previamente los declare de importancia estratégica.

Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9o de la presente ley. El Gobierno reglamentará la materia.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Público Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo. [...]”.

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Radicado Nro. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo López.

FORMATO PQRS

aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces. Las vigencias futuras excepcionales para entidades territoriales se encuentran establecidas en la Ley 1483 de 2011. Sobre la distinción entre las vigencias futuras ordinarias y las excepcionales el Consejo de Estado señaló que: “la diferencia fundamental entre las vigencias futuras ordinarias y las vigencias futuras excepcionales, radica, esencialmente, en que en las primeras la ejecución se inicia con el presupuesto de la vigencia en curso, mientras que en las excepcionales, se afecta el presupuesto de vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización”³¹.

Las *cuentas por pagar* consisten en obligaciones cumplidas en la vigencia actual, correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios, de las cuales solo se encuentra pendiente el pago de acuerdo con los compromisos presupuestales adquiridos por la entidad³².

Por su parte, las *reservas presupuestales* suponen que “Al cierre de la vigencia fiscal cada órgano constituirá las reservas presupuestales con los compromisos que al 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales sólo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que les dieron origen”³³. En virtud de lo anterior, las entidades estatales pueden solicitar reservas presupuestales cuando habiendo adquirido compromisos en una vigencia fiscal, a 31 de diciembre no se han cumplido en su totalidad, y, por tanto, debe continuarse con la respectiva ejecución en la siguiente vigencia. Las reservas presupuestales deben constituirse a más tardar el 20 de enero de cada año en los términos indicados por el Decreto 1068 de 2015³⁴.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que las entidades no pueden solicitar reservas presupuestales en cualquier situación, ya que al ser un mecanismo excepcional su uso se encuentra restringido por lo que deberán estar

³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Radicado Nro. 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565) C.P. Enrique Gil Botero.

³² Conforme al Artículo 89 del Estatuto Orgánico del Presupuesto “[...] cada órgano constituirá al 31 de diciembre del año cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios”.

³³ Artículo 89 del Estatuto Orgánico del Presupuesto

³⁴ “Artículo 2.8.1.7.3.2. *Constitución de reservas presupuestales y cuentas por pagar*. A más tardar el 20 de enero de cada año, los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación constituirán las reservas presupuestales y cuentas por pagar de la respectiva sección presupuestal correspondientes a la vigencia fiscal anterior, de conformidad con los saldos registrados a 31 de diciembre a través del Sistema Integrado de Información Financiera SIIF Nación. En dicho plazo, solo se podrán efectuar los ajustes a que haya lugar para la constitución de las reservas presupuestales y de las cuentas por pagar, sin que en ningún caso se puedan registrar nuevos compromisos ni obligaciones”.

FORMATO PQRS

debidamente justificadas. Esto significa que su constitución no puede obedecer a una indebida planeación contractual, pues como se anotó, tanto el régimen presupuestal como el contractual público se desarrolla sobre la base del principio de planeación. En este sentido, las reservas presupuestales no pueden ser empleadas como una herramienta ordinaria de ejecución presupuestal puesto que están concebidas como “un instrumento de uso esporádico y justificado únicamente en situaciones atípicas que impiden la ejecución de los compromisos en las fechas inicialmente previstas para ello, dentro de la misma vigencia a aquella en que el compromiso se celebró”³⁵.

Respecto de la distinción entre las reservas presupuestales y las vigencias futuras debe señalarse que, contrario a estas últimas, “la reserva presupuestal supone la existencia de un compromiso presupuestal legalmente adquirido, en otras palabras, de la existencia de un acto o contrato expedido y perfeccionado por las autoridades públicas”. En cambio, en las vigencias futuras se realiza una autorización que afecta presupuestos futuros que “se formaliza antes de que se aprueben las vigencias en las que se van a ejecutar y la vida jurídica de tales autorizaciones se prolonga a lo largo de varias vigencias”³⁶.

Finalmente, es importante hacer referencia a los “pagos de pasivos exigibles – vigencias expiradas” que procede en los casos en los que no se haya constituido la reserva presupuestal o la cuenta por pagar o cuando habiéndose constituido no se realizó el pago respectivo. El artículo 49 de la Ley 2159 de 2021 “Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2022” regula esta figura de la siguiente manera:

“Sin perjuicio de la responsabilidad fiscal y disciplinaria a que haya lugar, cuando en vigencias anteriores no se haya realizado el pago de obligaciones adquiridas con las formalidades previstas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás normas que regulan la materia, y sobre los mismos no se haya constituido la reserva presupuestal o la cuenta por pagar correspondiente, se podrá hacer el pago bajo el concepto de *“Pago de Pasivos Exigibles - Vigencias Expiradas”*.”

También procederá la operación prevista en el inciso anterior, cuando el pago no se hubiere realizado pese a haberse constituido oportunamente

³⁵ Contraloría General de la República. Circular Externa 43 de 2008.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2018. Radicado Nro. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo López

FORMATO PQRS

la reserva presupuestal o la cuenta por pagar en los términos del artículo 89 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

El mecanismo previsto en el primer inciso de este artículo también procederá cuando se trate del cumplimiento de una obligación originada en la ley, exigible en vigencias anteriores, aun sin que medie certificado de disponibilidad presupuestal ni registro presupuestal.

Cuando se cumpla alguna de las anteriores condiciones, se podrá atender el gasto de "Pago Pasivos Exigibles - Vigencias Expiradas", a través del rubro presupuestal correspondiente de acuerdo con el detalle del anexo del decreto de liquidación. Al momento de hacerse el registro presupuestal deberá dejarse consignada la expresión "Pago Pasivos Exigibles - Vigencias Expiradas". Copia del acto administrativo que ordena su pago deberá ser remitido a la Contrataría General de la República". [...] [Cursiva fuera del texto original].

En este sentido, el pago de "pasivos – vigencias expiradas" procederá cuando se cumplan los parámetros antes expuestos para las entidades que se rigen por dicha Ley. En los demás casos, se deberán atender las normas presupuestales particulares que lo regulen, atendiendo a la naturaleza de la entidad pública.

Adicionalmente, en el caso específico de los contratos DBFO, es importante que las entidades tengan en cuenta de las particularidades y características de estos. En tal sentido, es pertinente fijar los plazos mínimos y/o máximos de este tipo de contrato, así como las reglas para sus prórrogas o adiciones, teniendo en cuenta lo definido por la ley o el manual de contratación de la empresa de servicios públicos. En estos casos, la ley misma establece la posibilidad de que el contrato se ejecute en un plazo superior a una vigencia, para lo cual deberán adoptarse las instituciones presupuestales que resulten procedentes frente a cada caso, como es el caso de vigencias futuras ordinarias o excepcionales, de acuerdo al procedimiento e implicaciones de cada una de ellas. Esto, sin perjuicio de los otros mecanismos

A modo de ejemplo, en el régimen de concesiones regidas por la Ley 80 de 1993, en el cual el plazo es el que haya pactado en el contrato, y debe conciliar la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario. Otro ejemplo, son los contratos de Asociaciones Público-Privadas que tienen un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas, a menos que se requiera un plazo mayor, en este supuesto se requerirá de un concepto previo favorable

FORMATO PQRS

del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, tal y como lo establece el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012.

En conclusión, las Entidades Estatales deben planear sus contrataciones con fundamento en el principio de la *anualidad del presupuesto*. En el caso de contratos que incluyan la apropiación o ejecución de su presupuesto (gastos), el cumplimiento de este principio supone que sus compromisos presupuestales deben ser ejecutados dentro de la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre. Sin embargo, como excepción a este principio se establecen mecanismos presupuestales dentro de los cuales se encuentran las vigencias futuras, que permite asumir compromisos que afecten el presupuesto de vigencias posteriores.

De esta manera, en caso de que en la etapa de planeación la entidad evidencie que el contrato a ejecutar excede la vigencia fiscal correspondiente deberá atender las previsiones legales sobre las excepciones al principio de anualidad del gasto y determinar cuál resulta aplicable al caso en concreto. Dichas excepciones deben estar debidamente justificadas, cumplir con los requisitos establecidos por la normativa vigente, y seguir los procedimientos correspondientes para su autorización y ejecución, conforme a lo descrito en este concepto.

Ahora bien, es importante señalar que el presupuesto de una Entidad Estatal está compuesto por los recursos públicos en dinero y su distribución efectiva para viabilizar el cumplimiento de las funciones que la ley le ha señalado a cada organismo del Estado. Para la asignación y distribución de los recursos públicos, las Entidades deben cumplir los procedimientos señalados en las normas para su correcta ejecución, observando la regulación presupuestal, donde se establecen diferentes requisitos que comportan deberes ineludibles que tienen como finalidad el control del gasto. Una forma de ejecutar el presupuesto consiste en la celebración de contratos estatales, con la finalidad de adquirir o ejecutar bienes, obras o servicios requeridos para satisfacer las necesidades de las Entidades Estatales.

IV. Referencias normativas:

- Constitución Política de 1991, artículos 150, 209, 267, 333 y 365.
- Código Civil, artículo 1602.

FORMATO PQRS

- Ley 80 de 1993, artículos 2, 13, 32 y 40.
- Ley 142 de 1994, artículos 14, 17, 31 y 32.
- Decreto 111 de 1996.
- Ley 813 de 2003: artículos 8, 10, 11 y 12.
- Ley 1150 de 2007, artículos 13 y 14.
- Ley 1508 de 2012.
- Ley 1483 de 2011.
- Ley 1508 de 2012.
- Decreto 1068 de 2015: artículo 2.8.3.4.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, ha expedido los siguientes conceptos sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se han expedido los siguientes conceptos: C-792 del 28 de noviembre de 2024, C-494 del 27 de mayo de 2025, C-805 del 30 de julio de 2025, C-1004 del 29 de agosto de 2025, entre otros. Ahora bien, en torno a los Design-Build-Finance-Operate se explicará sus elementos y características al ser un concepto que no se ha consolidado una doctrina dentro de la Agencia. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, accede a través del siguiente enlace:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Te informamos que ya se encuentra disponible la **Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017**. Esta Guía se expide en el marco del cumplimiento de la orden proferida por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-302 del 2017. Con su implementación se busca contribuir a la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado por la situación de vulneración masiva y recurrente de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas del Pueblo Wayúu. Puede consultar la

FORMATO PQRS

guía en el siguiente enlace: Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017".

Por último, aprovechamos la oportunidad de manifestar la entera disposición de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para atender las peticiones o solicitudes, así como para brindar el apoyo que se requiera en el marco de nuestras funciones a través de nuestros diferentes canales de atención:

- ✚ Línea nacional gratuita o servicio a la ciudadanía: 01800 0520808
- ✚ Línea en Bogotá (Mesa de servicio): +57 601 7456788
- ✚ Línea de servicio y atención al ciudadano: +57 601 7956600
- ✚ Página web: www.colombiacompra.gov.co

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: [@colombiacompra](https://twitter.com/colombiacompra)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](https://www.facebook.com/ColombiaCompraEficiente)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](https://www.linkedin.com/company/agencia-nacional-de-contratacion-publica-colombia-compra-eficiente)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](https://www.instagram.com/colombiacompraeficiente_cce)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná

Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: José Luis Sánchez Cardona
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE