

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

MONOGRAFÍA DE GRADO

Título:

“Las Asociaciones Público Privadas como esquema para la prestación de servicios públicos no domiciliarios”

Autor:

Agustín Miguel Lago Montúfar

Director de la Monografía de Grado:

Luis Guillermo Dávila Vinueza

**Facultad de Ciencias Jurídicas
Departamento de Derecho Económico**

Bogotá D.C., 10 de junio de 2019

INTRODUCCIÓN.....	4
1. ESTADO DEL ARTE	6
1. Los Servicios Públicos no Domiciliarios.....	6
2. Panorama de las Asociaciones Público Privadas en General.....	11
2. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y FUNCIONES ESTATALES: EL LÍMITE DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS PRIVADOS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	17
1. Noción de Función Estatal.....	18
2. Evolución de las Funciones Estatales.....	18
3. Tipología de las Funciones Estatales en relación con los Servicios Públicos.....	20
1 Básicas.....	22
2 Esperadas.....	23
3 Adquiridas.....	23
4. Límite externo por la naturaleza del esquema de APP.....	24
5. Límite interno por la naturaleza del esquema de APP.....	25
3. ESQUEMAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.....	27
1. Las APP en Colombia.....	27
1. Noción	27
2. Elementos esenciales para el caso colombiano.....	28
3. Marco Jurídico y Ámbito de Aplicación.....	29
4. Tipos de APP en Colombia	31
5. Límites establecidos por la Ley 1508 de 2012	32
6. Modalidades permitidas de APP.....	36
2. Prestación Directa y Prestación Directa con Contratación Pública Tradicional.....	36
3. Privatización.....	37
4. Comparación de los Esquemas.....	39
1. Criterios.....	39
2. Análisis.....	44
1 APP.....	44

2 Prestación Directa y Prestación Directa con Contratación Pública	
Tradicional.....	47
3 Privatización.....	53
3. Criterios adicionales provenientes de la doctrina.....	58
4. EJEMPLOS DE APP PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	60
1. Servicio Tributario.....	61
2. Servicio Penitenciario.....	64
5. INTERROGANTES Y CONCLUSIONES.....	68
6. BIBLIOGRAFÍA.....	75

INTRODUCCIÓN

La consecución de los fines del Estado Social de Derecho¹ se materializan en gran medida a través de la prestación de los servicios públicos. Dichos servicios cuentan dentro de sus principales herramientas jurídicas con las normas de la contratación estatal. En dicho conjunto normativo se encuentra un esquema contractual que ha suscitado gran interés después de la expedición de la ley 1508 de 2012 (Ley 1508 o Ley de APP²), las Asociaciones Público Privadas (en adelante “APP”).

Si bien la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos e infraestructura no es algo novedoso en nuestra realidad, las APP no se conciben bajo la regla general en la cual el servicio público y la actividad contractual sea impulsada por el Estado sino que permite que el privado, en colaboración con la entidad estatal competente, preste el servicio público, invierta los recursos, diseñe el desarrollo de la actividad, y especialmente, pueda tener la iniciativa del proyecto (Baquero Neira, 2014); mientras se enmarca en las normas de la contratación estatal que velan por la calidad del Servicio Público y la inversión eficaz de los recursos públicos³. Es por ello, que esta figura se plantea como una alternativa intermedia entre la prestación estatal directa, y la privatización, esquemas dominantes para la prestación de los servicios públicos en la región latinoamericana (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008).

Esta alternativa responde principalmente a “inconvenientes de los Estados en materia de política fiscal, gobernabilidad y experticia para la provisión de bienes y servicio” (Covilla, 2014, pág. 78); donde los recursos públicos son limitados, pero las necesidades del servicios público tenderán a aumentar, por lo cual se buscan nuevas maneras de prestar el servicio en colaboración con el privado, buscando principalmente que aporte experticia y recursos.

En ese sentido, las APP emergen como una valiosa herramienta para la provisión de servicios públicos e infraestructura (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011), cuyo rango de aplicación: “abarca desde infraestructura energética y de transporte y provisión de servicios de agua potable y saneamiento,

¹ Colombia, Constitución Política. Artículo 2: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”.

² Ley 1508 del 10 de enero de 2012: “*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*”. Diario oficial No. 48.308.

³ Artículo 3, Ley 80 de 1993.

hasta esquemas de irrigación y servicios de educación y salud, entre otros” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011). Éste enorme potencial justifica estudiar la figura, con miras a conocer su alcance y utilidad en Colombia.

Habiendo esclarecido el tema de estudio, cabe mencionar que su objetivo general es responder a dos interrogantes: ¿Qué servicios públicos no domiciliarios pueden ser prestados mediante APP en Colombia?; y, ¿Son las APP una herramienta eficiente para la prestación de servicios públicos no domiciliarios en Colombia? Respecto del primero, inicialmente se considera que se pueden prestar todo tipo de servicios públicos no domiciliarios mediante APP, salvo por contadas restricciones normativas relacionadas con el desempeño de tareas estatales básicas por particulares. En relación con el segundo, se considera que, dentro de los esquemas existentes para la prestación de servicios públicos, las APP son una herramienta eficiente, ya que permite mejorar la calidad del servicio, manteniendo un elevado nivel de control estatal que orienta la prestación de este hacia el interés público.

En virtud de lo anterior se constituyen como objetivos específicos los siguientes: primero, esclarecer qué es un servicio público no domiciliario, su origen, clases y utilidad en Colombia; segundo, identificar qué es una APP de manera general, su origen y utilidad para prestar servicios públicos; tercero, conocer el alcance de las APP con base en la naturaleza de las funciones estatales que desarrollan los servicios públicos no domiciliarios; cuarto, delimitar la noción, elementos esenciales, marco jurídico, tipos, limitaciones y modalidades permitidas de APP en Colombia; quinto, comparar las APP con otros esquemas para prestar servicios públicos para conocer su pertinencia con base en la eficiencia; finalmente, se plantearán dos posibilidades prácticas de APP para el servicio carcelario y la gestión tributaria.

El texto se distribuye en 4 Capítulos que desarrollan ordenadamente los objetivos específicos buscando responder los dos grandes interrogantes planteados que hacen las veces de objetivo general del texto⁴. Metodológicamente, estudio se hará con base en un análisis dogmático y ciertas herramientas de análisis económico del derecho.

⁴ En el primer capítulo se desarrollan los dos primeros objetivos específicos, en el segundo capítulo el tercero de ellos, en el tercer capítulo el cuarto y el quinto de los objetivos específicos, y en el cuarto capítulo se desarrolla el último de los objetivos específicos. En todo el texto se busca desarrollar ambos objetivos generales para llegar a una conclusión respecto de la hipótesis planteada en la introducción.

Es necesario aclarar que, en la presente monografía no se estudiarán los servicios públicos domiciliarios⁵, el programa de obras por impuestos, ni las concesiones otorgadas por acto administrativo, en virtud de que se trata de regímenes jurídicos especiales que no son incluidos dentro de la Ley de 1508 de 2012.

1. EL ESTADO DEL ARTE

En el presente capítulo se expondrá el panorama de los Servicios Públicos en Colombia buscando conocer qué es un servicio público no domiciliario, su evolución, tipología y utilidad. Posteriormente, se estudiará el panorama de las APP en general: su origen, noción, elementos esenciales, utilidad y modalidades principales; lo cual permitirá exponer este esquema en el caso colombiano con mayor fundamento en el Capítulo Tercero.

1.1. Los Servicios Públicos no Domiciliarios (Servicios Públicos):

Evolución: La Noción de Servicio Público florece en Francia en la segunda mitad del siglo XIX y sirve de base para la construcción del Derecho Administrativo. Estos se caracterizan como una actividad de interés público, administrada por el Estado de manera directa o indirecta (Gordillo, 2001). También se conciben como una de las posibles manifestaciones modernas de la acción del Estado Social de Derecho⁶, junto con el ejercicio de poder de policía, y el estímulo económico a ciertas actividades (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 340).

Su evolución general consta de tres etapas principales, que corresponden a cambios políticos de los cuales Colombia no fue ajena. La primera va desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo

⁵ Se entiende por Servicios Públicos Domiciliarios los mencionados en el artículo 1 la Ley 142 de 1994 “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”. Ellos son los servicios públicos de cueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

⁶ Este concepto puede ser analizado desde tres perspectivas: 1) la del Estado de Bienestar (L'Etat Providence o welfare State); 2) desde la perspectiva del Estado Constitucional Democrático; y 3) desde el concepto de “Daseinsvorsorge” o “*previsión de asistencia*”; conceptos que no son excluyentes sino complementarios (Corte Constitucional, 1992). Desde la primera perspectiva se encuentra que: “El Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad” (Wilensky, 1975). La segunda perspectiva entiende que el Estado Constitucional Democrático ha sido la respuesta jurídica y política a la actividad de intervención del Estado en la economía, por lo que se basa en derechos humanos de segunda y tercera generación que generan valores orientadores de la actividad misma del Estado (Corte Constitucional, 1992). La tercera, hace mención al concepto de “Daseinsvorsorge”, proveniente del derecho constitucional alemán, que ha sido traducido como *previsión de asistencia*: “el cual establece, la obligación del Estado de crear, mejorar y conservar las posibilidades de vida así como de calidad de ésta para sus miembros” (Muriel Ciceri, 2011, pág. 378 y 379).

XX, en esta el Estado prestaba servicios básicos buscando principalmente proteger la integridad territorial del Estado (defensa exterior), el orden interno (policía), y la resolución de controversias (justicia); de igual manera, los privados prestaban algunos servicios de interés público, casi siempre en condiciones monopólicas de escaso control estatal (Gordillo, 2001, pág. 241); esta situación respondía a un mayor peso valorativo de la libertad sobre igualdad.

En la segunda etapa, originada cerca a la mitad del siglo XX y consagrada después de la segunda guerra mundial, esta dada por el aumento de los servicios prestados por el Estado. Este aumento de las tareas estatales respondió a un progreso de las ciencias económicas, donde se descubrió que: “el Estado puede apaciguar o estimular los fenómenos económicos (...) y aparecieron servicios también nuevos para mejorar la vida comunitaria y proteger a los desfavorecidos” (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 341). La mayoría de estos servicios eran prestados de manera directa por el Estado mediante entes competentes especializados, lo cual produjo una inflación orgánica de la administración. Este modelo tenía el inconveniente de que muchos de los precios de los servicios eran políticos, por lo que no eran cercanos a los costos marginales, ello fue criticado por el Neoliberalismo, que pugnaba por la reducción burocrática para evitar esta situación deficitaria (Vlachos, 2001, pág. 68), crítica reflejada en la tercera etapa.

Finalmente, la etapa iniciada en los años 80 y 90, aún en desarrollo, responde a las tendencias mundiales de desestatización de actividades de interés público, permitiendo: “el control de la gestión de intereses público por medios privados” (Barraguirre, 1990, pág. 9). Con esta tendencia se permitió una mayor participación de los privados en la prestación de los servicios públicos, buscando principalmente, aliviar las presiones financieras estatales (Fukujama, 2004). Ello, abrió la puerta a la privatización de ciertos servicios públicos en la región Latinoamericana y en Colombia, con o sin condiciones monopólicas, limitando el papel del Estado al de regulador del servicio (Gordillo, 2001, pág. 242 a 245). Dicha tendencia también permitió la creación de figuras de colaboración del sector privado y el Estado para la provisión de servicios, como las APP.

Sin embargo, es necesario resaltar que, a pesar del cese de la prestación directa de ciertos servicios por parte del Estado en la actualidad, el artículo 365 la Constitución Política establece que los servicios públicos son inherentes al Estado Social de Derecho, así sean prestados directamente, en asocio o exclusivamente por los particulares, por lo que siguen siendo un asunto nuclear del interés estatal, y éste sigue siendo su director. En virtud de la anterior disposición constitucional son viables los esquemas analizados, como lo son: La prestación directa y/o la prestación directa con contratación

pública tradicional; la privatización; y, las APP (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008), incluso cuando en el primero de ellos el servicio lo preste el Estado, en el segundo el particular y en el tercero lo haga el particular en asocio con el Estado. Dichos esquemas serán explicados a profundidad en el Capítulo Cuarto de la monografía.

Concepto: Así las cosas, la Constitución utiliza el término Servicio Público en varios sentidos, de los cuales son relevantes los siguientes: 1) De manera instrumental, para referirse a las tareas que la Constitución o la ley asigna al Estado para que las autoridades públicas la dirijan de manera directa o indirecta; y, 2) Como régimen jurídico especial (Palacios Mejía, 1999, pág. 19).

En tratándose de la primera se pone de presente la utilidad que estos prestan al Estado Social de Derecho como instrumento para su materialización. Respecto de la segunda, se manifiesta cómo su regulación es tarea del Estado, mediante intervención legislativa. De ello se desprende que la utilidad de los Servicios Públicos es el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes, la consecución del Estado de Bienestar.

Si bien pueden existir varias definiciones de lo que son servicios públicos, en virtud del artículo 365 constitucional, se podría decir que son aquellas actividades inherentes a la finalidad social del Estado encaminadas a proporcionar bienes públicos o privados, por oferentes públicos o privados, cuya prestación es dirigida, regulada, y controlada por el Estado, en condiciones de eficiencia, continuidad y accesibilidad a toda la población.

Ahora bien, dado que las APP se regulan por el Estatuto General de Contratación Pública en virtud del artículo 3 de la Ley 1508, se debe entender por servicios públicos: *“Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines⁷”*.

Características: Con base en las definiciones aportadas, aplicables a la prestación de servicios públicos mediante APP, se denotan las siguientes características de lo que constituye un servicio público:

⁷ Colombia, Ley 80 del 28 de octubre de 1993: *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Artículo 2. Último inciso.

1. Es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes. Éstos pueden ser prestados por el Estado directamente, por los particulares, o por ambos asociándose.
2. Estas actividades siempre estarán bajo la dirección, regulación⁸ y control del Estado⁹. Su regulación se debe fundamentar en una ley.
3. Deben ser tareas encaminadas a satisfacer necesidades colectivas, las cuales son requeridas por todos en algún momento de su vida, por lo que no serán servicios públicos aquellos que solo satisfagan necesidades particulares (Corte Constitucional, 2016)¹⁰.
4. La prestación de los servicios públicos se debe dar de manera eficiente, accesible a la población¹¹ y sin interrupción.

Tipología: Muchas actividades son descritas como servicios públicos por el constituyente, o por el legislador. Sin embargo, del texto constitucional se desprenden dos tipologías de servicios públicos: 1) esenciales, y, no esenciales; 2) domiciliarios, y, no domiciliarios.

Por un lado, serán servicios públicos esenciales únicamente aquellos que así sean definidos por el constituyente originario o derivado, y no lo serán aquellos que no se exalten por éste como tales¹².

⁸ Si bien requieren de una regulación legislativa que se puede valer del derecho público o del privado, no significan que ese régimen imponga condiciones de inferioridad a los particulares frente a los entes del sector público que se ocupen de esas tareas. De igual manera: “el legislador debe llevar a cabo la regulación de los servicios públicos, con el fin de alcanzar, en un marco de sostenibilidad fiscal, el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, fines sociales del Estado”. (Corte Constitucional, 2016).

⁹ Los servicios públicos, incluso cuando recaigan sobre actividades que signifiquen provisión de bienes privados, pueden ser reservadas para el Estado. Colombia, Constitución Política. Artículo 365: “*Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*”

¹⁰ Para poner de presente esa diferencia con un ejemplo, la Corte Constitucional ha entendido que el transporte público es servicio público cuando es masivo (Corte Constitucional, 1999).

¹¹ Se puede obtener provecho económico de la prestación de servicios públicos; sin embargo, éste se condiciona por la accesibilidad y eficiencia con que se debe prestar en virtud del principio de sostenibilidad financiera. De tal manera que el precio en los servicios públicos propugna por lograr un equilibrio financiero que permita la viabilidad del servicio, su mantenimiento en el tiempo, así como la búsqueda de una utilidad razonable. Sin embargo, la jurisprudencia manifiesta como actúa este principio respecto de un servicio público no domiciliario. “Ahora bien, dicha conclusión –según se aclaró en la sentencia– no puede conducir al equívoco de estimar que el reconocimiento del principio de sostenibilidad es una libertad costo-efectiva para proferir normas y tomar decisiones que lesionen los derechos de los usuarios y desconozcan la jurisprudencia constitucional sobre el acceso efectivo e integral a los servicios de salud. En todo caso, la Corte declaró la exequibilidad del principio de sostenibilidad financiera “bajo el entendido de que no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario” (Corte Constitucional, 2018).

¹² Existen servicios públicos esenciales que se definen de dicho modo para enfatizar la importancia de su continuidad, protegiéndola mediante la prohibición de la huelga en los mismos. Ellos se consagran en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por ejemplo, se considera servicio público esencial la administración de justicia¹³, y no se consideran esenciales los servicios postales ni los servicios financieros.

Por otro lado, son servicios públicos domiciliarios aquellos regulados en la Ley 142 de 1994¹⁴, a saber: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Los anteriores están excluidos de la presente monografía por contar con un régimen especial como ya se mencionó. Por el contrario, serán servicios públicos no domiciliarios (en adelante “Servicios Públicos”), aquellos que no son regulados por la Ley 142 de 1994. En ese orden de ideas, se podrían calificar como Servicios Públicos no Domiciliarios, o simplemente como Servicios Públicos el servicio de defensa exterior, de orden público, de banca central, el financiero, el de transporte público, el de salud, el de educación, el servicio carcelario, entre otros.

La prestación de Servicios Públicos no necesariamente significa desarrollar una actividad estatal, esa prestación será actividad estatal cuando la Constitución o la Ley lo confíe a un ente estatal (Schmidt-Assmann, Cassese, & Delvolve, 2015; Palacios Mejia, 1999, pág. 31), y en consecuencia se genere competencia para un ente estatal a quien se le confía la tarea.

En consecuencia, cuando el ejercicio de dicha actividad implique subordinación en favor del Estado y lo desempeñe una persona natural, éste podrá ser calificado como servidor público; en caso contrario, cuando el vínculo con el Estado se da por un contrato que no implique subordinación, el particular está en plano de igualdad con aquel y no se le podría calificar como servidor público (Palacios Mejia, 1999, pág. 24), como ocurre en las APP, donde el particular que presta el servicio en virtud de este tipo de contratos no puede ser calificado como servidor público.

1.2. Panorama de las APP en General

Evolución: Las APP como instrumento para prestar servicios públicos encuentra dos antecedentes principales. Por un lado, a nivel global, las APP se consagran como tal en los años 90 en el Reino

¹³ Colombia, Ley 270 de 1996, “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”. Diario Oficial 42.745 de marzo 15 de 1996. Artículo 125, Inciso Segundo.

¹⁴ Colombia, Ley 142 de 1994: “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.*” Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994. Artículo 1: “*Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía [fija] pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.*”

Unido bajo el nombre de *Public Private Partnerships*, teniendo la finalidad específica de lograr la modernización de los servicios públicos mediante la inversión de recursos por parte del sector privado (tercera tendencia de los servicios públicos); este sistema alcanzó un desarrollo importante en los años siguientes, lo que llevó a su expansión en los demás países europeos, y en el resto del mundo, llegando a América Latina en los años 90 (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 27).

Por otro lado, a nivel nacional, si bien no existían las APP como tal, si existían figuras dentro de la Contratación Pública Tradicional que contenían elementos propios de las mismas, como ocurría en el Contrato de Concesión consagrado en el texto original de artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permitía la iniciativa privada de los proyectos, pero limitándola a proyectos de obra pública¹⁵; igualmente, gracias a ese tipo contractual se permitía mediante concesión la prestación de servicios públicos por el particular a nombre del Estado¹⁶. En el mismo sentido, el Acuerdo 7 de 1993 del Concejo de Bogotá “*por el cual se establecen algunas condiciones, para los contratos relacionados con la construcción de estacionamientos en el subsuelo del espacio público*”, amplía el alcance de la colaboración público privada, permitiendo al particular construir la infraestructura necesaria y prestar el servicio de parqueaderos públicos.

Si bien la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos y desarrollo de infraestructura no es algo novedoso en nuestra realidad, dicho esquema no se concibe bajo la regla general en la cual el servicio público y la actividad contractual sea impulsada por el Estado sino que permite que el privado, en colaboración con la entidad estatal competente, preste el servicio público, invierta los recursos, diseñe el desarrollo de la actividad, y especialmente, pueda tener la iniciativa del proyecto (Baquero Neira, 2014). Gracias a esta figura, el Estado no se desprende totalmente de la titularidad de servicio, pero vincula al privado en su prestación, moderando, en cierta medida, la tendencia de finales del siglo XX de ceder la titularidad de los servicios por completo al privado (Privatización) (Yescombe, 2007, pág. 16).

Concepto: Ahora bien, las APP como esquema para la prestación de servicios públicos se pueden comprender de dos maneras. Primero, como una forma de privatización en sentido amplio (Savas, 2000), ya que permiten “la inclusión de particulares (personas naturales o jurídicas de derecho privado) en conexión con el cumplimiento de tareas estatales” (Muriel Cicieri, 2011, pág. 377); segundo, como una modalidad de privatización material o funcional (Muriel Cicieri, 2011, pág. 378),

¹⁵ El texto original Numeral 4, Artículo 32, Ley 80 de 1993 establecía la posibilidad de la iniciativa privada en los contratos de concesión para obras publicas.

¹⁶ Muestra de ello es el acuerdo 7 de 1993 (Concejo de Bogotá Distrito Capital, 1993).

entendiendo ésta última, de manera estrecha, como la entrega permanente de tareas estatales a los particulares (Muriel Cicieri, 2011, pág. 377); y tercero, como una vía intermedia entre la Prestación Directa y la Privatización (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008, pág. 1).

El presente escrito acoge la última postura, ya que las APP permiten que el privado ejerza una función estatal, permaneciendo el Estado como su titular, es decir, conserva la responsabilidad última de su cumplimiento, habida cuenta que las APP siempre implican prestar el servicio a nombre del Estado. De tal manera que:

Esta tercera vía es un intento por combinar el valor agregado de la intervención del gobierno con las calidades, el Know How y la experiencia de los privados, en algunos casos, privados orientados mercantilmente. Por esta razón, los riesgos compartidos, la colocación de riesgos y distribución de los mismos, así como el objetivo de obtener la mejor calidad relación precio están siempre presentes (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 44).

Es necesario resaltar que, en virtud de la flexibilidad que busca la figura, en varios países anglosajones se ha optado por no definirla mediante una decisión legislativa sino en virtud de su desenvolvimiento, ello para dotarla de mayor flexibilidad¹⁷. Por otra parte, en la mayoría de países de tradición civilista, o de derecho continental, si se han expedido normas positivas donde se regule, o al menos se defina la figura, como se ha presentado en Brasil, Argentina, Perú o Colombia (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 45)¹⁸. Sin embargo, pese a que la figura carezca de una definición universal (Comisión de la Comunidad Europea, 2004, pág. 9), muchas concepciones presentan elementos en común que permiten conocer sus elementos esenciales.

Así las cosas, el Banco Mundial la define como un contrato a largo plazo entre una entidad estatal y un privado, cuyo fin es proveer un servicio o bien público, en el cual el privado es responsable del manejo de unos riesgos asociados, y se condiciona su remuneración al desempeño (2014, pág. 14).

Por su parte la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) las ha definido como:

Acuerdos entre el gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir operadores y financiadores) bajo el cual los socios privados proveen un servicio de manera tal que los objetivos de provisión de servicios del gobierno se encuentren alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector privado y donde la efectividad depende en una adecuada transferencia de riesgos del sector privado (2010).

¹⁷ Sin llegar ello a significar que no se puedan identificar sus elementos esenciales para que se diferencie esta figura de prestación de servicios públicos de otras figuras en las latitudes en las que se haga presente.

¹⁸ Es necesario resaltar que en el caso chileno no existe una norma de APP sino que se maneja como una categoría contractual, lo cual en cierta medida, ha dotado mayor flexibilidad al esquema (Covilla, 2014).

Elementos: Con el ánimo de reconocer los alcances y naturaleza de la figura adoptada por la Ley 1508, y teniendo en cuenta la diversidad de proyectos que pueden abarcar las definiciones expuestas, es necesario resaltar los siguientes elementos esenciales:

- I. Es un acuerdo.
- II. Cuyas partes principales son una entidad estatal y un asociado del sector privado.
- III. Que tiene como finalidad la provisión de un bien o servicio público (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 36), mediante “el uso voluntario de la experticia del asociado privado, de su experiencia, su Know How, financiación y calidades para la satisfacción de necesidades públicas” (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 43).
- IV. Mediante el cual se da una transferencia de riesgos de la entidad estatal al privado (Huertas, 2017, pág. 6).

El acuerdo a su vez puede utilizar instrumentos de índole contractual o institucional. En el primer caso, el vínculo se genera mediante un contrato en virtud del cual la prestación del servicio queda a cargo del privado (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2017). En el segundo, la asociación de la entidad estatal y del privado se instrumentaliza mediante la creación de una nueva persona jurídica, en virtud de la cual se entiende que el servicio queda a cargo de ambas partes (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 36). En Colombia, por expresa disposición del artículo primero de la Ley 1508 de 2012 las APP sólo se instrumentalizan contractualmente.

Las partes pueden ser, por un lado, entidades del orden nacional o del orden territorial, en varios países también pueden hacer parte uniones de entidades nacionales y territoriales; por el otro lado, el privado puede participar en calidad de financiador, constructor u operador, sin perjuicio de que pueda combinar varias de estas calidades en un mismo proyecto (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 39).

La entidad estatal es la que determina los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios prestos y política de precios, siempre siendo garante y controlando el cumplimiento de dichos objetivos (Baca Oneto & Ortega Sarco), ya que, como se explicó previamente, es tarea del Estado la dirección, regulación y control de los servicios públicos. Desde la teórica económica¹⁹, esta figura para la prestación de servicios públicos sirve para realizar variadas actividades de intervención del Estado en la Economía, como la provisión de bienes públicos y de

¹⁹ Se hace referencia a la Teoría Económica de fallas del mercado expuesta por Bara (2006), la cual será explicada a mayor profundidad en el capítulo 3 de la monografía. En ella se mencionan como las fallas de mercado ameritan la intervención y acción correctora del Estado para minimizar los costos sociales que se generan con su acaecimiento.

bienes privados de interés público, controlar las externalidades, desarrollar actividades de monopolio natural y especialmente, distribuir la riqueza mediante una adecuada prestación de servicios públicos (Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), 2013, pág. 48).

La transferencia de riesgos en relación con el desempeño del privado en la tarea que le fue asignada es lo que diferencia esta figura de las demás que se han mencionado, como se expondrá más adelante a profundidad. De tal forma que: “en los tradicionales contratos de obra y de servicios, el contratista recibirá su remuneración sin importar si el bien o servicio finalmente son necesarios o empleados por la administración para alcanzar el interés general” (Baca Oneto & Ortega Sarco, pág. 8); mientras que en las APP, el privado: “comparte el riesgo del destino del bien o servicio, de modo que su remuneración depende en alguna medida del correcto uso o aprovechamiento de éste, o de la calidad del servicio prestado” (Baca Oneto & Ortega Sarco, pág. 9).

Ello no implica que todos los riesgos sean transferidos al privado, pues algunos son retenidos necesariamente por la entidad. La transferencia de riesgos dependerá de cada proyecto, haciendo diferente cada APP y condicionando su éxito (Osei-Kyei & Chan, 2019).

La naturaleza de la remuneración del privado no encuentra restricción más allá de la que se presenta con la relación directa y proporcional con la calidad del servicio prestado, pues esta puede provenir de reembolsos o desembolsos públicos, así como de ingresos provenientes de la explotación del servicio prestado, y en general de cualquier retribución que pacten las partes (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008, pág. 3). En Colombia ocurre algo similar, donde el pago al particular se condiciona por la prestación efectiva del servicio, pero puede revestir múltiples formas que pueden combinar un pago directo por acceder al servicio y transferencias estatales²⁰, como se explicará más adelante.

El Papel de los Privados en las APP: para exponer la utilidad del esquema es necesario mencionar que, el privado puede participar en el esquema de APP principalmente de tres maneras:

1. A través de Empresas de participación mixta: se da la inclusión del sector privado en una empresa pública o al contrario, en búsqueda de un socio estratégico. Generalmente tienen como consecuencia la constitución de una persona jurídica. De esta forma de participación se desprenden algunas de las asociaciones a riesgo compartido como modalidad de APP. La Ley de 1508 no cobija esta forma de participación por instrumentalizarse institucionalmente.

²⁰ Inciso 1, Artículo 5, Ley 1508 de 2012.

2. Mediante Partnerships Financial Initiative o iniciativas de Financiación Privadas (PFI):

Son acuerdos en que el sector público contrata para adquirir servicios de calidad durante un largo plazo, para así tomar ventaja de las habilidades de gerencia del sector privado, incentivándolo, ya que se tiene la financiación privada en riesgo (...) el sector privado toma la responsabilidad por la provisión de un servicio público, lo que incluye el mantenimiento, mejoramiento o construcción de la infraestructura necesaria (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 37).

De ella se desprenden las concesiones y los contratos BOT (Construir-Operar-Mantener-Transferir) como modalidad.

3. Finalmente, el privado puede realizar la venta o administración de Servicios Públicos en el mercado, que puede recaer sobre bienes públicos o sobre bienes privados de interés público, buscando que, con la experticia del privado, se explote el potencial de servicio o comercial de los bienes estatales (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 36). De esta forma de participación se desprenden los contratos de prestación de servicios y los contratos de administración.

Principales Modalidades de APP: de las tres formas de participación del privado se desprenden las varias modalidades de APP. Las principales son²¹:

Modalidad	Descripción	Instrumento	Ejemplos de tarea a desempeñar
Contrato de Prestación de Servicios	Contrato de prestación de un servicio determinado. El Estado mantiene la propiedad y exige un nivel de servicio especificado.	Contractual	Mantenimiento de carreteras por niveles de servicio. Facturación de servicios de agua potable. Recolección de impuestos.
Contratos de Administración	Un bien público es operado y administrado por un agente privado bajo un esquema de riesgo compartido y de utilidades compartidas.	Contractual	Administración de una empresa de Servicios Públicos Domiciliarios. Administración de una cárcel. Administración de una institución de educación superior.

²¹ El siguiente cuadro se hace con base en: Banco Interamericano de Desarrollo, 2011, pág. 7. y Con base en: Barreto Cifuentes, S., 2016, pág.41.

Concesiones	El Estado concede el derecho al usufructo de un bien público a cambio de un acuerdo económico con el privado a largo plazo, para que este se ocupe de su operación y mantenimiento.	Contractual	Sobre infraestructura de transporte público. Sobre el espacio público (concesiones portuarias).
BOT. Construir-Operar-Mantener-Transferir.	La entidad privada se encarga de la construcción y/o el mejoramiento de un bien para la prestación de un servicio público, y/o de su operación. La propiedad del bien se mantiene en el Estado o vuelve a manos del Estado al final del proceso. El particular también se puede encargar del financiamiento.	Contractual	Sobre planta generadora de energía. En centros de salud o unidades de salud. Centros educativos de educación básica.
Asociaciones a Riesgo Compartido	La asociación se da buscando sinergias mediante la creación de una empresa mixta, o vehículo similar, donde se comparten riesgos, costos y utilidades.	Institucional	Se crea una Sociedad de Economía Mixta con objeto específico. Por ejemplo, una empresa de Hidrocarburos o una Aerolínea.

(Tabla/Figura 1)

Gracias al potencial descrito anteriormente, y buscando una incorporación más amplia de la figura, el Congreso expide la Ley 1508 de 2012 (en adelante “Ley 1508” o “Ley de APP”), la cual: *“establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”*. Como revela su denominación, esta norma busca unificar la figura y regularla con mayor profundidad.

La Ley de APP crea el Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (en adelante “RUAPP”), el cual contiene la mayoría de los proyectos que han sido propuestos bajo esta modalidad, tanto de iniciativa pública como privada y señala la etapa en que se encuentran, comprendiendo estas las fases de: prefactibilidad, factibilidad, inicio, ejecución y finalización. Al consultar dicho registro²² se encuentra actualmente que, los proyectos de APP en fase de ejecución se concentran principalmente en Bogotá y Cundinamarca (más del 60%), además de versar preponderantemente en desarrollos de infraestructura de transporte, siendo insipiente el desarrollo de APP para la prestación de otra clase de Servicios Públicos (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008, pág. 39 a 42).

²² RUAPP consultado el 22 de abril de 2019. 5:00 P.m.

En virtud de dicho panorama, hoy las APP pueden ser la base para emprender una valiosa misión con el fin de proveer Servicios Públicos de manera efectiva a los colombianos, ante la limitada capacidad estatal, mediante un esquema que coloca como prestador del Servicio Público al particular que da sus recursos y experticia en pro del interés colectivo.

Por ello, es importante entender que la figura integra un abanico de posibilidades para la prestación de servicios públicos junto con la prestación directa del servicio, y la privatización, que puede brindar soluciones para la materialización del Estado Social de Derecho. Por ende, merece ser estudiada más a fondo, para trascender su aplicación a otros servicios distintos a la construcción de infraestructura para el transporte público, y conocer si puede ser o no, una alternativa valiosa para satisfacer las necesidades de los habitantes del país.

2. APP Y FUNCIONES ESTATALES: EL LÍMITE A LA PARTICIPACIÓN DE LOS PRIVADOS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El alcance de las APP en Colombia está condicionado por tres clases de límites. Aquellos que se desprenden de la naturaleza del esquema por desarrollar funciones estatales, los establecidos por la Ley 1508, y los consagrados en normas especiales que regulan Ciertos Servicios Públicos. Las primeras serán estudiadas en el presente capítulo por considerarse como las de mayor rigidez, las otras dos se trabajarán en el Capítulo III y en el Capítulo IV respectivamente.

En referencia con la primera clase de limitaciones, dadas por la naturaleza del esquema, es necesario tener presente que los Servicios Públicos a cargo del Estado buscan concretar funciones estatales; mientras que las APP implican necesariamente un acuerdo en virtud del cual un privado realiza una función estatal. Por ello, se puede afirmar que las APP para la prestación de Servicios Públicos delimitan su alcance por el tipo de función estatal que desarrollan, ya que no todas las funciones estatales permiten ser gestionadas por particulares.

Dentro de las limitaciones dadas por la naturaleza del esquema existen dos clases de barreras, las limitaciones externas y las internas. Así, el límite externo determina cuándo la función cumplida es una función estatal, y no una función pública que puede ser realizada por completo por un privado (Privatización), o una función privada que no persigue un interés colectivo. El interno responderá hasta dónde puede participar o se le puede ceder la función estatal a un particular por vía contractual, conforme se acerca al núcleo duro de la actividad estatal.

Para comprender los límites dados por la naturaleza de la figura será necesario estudiar la relación de los Servicios Públicos con las funciones estatales que los desarrollan. Para ello, se requerirá de la comprensión de los siguientes elementos: 1) la noción de función estatal; 2) la evolución de las funciones estatales; y, 3) la tipología de las funciones estatales en relación con los Servicios Públicos; 4) las limitaciones externas por la naturaleza del esquema; y, 5) las limitaciones internas por la naturaleza del esquema.

2.1 Noción de Función Estatal: La identificación de las tareas estatales se da por un criterio normativo en virtud del cual las funciones estatales son aquellas actividades de interés público cuyo cumplimiento es tarea del Estado en virtud de la asignación de competencias que para su cumplimiento asigna la Constitución y/o la Ley (Schmidt-Assmann, Cassese, & Delvolve, 2015, pág. 15)²³. Como ejemplo de lo anterior, la Constitución define la defensa exterior, el orden público la función fiscal, de control (fiscal y disciplinario) y la administración de justicia como funciones estatales²⁴ de manera explícita.

2.2. Evolución de las funciones estatales: el alcance de las APP, es decir, la clase de servicios públicos que podrá prestar, esta dado por la naturaleza de la función estatal que desarrollan, y el grado de participación privada que estas permiten. De tal forma que:

Resulta conveniente, por tanto distinguir entre el alcance de las actividades estatales, que consiste en las diferentes funciones y objetivos que asumen los gobiernos; y la fuerza de poder del Estado, o la capacidad de los Estados para programar y elaborar políticas y aplicar las leyes con rigor y transparencia, que equivale a lo que se denomina hoy en día como capacidad estatal o institucional (Fukujama, 2004, pág. 23).

Para efectos del estudio se entiende por alcance las obligaciones o tareas que asume el Estado manifestándose en sus competencias; mientras que la fuerza o capacidad es la efectividad con que se ejerzan.

²³ Se pone de presente el principio de legalidad que se erige como fundamento que permite distinguir entre lo que se considera como actividad privada o lo que se considera una tarea pública: “Se trata de un principio de separación asimétrico que se puede expresar de la siguiente manera: los individuos obran con una libertad básica, un derecho fundamental que, en principio, no está sometido a obligaciones, mientras que la administración está sometida a las competencias conferidas por el derecho constitucional. Por esta diferenciación, los actos de la administración requieren ser motivados, mientras que las actuaciones de los particulares no”. (Eberhart Schmidt-Assmann, Sabino Cassese y Pierre Delvolvé (2015).

²⁴ Constitución Política, Artículo 2: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”. (Negrilla fuera del texto.)

La relación entre ambos conceptos en la historia del Estado moderno ha trasegado distintas etapas que tienen mucha relación con las etapas antes expuestas en la evolución de los Servicios Públicos, los cuales son una herramienta para la realización de las funciones estatales, por lo cual responden necesariamente en su evolución al alcance que han tenido las funciones estatales en los diversos momentos históricos.

Así, en una primera etapa dada a principios del siglo XIX e inicios del siglo XX se tenía un Estado minimalista, que cumplía con las funciones más básicas, como dictar las leyes, administrar justicia, proporcionar la defensa exterior y el orden público, funciones de las que nunca se desprendió de manera voluntaria.

En una segunda etapa, se da un incremento del alcance de las funciones estatales por el cual el Estado: “incrementó su tamaño y su injerencia en la sociedad y en la economía” (Fukujama, 2004, pág. 18). Este Estado intervencionista, se mantuvo con mucha fuerza en el mundo, y especialmente en la región Latinoamericana hasta los años 90. Dicho Estado, no sólo se ocupaba de las funciones del Estado liberal minimalista, sino que participaba directamente en actividades industriales y comerciales que eran propias de los particulares ²⁵. Ello permitió que, a principios de los años 80, la actividad estatal representara incluso el 70% de la demanda agregada en ciertas economías (Fukujama, 2004, pág. 18).

De tal forma que en ese momento:

La predicción de Wagner acerca del crecimiento del gasto público se corroboró, a pesar de que ha pasado medio siglo desde su mayor avance. Dicho crecimiento, como él afirmaba, no fue producto de la casualidad, sino una ley que encuentra tres pilares; cambios estructurales en la economía, democratización de la sociedad, y una creciente preocupación por los problemas sociales. La interdependencia creciente entre sectores económicos, la urbanización y el cambio tecnológico incrementarán la necesidad de servicios públicos (James y Musgrave, 2001)²⁶.

La tercera etapa consiste en la reducción del tamaño del Estado. Esta se da porque: “el aumento en la prestación directa de los servicios públicos y su consecuente aumento en el gasto público trajo

²⁵ Así: “Mientras a principio del siglo los sectores estatales consumían la mayoría de los países occidentales y en Estados Unidos poco más del 10% del PIB, en los años ochenta absorbían casi el 50% (y el 70% en el caso de la Suecia socialdemocracia)” (Fukujama, 2004).

²⁶ Traducción del autor, el texto original es el siguiente: “Wagner’s prediction of expenditure growth was thus proven correct, even though half a century had to pass before it reached its full stride. That growth, as he argued, was not random event, but a “law” traceable to three major factors; structural changes in the economy, democratization of society, and an increased concern for social justice. Rising interdependence among sectors of the economy, urbanization and technological change would expande the need for public services.”

conlleva efectos negativos en materia fiscal y la reducción del alcance estatal, ya que el déficit afectó gravemente la capacidad estatal imposibilitando su accionar efectivo” (Fukujama, 2004, pág. 19).

Ahora bien, con el fin no sacrificar por completo el alcance logrado en las funciones estatales, se planteó la necesidad de mayor participación de los privados en las tareas estatales²⁷, mediante mecanismos como las APP que dejan el cumplimiento directo de la misma en cabeza de los particulares, preservando el Estado su titularidad.

En virtud de lo anterior, vale la pena destacar que Colombia es un Estado Social de Derecho. De la anterior afirmación se desprende que, el alcance de las funciones del Estado colombiano es superior a la de los estados que sólo ostentan el carácter de Estado de Derecho, o que no establecen como obligaciones estatales la realización de tantas actividades de índole social, las cuales, no sólo consisten en mantener la soberanía y existencia del Estado, sino a una mejor la calidad de vida de sus habitantes garantizando servicios públicos como la salud, la educación y otros de contenido social, sin descuidar los servicios más básicos que desarrollan las funciones de su núcleo duro (Corte Constitucional, 1992).

En ese sentido, las funciones estatales se podrán identificar y diferenciar conforme se alejen del núcleo duro de las actividades a cargo del Estado, es decir, a medida que impliquen un aumento en el alcance de las funciones estatales, y se distancien del ejercicio directo de soberanía o de autoridad.

2.3. Tipología de las Funciones Estatales en Relación con los Servicios Públicos: la presente Tipología surge de las nociones de Función Estatal, Estado Social de Derecho, de la Teoría de las Decisiones Públicas y la Teoría de las Fallas del Mercado, así como de la Teoría Jurídica de las Funciones Materiales. Ello, sin ánimo de establecer categorías rígidas de funciones estatales sino con el fin de establecer cierta jerarquía que permita identificar una relación con los servicios públicos y el alcance de las APP.

²⁷ Este panorama fortaleció las que tesis favorecían la disminución del tamaño del Estado, y la delimitación más estrecha de sus funciones. Así, se devolvió a los privados muchas actividades donde el Estado había sido su actor principal en la fase intervencionista, la mayoría de ellas industriales y comerciales; también, se devolvieron a los privados la prestación de servicios públicos que desarrollaban derechos económicos y sociales, como la educación o la salud. Con esta tercera fase, de mayor participación de los privados gracias al retroceso del Estado, la privatización y las APP se postularon como esquemas atractivos para la prestación de servicios públicos, siendo instrumentos aptos para cumplir con ciertas tareas asumidas por el Estado que se valían de la financiación privada.

De manera sucinta cabe mencionar que, la Teoría de las Decisiones Públicas y la Teoría de las Fallas del Mercado considera que el papel del Estado desde lo económico se remonta al origen mismo de esta ciencia social, en ella se identifican dos posturas principales sobre la materia: una que prefiere un Estado pequeño que poco interviene en el mercado (Damsetz, Hayek); y otra que busca una intervención activa en la economía, priorizando la planificación central (Gwarthey, 2013, pág. 607), ampliando consecuentemente las funciones estatales (Keynes)²⁸. El debate entre estas posturas da origen a la Teoría de las Decisiones Públicas cuyo principal aporte:

Ha sido mostrar que, de la misma forma que los mercados privados pueden fallar, los gobiernos también pueden hacerlo. La discusión sobre el alcance de las funciones del Estado, entonces, no puede hacerse en términos de “si los mercados fallan, el Estado corrige”, sino en una comparación de alternativas y en un examen de las distintas formas institucionales que puede asumir la intervención estatal, en el caso que se justifique (Bara, 2006, pág. 399) .

Así las cosas, esta teoría ha identificado como justificada la intervención del Estado para la provisión de bienes públicos, la provisión de bienes privados de interés público²⁹, el control y/o desarrollo de monopolios naturales, el control de las externalidades, y la distribución de la riqueza.

En tratándose de la Teoría de las Funciones Materiales del Estado, se establecen tres categorías de funciones, las cuales son entendidas como funciones jurídicas de origen político, pues vienen del ejercicio del poder soberano del Estado, se manifiestan a través de actos legislativos, actos jurisdiccionales, y actos administrativos, sin perjuicio de los actos materiales accesorios o complementarios a los anteriores que facilitan su concreción. La distinción se hace en virtud de una reflexión sobre la naturaleza interna del acto, de su finalidad (Diguít & De Laubadere, 1957).

En consecuencia, la función legislativa consiste en la formulación de normas jurídicas por el Estado que son de carácter general y abstracto³⁰, la jurisdiccional en la resolución de controversias con fuerza

²⁸ Según la postura de Damsetz en concordancia con Hayek: “*Con el aumento de la participación estatal crecen las dificultades que se manifiestan en la ineficacia de la gestión, el aprovechamiento de intereses particulares privados o políticos y la insatisfacción general de los ciudadanos, que se revela en acción política y en el incumplimiento de las obligaciones fiscales. Con un sector público grande, sostiene, la competencia política se caracteriza por el conflicto*”. Según la postura de origen Keynesiana: “*Las fuentes intelectuales de la expansión de las actividades estatales han sido la teoría de las fallas del mercado y la política fiscal de inspiración keynesiana*”. En conclusión: “*Ambos enfoques llevan a recomendar intervenciones estatales “correctoras” de lo que no anda bien en la economía de los mercados privados*”: (Bara, 2006. Pág. 398).

²⁹ La diferencia entre bienes públicos y bienes privados de interés público esta dada porque “En el caso de los bienes privados, el problema (de asignación de recursos) se resuelve automáticamente porque quienes participan en el mercado revelan sus respectivas demandas y ofertas de bienes, y los precios competitivos conducen a la solución eficiente. Pero, en el caso de los bienes públicos no habría tal revelación correcta de las preferencias” (Bara, 2006, pág. 403).

³⁰ El carácter general de la ley se debe entender en los términos del artículo segundo del Código Civil el cual reza: “*Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevista en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar*”. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

de cosa juzgada (Corte Constitucional, 2002), y será función administrativa toda aquella actividad que no revista las características de función legislativa o jurisdiccional (Jellinek y Laband), o que esté encaminada a garantizar el correcto funcionamiento administrativo del Estado francés (Duguit, Hauriou y Carré de Malberg).

De lo anterior se desprenden los siguientes tipos de función estatal:

2.3.1 Básicas: son aquellas cuya asignación y competencia se deriva directamente de la Constitución Política o que son designadas como tales por la norma suprema³¹, significan necesariamente el ejercicio de un poder público³², y la participación de los privados en su gestión es excepcional. De esta forma, son funciones cuya delegación en otras autoridades o en privados es restringida y se debe hacer por Ley. En ciertos casos, su regulación puede llegar a tener que darse mediante ley estatutaria por expresa disposición constitucional, habida cuenta de su estrecha relación con los derechos fundamentales.

Se predica que el Estado, como mínimo, es una comunidad humana que reivindica con éxito el monopolio del uso legítimo de la fuerza dentro de un territorio determinado (Webber, 1964, pág. 78). Dicho uso legítimo de la fuerza no sólo implica que dicte la ley aplicable, sino que defienda el territorio, mantenga el orden público³³ y resuelva las controversias de manera ordenada según las leyes mediante sus distintos poderes públicos³⁴. Generalmente se materializan a través de servicios públicos esenciales que consisten en la provisión de bienes públicos que no pueden ser sujetos de precio, ni se excluyen con su consumo. Sin perjuicio de que puedan servir como herramienta para el control de las externalidades y la distribución del ingreso.

³¹ Por consagración expresa del artículo 366 constitucional, también son funciones estatales básicas del Estado Colombiano satisfacer las necesidades insatisfechas de los habitantes en materia de salud, educación, saneamiento básico y agua potable. Por lo que estas funciones, en cuanto a tener un mínimo de servicio, serán funciones estatales básicas, pero no lo serán cuando superen dicho mínimo por su naturaleza de bienes privados.

³² “La autoridad y el poder son dos cosas diferentes: el poder es la fuerza mediante la cual se puede obligar a otro a obedecer. La autoridad es el derecho de dirigir y mandar, de ser oído u obedecido por otro. La autoridad requiere el poder” (Maritain, 1983). Así, se debe entender en el marco de un Estado Social de Derecho por poder público, cuando el Estado, de manera legítima, es decir, en virtud de las competencias que le asigna la Constitución y la Ley, obliga a obedecer a alguien sobre quién ejerce autoridad.

³³ Dentro del mantenimiento del orden público se debe entender en el sistema capitalista la protección a los derechos de propiedad de los particulares, que da viabilidad al mismo sistema económico.

³⁴ Son poderes públicos o poderes soberanos aquellos que: “le facultan para la utilización del instrumental de derecho público” (Muriel Ciceri, José, H., 2011, pág. 383). Es decir, que lo facultan para imponer su voluntad, sobre la voluntad de las personas sobre las que ejerce soberanía, teniendo en cuenta que esta voluntad del Estado siempre debe buscar la satisfacción del interés público, y es base de autoridad pública, lo que genera que sea reglado por la ley y la Constitución.

En consecuencia, son funciones estatales básicas: La función judicial, la función legislativa, la función de policía administrativa³⁵, la función fiscal, la defensa exterior, la función de banca central, la función de gestión macroeconómica y dirección de la economía, la función de control (fiscal y disciplinario), y la función electoral³⁶. No son funciones estatales básicas aquellas que no signifiquen el necesario ejercicio de un poder público, o permitan de manera amplia la participación de los privados en ella.

2.3.2. Esperadas: son aquellas cuyas competencias se asignan constitucional o legalmente, permiten una amplia participación de los privados y generalmente desarrollan derechos de contenido social. Se materializan mediante servicios públicos esenciales y no esenciales. No comprometen directamente la existencia del Estado. Se denominan funciones esperadas porque son necesarias para la concreción del bienestar y mejoría en las condiciones de vida que procura el Estado Social de Derecho.

Ellas pueden consistir en el control de externalidades, la regulación de monopolios naturales y de la libre competencia, la provisión de bienes y servicios privados de interés general, y claramente, la distribución del ingreso. Así, necesariamente significan una intervención del Estado en la economía que se puede materializar mediante tres mecanismos: 1) La participación directa, como prestador de servicios como la seguridad social, de habitación o financieros; 2) como regulador de una actividad económica; o, 3) Ejerciendo la función básica de policía administrativa en su manifestación de inspección, vigilancia y control. Las APP se ubican en el primero de estos tres escenarios.

2.3.3. Adquiridas: Son las que más se alejan del núcleo básico del Estado, es decir, las que implican un mayor alcance. No afectan su existencia de manera directa, en ellas, el Estado no actúa como ente soberano, y se caracterizan por ser ejercidas normalmente por particulares en lógicas de mercado. Se justifican por el fomento de ciertas actividades económicas que, directa o indirectamente satisfacen un interés general. Así, son reguladas por el derecho público, pero más aún por el derecho privado, habida cuenta de la naturaleza de este tipo de actividades, sin perjuicio de que sea el Estado quien las desarrolle. La respectiva competencia o autorización está dada por el legislador, no necesariamente de manera constitucional.

³⁵ La función de policía administrativa se entiende en relación con el orden público, así se repite lo que en derecho francés se conoce como la trilogía de la función de policía. De tal forma que: “Cuando el problema es de orden público, de seguridad de personas y de bienes, es un asunto de sanidad, ustedes perdonarán si me refiero al derecho francés, que plantea la trilogía de la función de policía, que es en esencia pública, exclusivamente pública, y que no puede ponerse en manos de privados, y es el papel del derecho público garantizar la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas, es decir, el orden público en todos sus elementos” (Schmidt-Assmann, Cassese, & Delvolve, 2015)Pág.26.

³⁶ En ella se comprende, de conformidad con el artículo 120 constitucional: “La organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas”.

Dentro de ellas se tiene la política industrial con participación directa o el fomento de mercados, actividades económicas específicas, o los fondos de estabilización de ciertos productos de consumo general, entre otras (Fukujama, 2004). Se denominan adquiridas, ya que pueden ser consideradas remanentes a raíz del retiro del Estado y porque la competencia correspondiente no proviene del constituyente primario.

3.4. Límite Externo por la Naturaleza del Esquema de APP: Si bien el Estado tiene un núcleo duro de funciones, compuesto por sus tareas básicas, existe un desafío en la delimitación del alcance de las funciones hacia el exterior. En relación con este elemento, desde la Teoría del las Decisiones Públicas, se ha dicho que: “definitivamente, no la justifica cuando se trata de producir bienes y servicios que el mercado libre puede producir en forma eficiente, o cuando altera los precios que el mercado determina en condiciones de competencia” (Palacios Mejia, 1999, pág. 15).

Lo anterior pone de presente el siguiente interrogante que ha determinado la participación de los particulares en la gestión de tareas públicas conforme se alejan del núcleo duro de funciones: ¿es mejor un Estado fuerte y con poco alcance, o uno con mucho alcance, pero con poca fuerza? (Fukujama, 2004, pág. 33). Esta pregunta puede suscitar varias respuestas. Sin embargo, después de las reformas neoliberales que han tenido lugar después de los años 80 y 90 se optó por preferir un Estado con menor alcance y mayor fuerza, ya que: “evidentemente, resulta imposible generalizar dado que el rendimiento económico dependerá de las capacidades institucionales específicas y las funciones estatales en cuestión, así como de muchos otros factores. No obstante, se ha demostrado que la fuerza de las instituciones estatales es, en términos generales, más importante que su alcance” (Fukujama, 2004, pág. 39).

Así, con el consenso de Washington en la región Latinoamericana se buscó la venta de empresas industriales de los Estados, y la racionalización de los aparatos burocráticos, significando una reducción en el tamaño del Estado, es decir, en su alcance (Fukujama, 2004, pág. 33); todo ello con miras a lograr un mayor crecimiento económico y menor déficit fiscal, buscando fortalecer su capacidad, pero ampliando la participación de los particulares en la gestión de tareas estatales. Sin llegar esto a ser incompatible con el Estado Social de Derecho. Por ello, si bien existe una tendencia actual a disminuir el alcance de las funciones estatales, es necesario aclarar que el mismo dependerá de las respuestas sistémicas ante las demandas sociales coyunturales (Easton, 1957), que manifieste el constituyente primario o derivado en la asignación de competencias para su cumplimiento (Schmidt-Assmann, Cassese, & Delvolve, 2015).

3.5 Límite Interno por la Naturaleza del Esquema de APP: En relación con el límite interno dado por la realización de tareas estatales por particulares, al acercarse más al núcleo duro de funciones básicas del Estado, surge una mayor responsabilidad social en cabeza del privado. Por ello, es necesario plantear un claro límite después del cual, las actividades solamente podrán ser desempeñadas por el Estado, en pro de la guarda de los derechos reconocidos y de su misma soberanía.

En ese sentido la jurisprudencia constitucional ha establecido que se pueden ceder tareas estatales por autorización constitucional y legal, utilizando mecanismos como convenios (y contratos) o actos administrativos. De igual manera se ha determinado que de la constitución y la ley se derivan los siguientes límites internos a la participación de los privados en tareas estatales confiadas mediante contratos estatales (Corte Constitucional, 2003):

1. No se pueden ceder funciones estatales de contenido político o gubernamental.
2. Tampoco de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional.
3. Ni tareas “exclusivas” de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública relativas al orden público.
4. De igual manera no se podrán ceder o permitir por vía de acto o convenio la participación de particulares en funciones públicas que nunca hayan estado en cabeza de un ente público, como es el caso de los notarios y las cámaras de comercio, pues están requerirán de norma constitucional o legal expresa.
5. Finalmente, las entidades no pueden ceder su tarea al particular generando un vacío de contenido en sus competencias.

De esta forma se puede establecer que, las APP no podrán versar sobre servicios públicos que desempeñen funciones estatales básicas de contenido político (servicio de defensa exterior³⁷, servicio legislativo, servicios de orden público, o determinar los tributos o el gasto publico). Tampoco para el servicio de administración de justicia, el cual se podrá trasladar a los particulares mediante ley³⁸, no mediante contratos estatales. Sin embargo, ello no impide la celebración de contratos de APP para el apoyo de dichas actividades, como puede ser realizar el recaudo tributario³⁹, el mantenimiento de

³⁷ Sin embargo, nada impide que se puedan celebrar para labores de apoyo a la defensa nacional, como puede ser el mantenimiento de aeronaves de combate. No podrían tener por objeto la contratación de personal para actividades de combate o vigilancia.

³⁸ La Ley 1563 de 2012 (Estatuto De Arbitraje Nacional e Internacional) es un claro ejemplo de como el servicio de administración de justicia es prestado por particulares transitoriamente para casos y materias específicas.

³⁹ Esta actividad presenta varias limitaciones específicas adicionales a las generales de las APP que serán explicadas en el Capítulo 5. Una de ellas, es que el procedimiento de recaudo se desprende de la potestad reglamentaria, no puede ser

equipos de las fuerzas armadas, o de las instalaciones del congreso. Finalmente, no podrán celebrarse contratos de APP para prestar servicios que ya han sido privatizados, ni mediante los cuales se vacíe de competencia a la entidad contratante.

Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución establece casos específicos en los cuales los particulares podrán ejercer funciones estatales básicas⁴⁰.

En conclusión, con base en la naturaleza de las funciones estatales que desarrollan los servicios públicos prestados mediante APP, su alcance está delimitado por dos clases de limitaciones, las externas y las internas:

En tratándose del límite externo, cuando el particular deje de realizar una actividad cuya titularidad sea asignada al Estado de manera Constitucional o legal, dejará de realizar una función estatal; así mismo, si dejase de beneficiar al interés público con su actividad, es decir, dejara de satisfacer necesidades colectivas y pasara a satisfacer necesidades que atiendan al interés individual o particular, dejaría de realizar una tarea estatal pues ni siquiera cumpliría una función pública, sino una de carácter privado.

Respecto del límite interno, dichas limitaciones están dadas por los cinco criterios establecidos por la Corte Constitucional, donde vía acuerdo o contrato estatal (como lo son las APP), no se podrán prestar servicios que desarrollen funciones de índole político, jurisdiccional, legislativo, de defensa exterior, de orden público; ni aquellas donde se haya privatizado la función, o se vacíe la competencia de la entidad otorgante por vía contractual.

Sin embargo, es necesario aclarar que, a pesar de ser estas las limitaciones más rígidas al esquema, su alcance también está marcado por las disposiciones establecidas por la Ley 1508, y las prohibiciones contenidas en leyes especiales, como se expondrá en los capítulos siguientes.

determinado en sus bases por el contrato, ni mucho menos por el particular según Sentencia C-155 del 31 de mayo 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴⁰ Colombia, Artículos, 116-3, 210-2, 267-2 Constitución Política. Servicio de Administración de Justicia; servicios que desarrollan función administrativa; Servicio de Control Fiscal.

3. EQUEMAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA

El presente capítulo tiene dos objetivos principales. El primero es estudiar la noción, elementos esenciales, marco jurídico, tipos, limitaciones y modalidades permitidas de APP en Colombia, con base en los elementos ya aportados sobre el esquema de APP en general. El segundo, es comparar las APP con otros esquemas para prestar servicios públicos para conocer su pertinencia con base en la eficiencia.

Para ello, en un primer momento se expondrá el esquema de APP en cuanto a su noción, elementos esenciales, marco jurídico, ámbito de aplicación, tipos de APP, principales limitaciones establecidas por la Ley 1508 de 2012, y las modalidades de APP permitidas en Colombia. Acto seguido, se expondrán la Prestación Directa y la Prestación Directa con Contratación Pública, junto con la privatización como otros esquemas para la prestación de Servicios Públicos. Finalmente, se realizará un análisis comparativo de los esquemas con el fin de conocer la pertinencia de las APP con base en su eficiencia.

3.1. Las APP en Colombia

3.1.1.. Noción: el Artículo primero la Ley 1508 define las APP de la siguiente manera:

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

A falta de definición expresa de la norma, se debe entender por infraestructura como “el conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera” (Real Academia de la Lengua Española, 2014), en este caso, el Estado.

La expedición de la Ley de 1508 ha suscitado un debate en torno a la conveniencia de establecer una definición y una regulación genérica de la figura, a pesar de que ya existían experiencias de modalidades de APP en el país (Matallana Camacho, 2015, pág. 998). Hay quienes afirman que: “tomar una definición específica cerrando y restringiendo el campo de aplicación en el cual pueden ser utilizadas” (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 45), debilita la figura, que precisamente se caracteriza

por su flexibilidad. Por el contrario, hay quienes afirman que una norma positiva sobre la materia elimina la dispersión normativa, además de mejorar la certeza y estabilidad jurídica (Moraga Klenner, 2014, pág. 128).

Al respecto es necesario resaltar que, en virtud del principio de legalidad (artículo 6 Constitucional), en Colombia las entidades públicas no podrán contratar sin una Ley que les de competencia para hacerlo. Es por ello, que más que una restricción al campo de aplicación de las APP, la definición que trae la Ley 1508 es un requisito que permite la atribución de competencias, pues delimita las facultades de las entidades públicas a hacer uso de la figura.

3.1.2. Elementos Esenciales para el Caso Colombiano: En virtud de la definición aportada por la norma, se añaden dos elementos esenciales en las APP, que sumados a los expuestos inicialmente resultan en los siguientes:

- I. Es un acuerdo.
- II. Cuyas partes principales son una entidad estatal y un asociado del sector privado.
- III. Que tiene como finalidad la provisión de un bien o Servicio Público.
- IV. Mediante el cual se da una transferencia de riesgos de la entidad estatal al privado.

La Ley 1508 adiciona los siguientes elementos:

- V. Es un instrumento de vinculación de capital privado: la finalidad económica de las APP en el país, es incrementar el porcentaje de participación de capital privado en proyectos de infraestructura y la facilidades para la prestación del servicio público, ello frente a las restricciones fiscales existentes en el país (Molano, 2012). De modo que: “el empresario u organización privada se encarga de encontrar el financiamiento total o parcial de la inversión que se compromete a ejecutar” (Moraga Klenner, 2014, pág. 118). Dichos recursos deberán ser administrados mediante un patrimonio autónomo⁴¹, cuya composición puede contener desde activos de propiedad estatal, pasando por créditos, hasta bienes de titularidad del privado (Moraga Klenner, 2014, pág. 118).
- VI. Es un contrato: como se dijo en la parte general sobre APP, existen dos tipos de acuerdos que le sirven como vehículo, el institucional y el contractual. Si bien la ley no hace alusión específica a

⁴¹ Artículo 24, Ley 1508 de 2012.

los institucionales⁴², se deben entender como excluidos del alcance de las APP los acuerdos institucionales que lleven a la creación de Sociedades de Economía Mixta, ya que existen otros cuerpos normativos⁴³ que regulan la materia de manera expresa en Colombia⁴⁴.

En síntesis, las APP en Colombia son acuerdos contractuales entre una entidad pública y un privado en virtud de los cuales se da una asignación de riesgos según la capacidad de mitigación de las partes, cuya finalidad es la prestación de un servicio público o la construcción de infraestructura con financiación total o parcial de capital privado.

3.1.3. Marco Jurídico y Ámbito de Aplicación: habiendo definido qué es una APP en Colombia, es necesario explicar como se manifiesta y se regula esta figura en el ordenamiento jurídico nacional. En virtud del artículo 3 de la Ley de APP⁴⁵, dicho esquema contractual se ve regulado principalmente por la Ley 1508 de 2012, y en lo no regulado por ésta se aplica el Estatuto General de Contratación Pública y las leyes que lo modifican⁴⁶ (Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007 y la Ley 1882 de 2018), que, a su vez, se reglamentan por el Decreto 1082 de 2015.

Así las cosas, la Ley 1508 y el esquema de APP: *“es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos (...) Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos*

⁴² El artículo 8 de la Ley 1508 prohíbe a las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sus asimiladas, ser contratantes en esquemas de APP. Sin perjuicio de que su creación, como ya se explicó, pueda utilizar como herramienta una APP para la vinculación del capital privado, así la constitución se da mediante otro acto jurídico.

⁴³ Las enajenaciones de propiedad accionaria del Estado a favor de los particulares y su participación en empresas del Estado se regula en la Ley 226 de 1995 y la Ley 489 de 1998.

⁴⁴ Si bien el mecanismo para vincular el capital privado o para proponer la creación de dicha empresa podrían ser las APP, la Ley 489 de 1998 regula los tipos de aportes, condiciones de participación de las entidades, y representación de las acciones de propiedad estatal en ese tipo de negocios. Ello teniendo en cuenta que para la creación de dichos entes jurídicos no basta con un contrato o una escritura pública sino que se necesita de una manifestación de poder público, sea mediante acto administrativo o mediante ley para que se entienda constituida la misma. Dicho acto de poder público vincula ese ente jurídico al organigrama del Estado, como entidad descentralizada (Artículo 68, Ley 489 de 1998) con todo lo que ello acarrea en materia de responsabilidad y control en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁵ Cuarto inciso, artículo 3, Ley 1508 de 2012: *“Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley”*. Diario oficial No. 48.308.

⁴⁶ Inciso 4, Artículo 3, Ley 1502 de 2012.

que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley⁴⁷”.

Con base en la definición aportada previamente⁴⁸, la infraestructura para la prestación de servicios públicos se debe entender como el conjunto de elementos, materiales e inmateriales, o de servicios que sean necesarios para el funcionamiento de un servicio público cuya prestación está a cargo de la organización estatal. Ello permite comprender que, las APP en Colombia no se limitan a la construcción de instalaciones físicas, sino que abarcan muchas más posibilidades de gestión del servicio público, como la prestación de servicios de apoyo, empleo de personal especializado, desarrollos tecnológicos o la misma administración del servicio, como se ha expuesto anteriormente en el panorama global de las APP, al exponer las distintas modalidades.

De esta forma, las APP en Colombia pueden servir para prestar servicios desde dos perspectivas: 1) desde la perspectiva de servicios de apoyo a un conjunto de elementos físicos que permiten el buen funcionamiento del Estado en cualquier actividad (infraestructura), lo que no la diferencia en su finalidad de lo que puede ocurrir con la contratación pública tradicional; o 2) desde la perspectiva de la prestación del servicio público mismo por parte del privado, pero a nombre del Estado. De tal forma que, en la primera de las perspectivas se ubica como central la infraestructura y en la segunda, el servicio. Las APP como esquema para la prestación de servicios públicos puede aprovechar ambas perspectivas.

En la Ley de APP se regulan de manera especial temas de la retribución del contratista, adiciones, prórrogas, la iniciativa de los proyectos (iniciativa pública y privada), sistema de precalificación del contratista, los requisitos para abrir el proceso de selección del contratista⁴⁹, los factores de selección objetiva, la participación de terceros interesados en proceso de selección, la forma de administrar los recursos del proyecto, temas de financiación (desembolsos, vigencias futuras, presupuesto de las entidades), aportes estatales al proyecto, herramientas para la continuación del contrato ante incumplimientos, se imponen cargas especiales para las partes en aras de la transparencia, terminación anticipada (liquidación) y se crea el RUAPP.

⁴⁷ Artículo 3, Ley 1502 de 2012. (Negrilla fuera del texto)

⁴⁸ “Infraestructura es el conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera” (Real Academia de la Lengua Española, 2014).

⁴⁹ Los procesos de selección en si, son regulados por la Ley 80 de 1993 y por la Ley 1150 de 2007.

Adicionalmente, la Ley de APP establece de manera expresa⁵⁰ que son aplicables a este tipo de contratos las cláusulas excepcionales o exorbitantes, así como las prerrogativas especiales de derecho público. De igual manera, les son aplicables los principios de la función administrativa y de sostenibilidad fiscal⁵¹. Como tema a resaltar, se dice que las interventorías del contrato se podrán contratar mediante procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía, dependiendo de su valor⁵², a diferencia del concurso de méritos establecido en la Ley 80, minimizando los costos de contratación de interventoría por la sencillez del procedimiento. Por último, la norma establece límites a la figura, que permiten conocer su alcance por vía de prohibiciones y requisitos especiales⁵³.

3.1.4. Tipos de APP en Colombia: Existen dos clasificaciones principales de las APP en Colombia: 1) Según su finalidad; y, 2) Según su origen.

En virtud del primer criterio, existen APP de carácter social o APP productivas. Las primeras buscan incrementar el capital humano y las condiciones de vida de los habitantes. Las segundas tienen como finalidad favorecer el crecimiento económico (Senado de la República, 2011). Las APP para la prestación de Servicios Públicos se ubican entre las primeras.

De acuerdo al segundo criterio, se encuentran las APP de iniciativa pública⁵⁴ y las APP de iniciativa privada⁵⁵. Éstas se diferencian por quién propone el proyecto, en el primero se entiende que será una entidad pública que convoca a privados a participar, y en el segundo un privado que le presenta una posible solución a una necesidad a la entidad pública competente para satisfacerla.

La iniciativa privada de proyectos públicos no constituye una novedad como afirman varios autores (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 124; Davila Vinueza, 2017), ya que desde la Ley 80 de 1993 existía la posibilidad de que un privado pudiera proponer, habiendo identificado una necesidad pública, y presentado los estudios, un proyecto de contratación estatal, con la limitación de que fueran proyectos para obras públicas⁵⁶. Sin embargo, es necesario reconocer que la proposición del privado genera grandes ventajas para la administración pública: “la principal ventaja es liberar recursos y tiempo

⁵⁰ Artículo 22, Ley 1508 de 2012.

⁵¹ Artículo 4, Ley 1508 de 2012.

⁵² Artículo 33, Ley 1508 de 2012.

⁵³ Las APP pueden utilizar las formulas contractuales del derecho privado en la celebración de sus contratos, como también lo permite la ley 80, ello teniendo en cuenta las limitaciones propias que les impone esta ley y el derecho público a dicha libertad contractual.

⁵⁴ Artículos 9 a 13, Ley 1508 de 2012.

⁵⁵ Artículos 14 a 21, Ley 1508 de 2012.

⁵⁶ Texto original Numeral cuarto, Artículo 32, Ley 80 de 1993.

valioso para la entidad estatal, normalmente empleados en la identificación de necesidades. La identificación de necesidades es la base para construir un proyecto, y ahora podrá ser hecho por el sector privado” (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 125). De igual manera es necesario resaltar que la Ley 1508 amplió el espectro para las propuestas de los privados, pues ya no se trata únicamente de proyectos para realizar obras públicas, en ese particular la figura si constituye una novedad.

3.1.5. Limitaciones Establecidas por la Ley 1508 de 2012: A las limitaciones determinadas por la naturaleza del esquema en relación con la función estatal que desarrollan, expuestas en el capítulo anterior, se suman las siguientes que han sido establecidas por la Ley de 1508. Dentro de ellas se encuentran unas limitaciones generales que son aplicables a todo tipo de APP, y otras que son aplicables sólo a aquellas de iniciativa privada:

- I. *Generales:* son aquellas que afectan de igual manera el esquema, así su iniciativa sea pública o privada. A su vez, se dan unos límites generales y unos especiales en tratándose de financiación del proyecto con vigencias futuras y participación de entidades territoriales.
 - A. *Montos mínimos del proyecto:* La norma de manera expresa determina que el monto mínimo del proyecto para que pueda ser realizado mediante APP debe ser de 6.000 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes. Dicha determinación ha generado posiciones encontradas. Aquellos en contra afirman que esta decisión promueve los grandes proyectos únicamente, privando de las virtudes del esquema a las entidades territoriales (Covilla, 2014). Por su parte, los que están a favor dicen que se justifica debido a que los costos de transacción en una APP son elevados a comparación de la contratación pública tradicional proyectos (Barreto Cifuentes, 2016). Ello debido a la asignación detallada de riesgos y a su estructuración a largo plazo. Ahora bien, se considera que dependerá de cada proyecto determinar su viabilidad financiera mediante este mecanismo, y no es conveniente establecer esta clase de presunción de derecho que generaría perder valiosas oportunidades en varios proyectos, especialmente de pequeña envergadura, que no dejan de ser importantes en las comunidades. Más aún, cuando muchos de los costos de transacción pueden ser asumidos por el privado de manera voluntaria. Por lo que debería ser el mercado el que determine que tan viable son los proyectos en este sentido.

- B. *Plazo máximo*: “Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas⁵⁷”. Salvo concepto favorable del CONPES⁵⁸ por su importancia estratégica. Dicho plazo no atiende únicamente a la viabilidad financiera o al retorno de la inversión en el proyecto, también se fundamenta en la viabilidad del proyecto que debe ser realizado a largo plazo por su naturaleza y porque tienen como objetivo la satisfacción de las necesidades del mañana (Covilla, 2014, pág. 91)⁵⁹.
- C. *Adiciones y Prórrogas*: estas tienen establecido un monto máximo en virtud del cual, sumadas, no pueden superar el 20% del valor del proyecto⁶⁰. Sea por el cálculo porcentual respecto del valor total, o del valor que representan en el tiempo. Ello constituye un margen más estricto que el establecido en el Estatuto General de Contratación Pública del 50% del valor del proyecto. Disminuyendo el margen de maniobra de las entidades y contratistas, más aun, cuando se trata de proyectos de larga duración donde hay mayor probabilidad de que ocurran imprevistos. Ello compromete la viabilidad de los proyectos bajo este esquema, y significa una de sus principales limitaciones.
- D. *Inhabilidades e incompatibilidades*: Por disposición expresa de la norma⁶¹, se aplica a las APP el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación Pública. Lo anterior, en aras de la transparencia, objetividad e imparcialidad en la contratación pública.
- E. *No pueden ser contratantes las SEM, EICE ni sus filiales*: El artículo octavo (8) de la Ley 1508 prohíbe a las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sus asimiladas participar como contratantes en APP. Sin embargo, si se les permite participar como contratistas. Como se dijo anteriormente el legislador prefirió los acuerdos de índole contractual sobre los institucionales; por lo tanto, existen otros mecanismos plasmados en la Ley 226 de 1995 y 489 de 1998 que permiten la participación de privados en esta clase de empresas estatales.

⁵⁷ Artículo 6, Ley 1508 de 2012.

⁵⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social.

⁵⁹ “Evidentemente se trata de una cuestión relativa a la contratación pública como un todo. No obstante, el periodo en el que las necesidades son satisfechas por los términos pactados en el contrato deben ser significativamente más largos en el esquema de APP. En esencia, los requerimientos sobre los bienes o servicios deben satisfacer las necesidades del mañana, donde mañana significa un periodo de 20 o 30 años, mientras que en la contratación pública tradicional el periodo del contrato normalmente significa de 3 a 5 años” (Covilla, 2014, pág. 91).

⁶⁰ Artículos 13, 18 y 21, Ley 1508 de 2012.

⁶¹ Artículo 8, Ley 1508 de 2012.

- F. *Recursos deben ser administrados mediante un patrimonio autónomo*: el vehículo financiero mediante el cual el legislador determinó que se administraran los recursos que soportan la APP, fue la fiducia mercantil. Ello en virtud de que, como bien lo establece el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012, el que tiene el deber de constituir la fiducia es el contratista privado, a pesar de que se conforme en todo o en parte, por recursos públicos. Así, las normas aplicables serán las del Código de Comercio y no las del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Ello otorga mayor flexibilidad a la figura, pues permite la constitución de un verdadero patrimonio autónomo. Sin perjuicio de los controles fiscales y disciplinarios a que haya lugar cuando se trate del manejo de recursos públicos.
- G. *Se debe hacer la identificación de los beneficiarios reales del proyecto*: se debe manifestar a la entidad mediante una declaración juramentada, quienes serán (personas jurídicas o naturales) los beneficiarios reales del proyecto si llegaren a ser nombrados contratista del mismo, al igual que el origen de los recursos privados del proyecto. Ello en búsqueda de conservar los principios de moralidad administrativa y prevenir el lavado de activos⁶². Es por ello, que en esta clase de proyectos el anonimato no es una opción, lo cual podría llegar a reducir, por razones licitas o no, el número de interesados en los mismos.
- H. *Respecto de la financiación con Vigencias Futuras*: Para desarrollar APP: “*el CONFIS*⁶³, *previo concepto favorable del Ministerio del ramo, del Departamento Nacional de Planeación y del registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, podrá autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras, hasta por el tiempo de duración del proyecto*⁶⁴”. También se requeriría de la autorización del CONPES y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De modo que, la posibilidad de vincular recursos futuros le da un mayor margen de maniobra y una flexibilidad a la financiación de APP desde el sector público. Sin embargo, ello se ve afectado por la cantidad de autorizaciones que se requieren para vincular estos recursos, que se toman como gasto de inversión.
- I. *Respecto de Entidades Territoriales*: Existen tres limitaciones particulares cuando una entidad territorial quiera ser parte de una APP. La primera de ellas hace referencia a unos

⁶² Artículo 23, Ley 1508 de 2012.

⁶³ Consejo Nacional de Política Fiscal.

⁶⁴ Artículo 26, Ley 1508 de 2012.

requerimientos financieros más estrictos que para las entidades del orden nacional⁶⁵. La segunda ordena que los proyectos de APP se realicen de acuerdo con los objetivos de los planes de desarrollo territorial. Finalmente, el tercero consiste en la prohibición de celebrar contratos de APP en el último año de mandato en la respectiva entidad territorial; dicha restricción no aplica para el Distrito Capital, los distritos y municipios de categoría especial que sean capitales de departamento y los departamentos de categoría especial y/o sus entidades descentralizadas. Ello muestra como los pequeños municipios, sea por cuantía, o por esta prohibición especial, se verían demasiado limitados para utilizar el esquema.

II. *Aplicables únicamente a APP de iniciativa privada:*

- A. No podrán presentarse propuestas de APP de iniciativa privada que modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se podrán aceptar iniciativas privadas que requieran de garantías estatales o de desembolsos superiores al 30% del valor del proyecto⁶⁶. Esto se haya justificado en que se prefiere la estructuración de proyectos y las decisiones de la administración sobre la de los particulares a la hora de satisfacer una necesidad pública cuando se requiera de participación estatal para lograrlo (Covilla, 2014, pág. 136).
- B. *Límite de aportes estatales:* Los aportes de las entidades estatales a los proyectos, sean de iniciativa pública o privada, pueden ser de diversa naturaleza. Van desde sumas de dinero, pasando por infraestructura de servicios públicos existente, hasta derechos reales sobre bienes inmuebles no relacionados con el proyecto⁶⁷. Sin embargo, los aportes estatales a este tipo de APP, no podrán ser superiores al 30% del valor del proyecto, dificultando su viabilidad financiera, en especial en las etapas iniciales donde el proyecto aún no genera recursos.

En conclusión, las limitaciones de la naturaleza de las APP obedecen al ordenamiento constitucional y a la concepción misma del Estado, por lo que son necesarias para la armonía de figura con su contexto constitucional. Mientras que las limitaciones propias de la Ley 1508, obedecen a una concepción específica de este esquema que adoptó el legislador que establece elementos rígidos de forma y de fondo. Por su parte, las limitaciones consagradas en normas especiales atienden a razones

⁶⁵ Se establecen en el artículo 27 de la Ley 1508 de 2012. Corresponden a acreditar que se cumple con el límite de gasto, identificar fuentes concretas de financiación etc...

⁶⁶ Inciso séptimo (7), Artículo 14, Ley 1508 de 2012.

⁶⁷ Artículos 3 y 17, Ley 1508 de 2012.

de política pública en temas específicos, donde se limita la participación de los privados en la prestación de ciertos servicios como se explicará en el Capítulo VI.

En tratándose de la segunda clase de límites que fueron establecidos por la Ley 1508 de 2012: Respecto de la forma, se establecen limitaciones sobre la manera en que se deben identificar los riegos, registros y aprobaciones de las vigencias futuras. En relación con el fondo, se establecen de manera general montos mínimos del proyecto, plazos máximos, inhabilidades e incompatibilidades, limitaciones de las entidades territoriales; y en lo particular de las APP de iniciativa privada, se establecen máximos de aportes estatales y la prohibición de modificar contratos estatales vigentes.

Las limitaciones expuestas significan sin duda desafíos para el mejoramiento de la figura, donde merecerá la pena un análisis a profundidad de la conveniencia de las mismas, lo cual necesitará de una mayor puesta en práctica del esquema. Ya que limitaciones como los montos mínimos, el límite de los aportes estatales y las limitaciones a adiciones y prórrogas son incentivos que claramente promueven el desuso de la figura y que vuelven rígido un esquema que se beneficia de su flexibilidad, en especial en lo referente a la distribución de cargas dentro del negocio a celebrarse.

3.1.6. Modalidades Permitidas de APP: En virtud de la exposición de las distintas modalidades realizada en el Capítulo II (Tabla 1), y por ministerio de la Ley 1508 de 2012, se permiten: los contratos para la prestación de servicios; los contratos de administración⁶⁸; las concesiones⁶⁹; y los BOT⁷⁰. En sentido contrario, se excluyen las asociaciones a riesgo compartido cuando se trate de acuerdos institucionales que signifiquen una nueva participación del particular en una empresa estatal, sin perjuicio de que se puedan dar ciertas formas de Joint Venture.

Hay que resaltar que las concesiones en Colombia no solo abarcan la transferencia de un bien público o privado de utilidad pública de titularidad del Estado para su explotación, sino que comprenden contenidos propios de los contratos de administración, BOT y de prestación de servicios⁷¹. Consagrándose como la figura típica más amplia de APP, sin perjuicio de que haya figuras atípicas que puedan superar su contenido⁷².

⁶⁸ Colombia, Parágrafo 5, Artículo 5, Ley 1508 de 2012.

⁶⁹ Colombia, Artículo 2, Ley 1508 de 2012.

⁷⁰ Colombia, Artículo 3, Ley 1508 de 2012.

⁷¹ Colombia, Numeral 4, Artículo 32, Ley 80 de 1993.

⁷² Las APP gozan de la libertad contractual que se consagra en el inciso primer del artículo 32 de la Ley 80 del 92, en virtud del cual se pueden celebrar contratos atípicos de derecho privado, siempre que no controvertan las disposiciones de orden público de las APP, y sus elementos esenciales.

3.2. Prestación Directa y Prestación Directa con Contratación Pública Tradicional: se entiende como aquella figura donde la prestación del servicio la realiza una entidad estatal competente, la cual asume los principales riesgos asociados y cuyo financiamiento se da únicamente con recursos públicos. El Estado asume los riesgos principales, y los puede transferir a contratistas mediante los contratos particulares que requiera para prestar el servicio⁷³. “Cuando el Estado quiere prestar el servicio sin intervención de los beneficiarios, lo adscribe a una estructura administrativa ya existente (prestation en régie, que dicen los franceses), o crea una agencia o ente nuevos y le proporciona los fondos requeridos para su funcionamiento” (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 344).

Las formas jurídicas que puede asumir el ente estatal encargado de la prestación directa del servicio son: los Establecimientos Públicos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y, Sociedades de Economía Mixta (70 a 81; 83; 85 a 96; y, 97 a 102, Ley 489 de 1998) (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 346)⁷⁴.

Esta figura se presta para el ejercicio de todas las clases de funciones estatales básicas, esperadas y adquiridas. Por lo que no tiene limitación para prestar todo tipo de servicio público a diferencia de las APP y la privatización donde el límite se da por la naturaleza del esquema y las distintas disposiciones normativas.

Sin embargo, el Estado no está en capacidad de proveer todos los bienes y servicios, ni de hacer todas las obras necesarias para la prestación del servicio, por ello deberá acudir casi siempre a la contratación tradicional. De tal forma que, cuando el Estado transfiera parte de los riesgos a contratistas, o dependa de ellos para la provisión de un bien o servicio, así como para la realización de una obra para prestar servicios públicos, como ocurre la más de las veces, se estará en el plano de la contratación pública tradicional y en el universo normativo del Estatuto General de Contratación Pública.

⁷³ Habida consideración que la entidad no puede realizar por sí misma todas las actividades necesarias para la prestación del servicio se vale en esta figura de la contratación pública tradicional para encargar a contratistas especializados la realización de ciertas actividades que pueden consistir en la provisión de bienes, servicios o la realización de una obra que permita la prestación del servicio. Cuando se hace referencia a la contratación pública tradicional, se trata de los negocios jurídicos del Estado en donde éste encarga a un contratista la provisión de un bien o servicio, así como puede ser la realización de una obra determinada. Esta clase de negocios jurídicos se rigen principalmente por el Estatuto General de Contratación Pública.

⁷⁴ También puede ser asignada la tarea de prestar el servicio a ministerios o departamentos administrativos. Sin embargo, dicha asignación es menos frecuente (Vidal Perdomo, J. y Molina Betancur, C., 2016, pág. 346).

3.3. Privatización: este esquema para prestar servicios públicos puede ser entendido de una manera amplia o de una manera estrecha. De manera amplia significa que el Estado incluye a los particulares en conexión con el cumplimiento de tareas estatales (Muriel Cicieri, 2011, pág. 377); de manera estrecha, significa la transferencia de determinada tarea de titularidad estatal a los particulares de forma permanente (Vlachos, 2001, pág. 382; Engel, Fisher, & Galetovic, 2008).

En virtud de la primera noción han surgido múltiples clases de privatización, que van desde: “Dejar de producir dentro de la Administración Pública ciertos servicios, pasando a contratarlos con una empresa privada (Vergés, 2010, pág. 1)”, es decir hacer uso de la contratación tradicional; hasta una modalidad conocida como *Beleihung*, la cual se presenta: “cuando a una persona de derecho privado le son concedidos poderes soberanos para la salvaguardia de obligaciones de derecho público a ceder” (Muriel Cicieri, 2011, pág. 382).

En ese orden de ideas, la noción amplia de privatización no es lo suficiente precisa para lograr un análisis que permita distinguir esta figura de prestación de servicios públicos de las APP, ni con la prestación directa del servicio. Por ello, este estudio adopta la visión estrecha de privatización que permite distinguir esta figura de las APP y esclarecer con mayor precisión cuál es el papel del privado y del Estado en cada una de ellas.

En virtud de lo expuesto, se entenderá que se hace uso de la figura de la privatización cuando el servicio público es prestado de manera permanente⁷⁵ por un particular a nombre suyo, y por cuenta suya, sin perjuicio de que posteriormente pueda obtener compensaciones provenientes del erario a título determinado por haber prestado el servicio en pro del interés colectivo. Ello implica que la tarea estatal sea desempeñada por personas jurídicas ajenas al Estado, cuyo capital sea totalmente privado, o por personas naturales que no cumplen con las calidades de servidor público⁷⁶.

La privatización es una modalidad de prestación de servicios públicos que se ha fortalecido desde los años 80 en el mundo (Vergés, 2010, pág. 1), ella responde a varios objetivos como la búsqueda de competitividad, la mejora de las finanzas públicas, distribuir la riqueza entre los ciudadanos, la ampliación del mercado de capitales, y abrir espacios a la inversión (Sanchez Carreira, 2010). La figura se presta para la explotación de monopolios naturales, la provisión de bienes privados de interés público, e incluso la provisión de bienes públicos. Las limitaciones internas de la figura son las

⁷⁵ Es decir más allá del cumplimiento de un contrato.

⁷⁶ Artículo 123, Constitución Política de Colombia.

mismas que aplican a las APP en relación con la participación de particulares en la realización de tareas estatales, éstas han sido establecidos por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003⁷⁷ y ya fueron explicadas⁷⁸ mediante las limitaciones internas dadas por la Naturaleza de las APP, salvo aquella que mencionaba las actividades que ya estaban privatizadas por obvias razones⁷⁹.

3.4. Comparación de los Esquemas: Primero, se explicarán los criterios comparativos entre los distintos esquemas; luego, se compararán los tres esquemas descritos con base en 4 criterios; por último, se utilizarán herramientas provenientes de la doctrina (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008; Osei-Kyei & Chan, 2019) que permitan determinar eficiencia de las APP en el caso colombiano.

3.4.1 Criterios Comparativos: Los criterios comparativos de los esquemas son su flexibilidad, su capacidad de asignación de riesgos, su capacidad de financiamiento, y el control estatal que se puede ejercer sobre las mismas en la prestación del servicio.

Flexibilidad: Se entiende por flexibilidad la posibilidad de modificar el andamiaje institucional o contractual que da pie a la prestación del servicio público, por lo que cuando se hable de prestación directa y eventualmente de privatización se hace referencia a la capacidad de modificar la estructura institucional, además de poder modificar los contratos a que haya lugar; mientras que cuando se haga referencia a las demás figuras únicamente se refiere a la modificación contractual, la cual consiste en poder: “rediseñar el contrato y ajustarlo a las nuevas necesidades, sin renegociarlo o modificarlo, evitando la difícil situación de tener que elegir entre dos oscuras alternativas: terminar el contrato o renegociarlo” (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 95).

Por **Asignación de Riesgos** se entiende la repartición de cargas entre los involucrados según la naturaleza del servicio público específico con el fin de mitigar contingencias o la proximidad de un daño. En todo proceso de APP se debe realizar un análisis de contexto y de finalidad de proyecto que permita identificar, tipificar y asignar los riesgos (Colombia Compra Eficiente, 2016). Ante la gran diversidad de riesgos que se pueden identificar se resaltarán cuatro clases: los contractuales, técnicos, financieros y comerciales. A continuación, se presenta una matriz con los riesgos considerados más relevantes para este estudio⁸⁰:

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁸ Ver Páginas 40 y 41.

⁷⁹ Por ejemplo: el servicio de registro mercantil adelantado por las cámaras de comercio.

⁸⁰ Hay que tener en cuenta que esta matriz sólo aplica para las figuras cuando haya contratos, pues cuando la actividad la desarrolla la misma entidad no existe transferencia de riesgo mediante el mecanismo contractual aquí analizado, ya que en principio, la misma entidad asume todos los riesgos. Sin embargo, la entidad que opta por una prestación directa sin hacer uso de la contratación tradicional puede asegurar su actividad directamente y así conseguir transferencia de cierto nivel de riesgo.

Tipo de Riesgos	Descripción
Contractuales	
Regulatorios	Cambios en la regulación de la actividad que imponen obligaciones a los que la realizan.
De fuerza mayor o de Caso Fortuito.	Eventos de fuerza mayor o de Caso Fortuito que generen incumplimientos.
De seguros	Mayor transferencia de riesgo a los seguros posibles dentro del contrato.
De garantías y obligaciones.	Cumplimiento de las garantías y obligaciones legales mínimas establecidas para la celebración del contrato.
Técnicos	
De construcción de infraestructura necesaria para el servicio público.	Riesgo geológico, disponibilidad de materiales, excesivos costos de construcción. Incluye sobre-costos.
Tecnológicos.	Adecuada tecnología para la prestación eficiente del servicio, y evitar la obsolescencia tecnológica.
De terminación o cumplimiento de la labor encargada.	Lucro cesante por demoras.
De operación.	Nivel de servicio, mantenimiento y disponibilidad del bien o servicio.
Financieros	
Relacionados con el cierre financiero.	Disponibilidad de recursos a tiempo, requerimientos de capital, capacidad para pignorar las rentas o titularización.
De repago.	Tasas de interés, efectividad de las garantías, riesgo cambiario, disponibilidad de recursos a largo plazo.
Comerciales	
De Demanda.	Proyecciones de ingreso, proyecciones de usuarios, elasticidad de la demanda.
De Competencia.	Existencia de otras opciones para el demandante del servicio, o que se mantenga un monopolio natural, si así se estableció el servicio público desde un primer momento.

Las bases de la Matriz de Riesgo fueron adaptadas de: Banco Interamericano de Desarrollo, División de Mercados de Capital e Instituciones Financieras (2011, Pg. 8.) (Tabla/Figura 2).

Por **Financiamiento** se entiende el origen de los recursos financieros que dan viabilidad a las actividades que deben realizarse para prestar el servicio público. Estas pueden ser provenientes del sector público, del privado, o de ambos, dependiendo de la figura de prestación de servicios públicos.

Finalmente, al hablar de **Control** se hace referencia a las potestades administrativas⁸¹ que tiene el Estado de intervenir en la institución o contrato que funge como instrumento para prestar el servicio público, con la finalidad de ajustarlo al interés público⁸².

Existen dos clases principales de control, el control interno, que es aquel realizado por las propias unidades o autoridades dentro del engranaje de la entidad y buscan la eficiencia en la tarea administrativa asignada; y, el control externo, que es realizado sobre las entidades referidas por organismos de control buscando el buen manejo de los recursos económicos del Estado o la ética administrativa (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 87).

El control interno se presenta principalmente en la figura de prestación directa del servicio público, y es altamente relevante para el buen funcionamiento del control contractual, o incluso en el control de policía administrativa en las otras modalidades de prestación de los servicios públicos. Sin embargo, no se profundizará en el mismo buscando un análisis comparativo de las figuras.

En tratándose del control externo se estudiarán el control fiscal, disciplinario, contractual y de policía administrativa. Ejercer control sobre la adecuada prestación de los servicios públicos es una función básica del Estado, pues busca velar por la satisfacción del interés público y de los fines del Estado en cada actuación estatal, además de ser confiada al mismo por la Constitución y la Ley, significando muchas veces manifestaciones de poder público.

Por **control fiscal** se hace referencia a aquel que se ocupa de vigilar el adecuado uso de bienes y recursos públicos, encaminando la gestión fiscal⁸³ hacia la consecución del interés público⁸⁴. “Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad,

⁸¹ Solamente se estudiarán controles de índole administrativo, habida consideración de la naturaleza de este tipo de estudio que impide una mayor profundidad y extensión del texto, en procura de la calidad del mismo. Por ello se excluirán del estudio los controles judiciales que pudieren realizarse sobre el negocio jurídico de la administración. De igual manera, no se hará referencia a la acción de repetición, habida consideración que uno de los requisitos para su procedencia es la condena al Estado por parte de un juez administrativo para que aquel pueda repetir contra el servidor público.

⁸² Si bien pueden existir otra clase de controles a la actividad, el presente estudio se concentra en los controles de índole administrativo por su naturaleza y extensión, con el fin de lograr un mejor estudio de los mismos.

⁸³ Artículo 3, Ley 610 del 2000: “*se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*”

⁸⁴ Según la Corte Constitucional, el control fiscal: “*Comprende un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y la evaluación del control interno*” (Corte Constitucional, 2015).

de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno⁸⁵”, con base en estos sistemas de control se da lugar al esclarecimiento de responsabilidad fiscal. Son sujetos de control fiscal todas aquellas entidades estatales, y particulares que manejen fondos o bienes públicos⁸⁶, por lo que ellos podrán ser responsables fiscalmente cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado⁸⁷. Ejercen el control fiscal la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales⁸⁸, también lo podrán ejercer los privados cuando la ley lo autorice.

En tratándose del *control disciplinario*, consiste en la tarea de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las tareas, así como de la conducta oficial, de quienes adelantan tareas estatales (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 86). Esta facultad es esencial para el correcto funcionamiento del Estado, especialmente en tratándose de obtener un correcto desempeño de quienes realizan tareas estatales: “a través de él se sancionan conductas que no alcanzan la gravedad de los delitos” (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 86). El alcance del control disciplinario se extiende a los servidores públicos, aun estando retirados del servicio, e incluso a los particulares que ejercen funciones públicas⁸⁹. En cuanto a la prestación de servicios públicos, se extiende el control disciplinario a particulares que no ejerzan función pública siempre y cuando ejerzan poderes públicos⁹⁰. Cabe resaltar que por expresa disposición legal⁹¹, los interventores de los contratos de la administración y los particulares que manejen recursos públicos son disciplinables sin perjuicio de que no ostentan las calidades de servidores públicos.

⁸⁵ Artículo 9, Ley 42 de 1993. Las clases de sistemas de control que se enuncian son explicados a profundidad en los artículos 10 a 14 de la Ley 42 de 1993.

⁸⁶ Artículo 2, Ley 42 de 1993.

⁸⁷ Artículo 1, Ley 610 del 2000.

⁸⁸ Ello dependiendo del origen de los recursos, así los recursos de la Nación serán controlados por la Contraloría General de la República, y los de las entidades territoriales por las Contralorías respectivas de su territorio, sin perjuicio del control a prevención de la Contraloría General de la República cuando lo indique la ley.

⁸⁹ Artículo 25, Ley 1952 de 2019.

⁹⁰ En procura de la precisión terminológica en el estudio, se debe entender a continuación, por función pública como función estatal:

“Cabe precisar, que si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual "solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones públicas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos. No obstante, en esta materia se debe diferenciar el caso de las personas a las que se les asigna el cumplimiento de una función pública en los términos señalados -ley, acto administrativo, convención -, del supuesto de quienes prestan un servicio público, sometido en cuanto tal a un régimen legal especial, pero que en sí mismo no implica necesariamente el ejercicio de una función pública. Por lo demás ha de tenerse en cuenta el evento de aquellas personas que contratan con el Estado, pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos, la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público” (Corte Constitucional, 2003).

⁹¹ Artículo 70 de la Ley 1952 de 2019.

Al referirse al **control contractual** se debe resaltar necesariamente el principio de responsabilidad, el cual predica sobre el particular:

Las Entidades Estatales están obligadas a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger tanto los derechos de la propia Entidad como los del contratista y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Esta vigilancia tiene como objetivo proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual y debe ejercerse a través de un supervisor o interventor, según corresponda (Colombia Compra Eficiente, 2019, pág. 4).

Del control contractual como género, se resaltan dos especies: el control por supervisión y el control por interventoría:

“Los supervisores e interventores tienen la función general de ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución contractual de los contratos vigilados, dirigida a verificar el cumplimiento de las condiciones pactadas en los mismos y como consecuencia de ello están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, impartir instrucciones al contratista y hacer recomendaciones encaminadas a lograr la correcta ejecución del objeto contratado” (Colombia Compra Eficiente, 2019, pág. 4).

Habiendo resaltado sus elementos concurrentes, la supervisión y la interventoría tienen como principales diferencias las siguientes: La supervisión es ejercida por un funcionario de la entidad estatal, mientras que la interventoría siempre es realizada por un contratista. La primera se enfoca en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico del contrato; mientras que la segunda se enfoca en lo técnico, y sólo en los demás temas si la entidad lo considera necesario. El supervisor no debe tener conocimientos especializados relevantes para el contrato, el interventor sí. La supervisión no necesariamente requiere la celebración de un contrato nuevo, la interventoría requiere un contrato aparte del que se vigilará (Colombia Compra Eficiente, 2019, pág. 5).

Finalmente, está el **control de policía administrativa**. Según el Consejo de Estado éste tiene como finalidad mantener el orden público, justificando la restricción de la libertad individual por la conservación de la seguridad, tranquilidad y salubridad públicas (Sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp.2005-1083., 2010), circunstancias que pueden resultar muy afectadas con una prestación deficiente de los servicios públicos. Esta clase de control se fundamenta en el poder de policía, el cual: “hace alusión a la facultad del poder político de dictar las normas y reglamentos de policía, normas de carácter general e impersonal que garantizan el ejercicio de la libertad individual y del orden público” (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 317). Se gestiona mediante la función de policía que ejercen determinadas autoridades, y se manifiesta mediante la actividad de policía que se ocupa de tomar las medidas relevantes frente a los hechos que alteren el orden, con el fin de recuperarlo.

Existe la policía administrativa general y la especial, la primera se orienta a mantener el orden público en su conjunto; mientras que la segunda se ocupa de actividades particulares que requieren de limitaciones especiales. En la policía administrativa especial se ubica la labor de las superintendencias y ministerios que se ocupan de la inspección, vigilancia y control de ciertos servicios públicos⁹². Dicha inspección, vigilancia y control de estos servicios se hace con el fin de realizar un control externo a la actividad, en el entendido que existe un orden en el desenvolvimiento de estas actividades económicas, y que cuando éste se ve alterado, es deber de las autoridades intervenir para restablecerlo en beneficio de la población (Vidal Perdomo & Molina Betancur, 2016, pág. 325).

Sin perjuicio de lo anterior, esta actividad de policía administrativa se puede considerar una especie de servicio público de conformidad con la definición de la Ley 80 de 1993, en el sentido que la policía es el servicio público que busca satisfacer la necesidad del orden (Waline, 1963).

3.4.2. Análisis Comparativo

3.4.2.1. Las Asociaciones Público Privadas (APP): en virtud de que ya se ha expuesto la noción y características generales de una APP, es procedente continuar con el análisis basado en los anteriores criterios comparativos:

Flexibilidad: la flexibilidad de las APP, como esquema contractual para la prestación de servicios públicos, habida cuenta de la exclusión de las APP institucionales, dependerá de dos factores. De las posibilidades que le otorgue el Estatuto General de Contratación Pública, y el contrato que lo rige.

Respecto del primero, las APP cuentan con las mismas herramientas de flexibilidad que se tienen en la contratación pública tradicional, que serán explicadas a profundidad más adelante, salvo en el tema de prórrogas y adiciones cuyo monto se reduce al 20% del valor total. Desde lo contractual, la flexibilidad dependerá de los elementos esenciales y accidentales del contrato: “En otras palabras, hay dos tipos de cláusulas que aumentan el nivel de flexibilidad en los contratos: las de exclusión/inclusión de elementos accidentales y las que flexibilizan elementos esenciales” (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 96). Las accidentales hacen referencia a servicios conexos al objeto del

⁹² Ejemplo de los mismos pueden ser el Ministerio de Educación, o las Superintendencias de salud, financiera, o de notariado y registro.

contrato, principalmente para operación y mantenimiento, cuya decisión de incluirlos se hará con base en un análisis costo beneficio por la entidad y el diseñador del proyecto⁹³.

Ahora bien, la norma dota de elementos adicionales de flexibilidad a las APP. Primero, existe la posibilidad de que el financiador del proyecto continúe el mismo la labor del contratista ante el incumplimiento éste, dotando de flexibilidad al elemento esencial referente a las partes⁹⁴. Segundo, se dice que la administración de los proyectos podrá ser ejercida mediante Institutos de Fomento y Desarrollo Regional (INFIS)⁹⁵, lo que permite vehículos favorables para llevar a cabo el proyecto.

Asignación de Riesgos: Un aspecto fundamental para obtener una buena relación costo beneficio y el éxito en una APP, es una adecuada asignación de riesgos, tanto así, que llega a diferenciar el proyecto (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 108). La norma establece que esta se deberá asignar a la parte que mejores condiciones tenga para mitigarlo⁹⁶.

Así las cosas, generalmente se recomienda (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011, pág. 10 y 11) que el privado asuma los siguientes riesgos⁹⁷: contractuales de seguros y de garantías y obligaciones; técnicos de construcción, tecnológicos y de operación; todos los financieros; finalmente, asume todos los riesgos comerciales, salvo los referentes a la elasticidad de la demanda que se recomienda asumir de manera conjunta.

De manera conjunta se asumen los comerciales ya referidos; los contractuales referidos a fuerza mayor o caso fortuito; y los técnicos de terminación de la obra, ya que el beneficiario directo es la entidad.

La entidad pública por su parte asume los riesgos contractuales regulatorios y comerciales de competencia de manera exclusiva. En el caso colombiano es importante preguntarse ¿quién asume los riesgos derivados del acaecimiento de una alteración al orden público que perjudique el proyecto? ya que muchas veces la prestación de los servicios públicos se ve afectada por problemas de

⁹³ “En el momento de tomar la decisión, se debe tener en cuenta si: el costo de la prestación directa por parte de la autoridad es menor que el cobrado por el contratista; 2) existen potenciales beneficios de flexibilidad a partir de la exclusión de estas actividades de mantenimiento; 3) la autoridad tiene los recursos existentes, capaces de llevar a cabo esas actividades de mantenimiento (guardias o empleados de limpieza; 4) la exclusión de ciertas actividades de mantenimiento tiene el potencial de crear riesgos de interfaz, donde la autoridad tendrá que considerar si los beneficios de la exclusión de esas actividades de mantenimiento son mayores que los riesgos de interfaz” (Barreto Cifuentes, 2016).

⁹⁴ Artículo 30, Ley 1508 de 2012.

⁹⁵ Artículo 37, Ley 1508 de 2012.

⁹⁶ Artículo 4, Ley 1508 de 2012.

⁹⁷ Ello sin perjuicio de que la asignación pueda variar en cada proyecto.

seguridad, manifestaciones, protestas sociales y eventos de índole similar que paralizan la prestación de los servicios públicos. Siguiendo la lógica expuesta, esta clase de riesgos deben ser asumidos en las APP por la parte estatal, salvo que el contrato determine lo contrario, pues es tarea del Estado mantener el orden público, además de que estas situaciones no son mitigables por el particular.

Financiamiento: Las APP son un instrumento de vinculación del capital privado, por ende, el particular se encarga de encontrar el financiamiento total o parcial de la inversión (Covilla, 2014, pág. 118). En especial cuando se refiere a APP de iniciativa privada, sin perjuicio de que puedan existir proyectos en los cuales la financiación sea 100% pública, como puede ser el caso de las APP de iniciativa pública. Cuando se trate de APP de iniciativa privada la financiación deberá ser total o parcialmente privada, con un máximo de 30% de aportes estatales. Éstos aportes podrán ser en dinero o en especie pasando por un amplio abanico de posibilidades que incluye bienes inmuebles no relacionados con el proyecto. Por ello, la financiación de APP puede ser mixta en todo momento, dando más fuerza a los proyectos, así el ideal sea la total financiación privada.

Control: Siempre habrá lugar a control fiscal en las APP cuando sea en modalidad de prestación de servicios, administración, concesión, o en asociaciones de riesgo compartido, puesto que necesariamente implicarán una responsabilidad de explotación, manejo o conservación de un bien público o manejaran recursos públicos. En el caso de los BOT, podrá haber responsabilidad fiscal cuando se termine de construir y se transfiera la infraestructura que será de titularidad estatal.

Sobre el control disciplinario hay que anotar que, quienes prestan un servicio público mediante APP no necesariamente están ejerciendo prerrogativas públicas, especialmente cuando se trata de labores de apoyo a tareas de titularidad estatal; aunque ello podría ocurrir en ciertos casos, como cuando se requiera de la cesión de prerrogativas públicas para la adecuada prestación del servicio⁹⁸. Sin embargo, puede haber responsabilidad disciplinaria por cuanto que administran bienes públicos o recursos del Estado⁹⁹, salvo en el momento inicial de la modalidad BOT o de las concesiones cuando aun no se haya construido la infraestructura para la prestación del servicio.

Sobre el control disciplinario, por regla general los particulares que presten un servicio público mediante APP no podrán ser sujetos disciplinables, ya que no ejercen prerrogativas exclusivas del Estado. Sin embargo, en virtud del Artículo 70 de la Ley 1952 de 2019, podrán llegar a ser

⁹⁸ Como podría ocurrir con la recepción de declaraciones, el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias según (Barreto Cifuentes, 2016) pág.59.

⁹⁹ Colombia, Artículo 70, Ley 1952 de 2019.

disciplinables cuando admiten, custodien o dispongan de rentas fiscales o parafiscales, como puede ocurrir en los contratos de administración o de concesión.

Por su parte, el control contractual es el mismo que se podría ejercer sobre un contrato público tradicional, ello en virtud de que el régimen de APP se complementa por el Estatuto General de Contratación Pública. Así las cosas, las figuras de la interventoría y la supervisión tienen plena vigencia.

Finalmente, la obligación de control externo que debe realizar el Estado sobre la prestación de los servicios públicos¹⁰⁰ vincula a los que presenten a la inspección, vigilancia y control que ejerza sobre dichas actividades. Así, el Estado ejercerá este tipo de control derivado del poder de policía administrativa sobre la actividad realizada por los que presten el servicio público, es decir, sobre el contratista, a pesar de que la titularidad de la función siga en cabeza de la entidad. Sin perjuicio de que puedan generarse consecuencias por indebida prestación para ambos.

3.4.2.2. Prestación Directa y Prestación Directa con Contratación Pública Tradicional

Flexibilidad: la actividad se rige principalmente por normas de derecho público, por las normas que creen y regulen la entidad que presta el servicio, sin perjuicio de que puedan utilizarse normas de derecho privado cuando así lo determine la norma que regente el funcionamiento del ente estatal prestador del servicio, o los contratos que se suscriban para dicho efecto. Además, la institución prestadora cuenta con determinada estructura que permite la prestación del servicio, la cual a su vez ha sido contemplada dentro del organigrama estatal. Por ello, cuando se busque modificar dicha estructura se deberá modificar la norma que regule la entidad o autorice su modificación, incurriendo en un mayor costo de transacción conforme mayor procedimiento y voluntad política requiera para su modificación¹⁰¹.

De igual manera, la modificación de los contratos que haya suscrito la entidad para efecto de prestar el servicio dota de flexibilidad los mismos mediante la suspensión, la prórroga, la alteración y las adiciones.

¹⁰⁰ Colombia, Artículo 365, Constitución Política.

¹⁰¹ Corresponde al congreso determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar entes que lo conformen, así como autorizar al presidente la transformación de los mismos. (Artículos 150 y 189 Constitucional). En lo territorial a las asambleas (300) y a los concejos (330 Constitucional), determinar la estructura de la administración del ente territorial correspondiente y las funciones de los entes que la conforman.

La suspensión del contrato tiene como finalidad detener la ejecución del mismo, teniendo en cuenta que ello puede conllevar al ahorro de múltiples costos que las partes no desean asumir mientras se resuelve alguna controversia o se soluciona algún inconveniente que impide la adecuada realización del contrato. Esta suspensión solamente puede ser resultado de un acuerdo entre las partes, o de una orden judicial¹⁰²; no se contempla en Colombia la posibilidad de la suspensión de un contrato por vía de acto administrativo de la entidad contratante, pues ello afectaría gravemente el pilar del contrato que pregona la fuerza vinculante del pacto contractual (Davila Vinueza, 2017, pág. 570). En la suspensión del contrato, sea de mutuo acuerdo, o por orden judicial, se debe indicar la condición bajo la cual se reanudará.

Refiriéndose a la prórroga: “el plazo de cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato se desplaza en el tiempo. Per se no implica el aumento del valor ya que el objeto contratado no se altera” (Davila Vinueza, 2017, pág. 575). El plazo de las obligaciones, en principio, no es elemento esencial de los contratos estatales, razón por la cual éste puede ser modificado sin temor a encontrarse en otra clase de negocio jurídico que desvíe las finalidades establecidas. Vale la pena mencionar la existencia de prórrogas automáticas en ciertos contratos¹⁰³, contratos que por su naturaleza requieren de la misma para no incurrir en mayores costos, resaltando la alta flexibilidad de esta herramienta en la contratación tradicional¹⁰⁴.

En tratándose de la alteración se hace referencia a modificaciones o sustituciones en las calidades, componentes, cantidad de los bienes, obras o servicios contratados, no podrán significar el cambio del objeto contratado por otro de género igual o distinto (Davila Vinueza, 2017, pág. 586). El costo de las alteraciones se repartirá de conformidad con la diligencia puesta por cada una de las partes contratantes en el diseño inicial del proyecto, lo cual puede llegar a permitir una responsabilidad compartida. Las alteraciones pueden ser de dos clases: 1) unilaterales, ejerciendo la potestad exorbitante de modificación unilateral del contrato, la cual siempre deberá estar fundamentada en una necesidad inminente: “a punto tal que, de no efectuarse, el servicio público que pretende satisfacerse con el contrato se vería afectado” (Davila Vinueza, 2017, pág. 588); o, 2) convencionales, las cuales no comprometen la continuidad del contrato, como si lo podría hacer la unilateral.

¹⁰² Existe una tercera vía para la suspensión que es la petición del Procurador General de la Nación o su delegado cuando se adelanten trámites disciplinarios, ello según el Artículo 219 de la Ley 1952 de 2019.

¹⁰³ Arrendamiento de Vivienda y de locales comerciales (Artículo 22 Ley 820 del 2003 y Artículo 518 del Código de Comercio); entre otros.

¹⁰⁴ Al hacer referencia a la contratación tradicional se alude a los contratos estatales que son celebrados aplicando plenamente el Estatuto General de Contratación Pública con el fin de prestar servicios públicos, sin someterse a las normas de la Ley de APP o de las modalidades de privatización.

Finalmente, las adiciones son algo que en un primer momento no se contemplaron en el contrato, pero que es necesario para cumplir con el objeto contratado (Davila Vinueza, 2017, pág. 590)¹⁰⁵. Se presentan dos limitaciones principales a este mecanismo de flexibilidad contractual: El primero es que la adición no puede exceder el 50% del valor inicial¹⁰⁶; y el segundo es la identidad sustancial del objeto contratado.

Asignación de riesgos: Por una parte, en la prestación directa, los riesgos contractuales, regulatorios y de fuerza mayor son asumidos por la entidad. Sin embargo, ésta podrá transferir parte de los mismos mediante la celebración de contratos de seguro que la amparen directamente en su actividad. Mediante la utilización de esta clase de contrato, la entidad podrá asegurar riesgos relacionados con todos los intereses patrimoniales de dichas entidades, siempre que versen sobre un interés asegurable:

Ello incluye la responsabilidad civil extracontractual en que pueden incurrir las entidades por hechos u omisiones de sus representantes agentes, que pueden generar detrimento en su patrimonio; también dentro de este concepto se incluye la afectación del patrimonio de las entidades estatales, por eventuales ilícitos cometidos por sus propios funcionarios y por terceros, riesgos que se cubren mediante pólizas de manejo y sustracción (Nuñez Villalba, 1997, pág. 335).

Por otra parte, con la utilización de contratación tradicional, se puede transferir el riesgo de seguros y de garantías, así como de obligaciones al contratista. La autoridad contratante usualmente retiene riesgos técnicos como el de construcción, los demás podrán transferirse al contratista en cierta medida (HM Treasury, 2012, pág. 18), teniendo en cuenta que muchas veces, el mantenimiento y la continuidad del servicio no se encuentran dentro del contrato inicial, ni se plantean a largo plazo, por lo que este riesgo puede retornar a la entidad (HM Treasury, 2012, pág. 18).

La contratación tradicional ha sido dotada de varias herramientas de transferencia de riesgo por el Estatuto, la principal de ellas es la garantía única de cumplimiento. Esta garantía es un requisito de ejecución mediante la cual: “el contratista ampara los perjuicios que le puede generar a las entidades sendos incumplimientos de obligaciones que emanan del contrato. Así que tienen un contenido reparador por conductas atribuibles al contratista que ocasiona un perjuicio” (Davila Vinueza, 2017, pág. 541). De esta forma, el tomador del seguro, que debe cumplir con la garantía (contratista), traslada el riesgo de incumplimiento a la aseguradora, de tal forma que cuando se genere un daño patrimonial al acreedor (entidad estatal), la aseguradora responda hasta el monto que haya sido

¹⁰⁵ El objeto puede ser general, como el negocio jurídico a ser realizado; o, específico, cuando se hace referencia a la labor específica, o la necesidad que se busca satisfacer.

¹⁰⁶ Parágrafo Artículo 40, Ley 80 de 1993. En las APP se limita al 30% del valor del proyecto.

asegurado (Consejo de Estado. Sección Tercera, 2009). De esta forma se logran trasladar los riesgos técnicos en su mayoría, y contractuales respecto de seguros, garantías y ciertas obligaciones.

Existen otras herramientas dentro del Estatuto que funcionan como incentivos negativos para alinear los intereses del contratista con la finalidad de interés público que persigue la administración con ese contrato, ellas son las potestades excepcionales¹⁰⁷. Mediante dichas facultades donadas por la Ley a las entidades contratantes, que son irrenunciables para éstas (Marienhoff, 1965), se puede mitigar el riesgo técnico de terminación, de operación y de construcción; así como los contractuales de incumplimiento de obligaciones. Si bien no es una herramienta propia de repartición del riesgo, los incentivos que crea se pueden utilizar para mitigarlos. Así, estas pueden servir para apremiar el cumplimiento del contratista (multas), alinear el negocio jurídico hacia la finalidad esperada (modificación e interpretación unilateral del contrato), o simplemente de eliminar la fuente de riesgo, terminado el negocio jurídico (reversión, caducidad, terminación unilateral).

Sin embargo, estas potestades excepcionales o cláusulas exorbitantes no están presentes en todos los contratos, habida cuenta que son las medidas más severas que puede tomar la entidad en materia contractual, además de ejercerse de manera unilateral. Cabe aclarar que, el ejercicio de las mismas se debe fundamentar en: *“evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”*¹⁰⁸.

Respecto de los riesgos financieros: “la autoridad contratante paga por el costo de capital al principio del proyecto a través del presupuesto público” (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 67), impulsando el cierre financiero, y asumirá el repago ya que es quien hace la inversión, pues el contratista realiza la obra, suministra el bien o servicio que requiera la entidad, a cambio de una prestación determinada. Finalmente, el riesgo comercial de demanda es asumido por el Estado, pues es éste el que encarga el servicio, la obra, o el bien, con base en una factibilidad del proyecto que determina si es viable.

Financiamiento: el financiamiento para la prestación del servicio público corre por cuenta del presupuesto de la entidad pública competente, con las partidas presupuestales asignadas para tal

¹⁰⁷ Artículos 14 a 19, Ley 80 de 1993. Según el consejo de Estado: “Los poderes exorbitantes son potestades regladas que emanan del poder público y se originan en la ley, con fundamento en las cuales la Administración puede dirigir, controlar, interpretar, modificar, terminar, sancionar y caducar, en forma unilateral, el contrato, los cuales deben ejercerse mediante actos administrativos motivados, de conformidad con un procedimiento establecido y dentro de ciertos límites fijados por el orden jurídico”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

¹⁰⁸ Extracto Artículo 14 Ley 80 de 1993.

efecto, muestra de ello es que se necesita del registro presupuestal para comenzar la ejecución del contrato, asegurando la aprobación y apropiación de esos recursos¹⁰⁹. Dichos recursos pueden provenir de ingresos fiscales, vigencias futuras o empréstito (crédito).

Respecto de las vigencias futuras se tratan de autorizaciones para que las entidades puedan asumir compromisos que afecten presupuestos de vigencias fiscales futuras, con el fin de garantizar obligaciones que se generan desde el presente con dichas asignaciones presupuestales (Davila Vinueza, 2017, pág. 605). Para ello la entidad deberá contar con el certificado de vigencias futuras, si se omite este requisito el servidor público respectivo podrá responder fiscal, penal, civil y disciplinariamente, pues celebraría un contrato sin respaldo presupuestal¹¹⁰. Cuando se financie a través de empréstito: “el préstamo es financiado a través de la expedición de bonos del gobierno, manejados sobre una esfera del portafolio gubernamental” (Davila Vinueza, 2017, pág. 605). Esta normatividad general sobre vigencias futuras se adiciona a las particularidades de la Ley de APP.

Control: cuando hay prestación directa del servicio, los controles recaen sobre la entidad, y, especialmente sobre los servidores públicos que desempeñen tareas encaminadas a la prestación de un servicio público; estos son internos y externos. Internos cuando se realiza por la misma entidad o por la cabeza del sector administrativo al cual pertenece¹¹¹. Se persigue el buen desempeño en la tarea encomendada, orientada por el deseo ciudadano y la satisfacción del interés público con el servicio público que se presta, de una manera eficiente, atendiendo a los principios de la función administrativa¹¹². De este control interno se pueden desprender sanciones disciplinarias a los servidores públicos que no cumplan con su labor, que tengan directa subordinación con la entidad.

Externo en cuanto que, si hay mérito, pueden iniciarse investigaciones disciplinarias y fiscales por parte de las autoridades competentes, las cuales, podrán sancionar a los servidores públicos que presten el servicio de manera defectuosa, sin atender a los principios de la función administrativa. Ello de conformidad con las leyes correspondientes¹¹³ que facultan este ejercicio de control sobre el

¹⁰⁹ Artículo 23, Ley 1150 de 2007.

¹¹⁰ Artículo 71, Decreto 111 de 1996.

¹¹¹ Así el control administrativo puede ser ejercido dentro de la misma entidad, o desde la cabeza del sector administrativo al cual pertenece en virtud del artículo 104 de la ley 489 de 1998 el cual afirma que: “*El control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los ministros y directores de los departamentos administrativos se orientará a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente Ley y de conformidad con los planes y programas adoptados.*”

¹¹² Principios establecidos en el Artículo 209 Constitucional, y en el Artículo 3 de la Ley 489 de 1998.

¹¹³ En tratándose del control disciplinario se hace remisión por regla general a la ley 1952 de 2019. Respecto del control fiscal corresponde la aplicación de la leyes 042 del 93 y 610 del 2000.

servidor público en procura de la buena prestación del servicio público. De igual manera, se presenta otra clase de control externo en tratándose del control de policía administrativa que se ejerza por el ejercicio de actividades determinadas en donde la entidad, y el servidor público, por una inadecuada prestación del servicio, puede verse sancionado¹¹⁴. La aplicación de ésta última clase de control dependerá de la inspección, vigilancia y control de la actividad que se desarrolle con el servicio público que presta la entidad directamente.

Cuando existe un contrato como instrumento para prestar el servicio público, utilizando la contratación tradicional, pueden acaecer varios tipos de controles, a saber: fiscal, disciplinario, y contractual sobre el contratista que realiza mal la actividad encomendada que permite la prestación del servicio público.

Con el control fiscal en la contratación tradicional se busca el examen de la efectividad en la gestión de los recursos públicos que han sido conferidos para la ejecución de ese contrato, de tal manera que los sujetos vigilados cumplan los objetivos propuestos en un periodo determinado (Davila Vinueza, 2017, pág. 784 y 785). Este control se da en dos momentos: 1) al perfeccionarse el contrato, donde se aplica un sistema de control de legalidad y de gestión; y, 2) al terminarse y liquidarse, tiempo en el cual se aplican los sistemas de control financiero, de gestión, de resultados y de legalidad (Davila Vinueza, 2017, pág. 787).

Hay que mencionar que son sujetos vigilados por el control fiscal tanto la entidad, como los particulares que en ejecución del contrato administren recursos públicos. Los recursos dejarán de ser públicos cuando se entreguen al particular como contraprestación por una labor realizada en el marco del contrato. Continuarán siendo públicos cuando se trate de un anticipo, o de dinero de titularidad de la entidad que deba ser devuelto a la entidad a pesar de que se guarden, e incluso se administren por el privado; como en el caso de recaudo de dineros provenientes de un peaje que deban ser posteriormente entregados a la entidad.

El control disciplinario, en el ámbito de la contratación tradicional, aplica para los servidores públicos que incumplan sus deberes respecto del contrato y en su fase preliminar. No aplica para los

¹¹⁴ Ejemplo de ello podría ser la sanción que imponga el Ministerio de Educación Nacional a una institución de educación básica pública por el mal manejo de recursos o la inadecuada prestación del servicio público.

contratistas, salvo los interventores, habida cuenta que éstos no ejercen servicio público ni un poder público, salvo que administren recursos públicos¹¹⁵.

El control contractual tiene plena manifestación en la contratación tradicional y en las APP, en estas se exige la existencia de un supervisor del contrato, así como la ley establece los casos en los cuales debe existir un interventor, los cuales velarán su correcto desarrollo, so pena de ser acreedores de sanciones disciplinarias. De ellos depende el buen funcionamiento del contrato, pues son las personas que vigilan el contrato de primera mano y deben informar a las partes, especialmente a la entidad, de irregularidades o inconvenientes en la ejecución del contrato, procurando la satisfacción de la necesidad específica que presenta la entidad en el negocio referido.

Acercas del control de policía administrativa, como se dijo previamente, esta clase de control se ejercerá sobre quien preste el servicio, es decir, la entidad.

3.4.2.3 Privatización

Flexibilidad: la regulación normativa del servicio público que presta el particular bajo la modalidad de privatización se regirá principalmente por las normas de derecho privado en el desenvolvimiento de la actividad. Sin embargo, si la actividad se desarrolla en un sector regulado, como ocurre con los servicios públicos por definición, será aplicable el derecho público en virtud del poder de intervención del Estado sobre la economía, la cual es realizada por un detentor de autoridad pública que interviene en una relación económica, utilizando prerrogativas de poder público, con el fin de instituir reglas exorbitantes al derecho común que buscan dar una nueva orientación a las relaciones económicas en favor del interés público (Vlachos, 2001, pág. 1).

En virtud de lo anterior, la flexibilidad dependerá de las reglas propias del derecho privado, siempre bajo el margen de maniobra que permita el marco de regulación del servicio público. Por ejemplo, se podrán realizar transformaciones empresariales de entidades bancarias siempre y cuando se cumplan con los montos mínimos de capital del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con la autorización

¹¹⁵ La entidad cuando realiza contratación tradicional para la facilitar, o conseguir lo necesario para prestar el servicio público de su competencia, no encomienda al contratista la prestación directa del servicio, solamente encomienda la realización de una tarea específica. Incluso cuando se trate de proveer servicios, la tarea a realizar por el contratista no requiere, por regla general, la utilización ni la conferencia de poderes públicos. Ejemplo de ello, es que un revisor fiscal no es investido de poderes públicos, que obliguen a someterse a su voluntad, cuando audita a una entidad; así como tampoco lo es el que realiza una asesoría jurídica a la entidad.

de concentraciones empresariales correspondientes, y demás disposiciones normativas que regulan los servicios financieros.

Se tiene mayor flexibilidad en la privatización que en la prestación directa, ya que por regla general es el derecho privado y la autonomía de la voluntad privada¹¹⁶ la que regula la actividad, sin perjuicio de que existan regulaciones de derecho público que regulen ciertas disposiciones¹¹⁷. En el mismo sentido, no requiere transformaciones institucionales dentro del organigrama del Estado como puede ocurrir con la prestación directa, sino que bastará con el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y de las correspondientes autorizaciones administrativas, para transformar las instituciones prestadoras del servicio.

Asignación de riesgos: una de las ventajas principales de la privatización consiste en la transferencia de la mayoría de riesgos del sector público al privado. Trasladando los riesgos técnicos asociados al desarrollo mismo de la actividad, en cuanto que, el inversor privado asume la carga de contar con la tecnología adecuada y llevar una correcta operación en la prestación del servicio, pues de ello depende su éxito, en especial si se encuentra en condiciones de competencia. Sin embargo, dentro de los riesgos técnicos, la construcción de la infraestructura necesaria puede ser compartida, ya que muchas veces se requiere de unos bienes públicos básicos para que sea viable la inversión privada¹¹⁸. En sentido contrario, esto puede constituir una desventaja cuando el particular no tenga la capacidad de asumir dichos riesgos, generando un servicio defectuoso o, simplemente, el fracaso de la actividad.

Los riesgos financieros son asumidos por el privado, salvo si existen subsidios públicos de alguna naturaleza para fomentar la actividad (Vlachos, 2001, pág. 100). Los contractuales de la fuerza mayor, de seguros y de garantías, son asumidos por el privado quien incurre en las inversiones necesarias para llevar a cabo la actividad, teniendo en consideración la tasa de retorno. Sin embargo, el riesgo regulatorio es asumido generalmente por el Estado, ya que cuando un cambio de regulación genere un deterioro patrimonial injusto en quien realiza la actividad, o lo prive de ejercer ésta de manera injusta, será el regulador el que deba asumir los daños que se generan con su acción desmedida (Rodríguez Bajón, 2012, pág. 201).

¹¹⁶ La autonomía privada se entiende como la libertad del particular, de estructurar sus relaciones jurídicas privadas de forma libre y bajo su propia responsabilidad. En cambio, la autonomía de la voluntad de la administración pública es una facultad reglada por la Constitución y la Ley, subordinada a los fines y principios del Estado. (Murriel, 2011, pág 30 y 31).

¹¹⁷ Muchas veces las regulaciones son tan extensas y/o profundas, que convierten al derecho público en la regla general y la aplicación del derecho privado en la excepción.

¹¹⁸ Como lo pueden ser las carreteras o aeropuertos para el transporte masivo de pasajeros, o las redes de internet para los servicios financieros.

Finalmente, los riesgos contractuales, también son asumidos por el privado, salvo que se asegure por parte de la entidad cedente condiciones de monopolio que hayan sido esenciales o móvil para que el privado aceptara la cesión de esa tarea estatal específica; caso en el cual el riesgo podrá ser compartido o asumido por la entidad, dependiendo de las condiciones de la cesión.

Financiamiento: una de las finalidades principales de la privatización es aligerar las cargas fiscales del Estado, por lo que se traspasa la actividad al sector privado que puede realizar la tarea de manera más eficiente y sobre todo, a su nombre y cuenta (Vergés, 2010, pág. 18 a 20), pero en interés estatal. Sin embargo, habida cuenta de la importancia de la continuidad y calidad del servicio público, existen múltiples maneras para financiar los servicios, cuando sean prestados por los particulares. Así, los recursos que les dan viabilidad pueden surgir tanto del músculo financiero privado, como de recursos públicos, a través de contribuciones¹¹⁹, o impuestos específicos¹²⁰. Sin embargo, ello debería ser excepcional, pues se busca aligerar las cargas fiscales con la privatización.

Control:

Control fiscal: dependerá del manejo de recursos públicos en la prestación del servicio. Si bien se dijo que la privatización consiste en la prestación del servicio por parte del particular a nombre y cuenta propia, no es extraña la posibilidad de que el privado maneje o reciba recursos públicos como pago por realizar la actividad, o como simple custodio de recursos en un momento dado¹²¹.

En el primero de los casos, el particular podrá ser recaudador o administrador de los mismos, por lo que debe responder como gestor fiscal por su buena destinación, así ocurre por ejemplo con recursos de la seguridad social, y demás recursos fiscales y parafiscales que dan viabilidad financiera al servicio público, sin dejar de ser un servicio prestado por privados a propio su nombre ¹²².

¹¹⁹ Ejemplos de ello se dan en el servicio público de registro mercantil que lleva la cámara de comercio que se financia a través de las contribuciones que efectúan los comerciantes inscritos y personas que se benefician del servicio público de registro; o en el servicio de salud, que se financia en gran medida con los aportes de los contribuyentes.

¹²⁰ Ejemplo de ello se da con el gravamen a los movimientos financieros (artículo 870 y ss, Estatuto Tributario), mejor conocido como 4x1000 el cual tenía como finalidad original brindar solvencia a las instituciones financieras.

¹²¹ Ello puede ocurrir cuando un banco comercial ejerce las funciones de recaudo para la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales. Estos son recursos que, desde que se reciben hasta que se transfieren, no pierden su titularidad estatal.

¹²² “Dada la naturaleza excepcional de los recursos parafiscales, cuando el Congreso crea una renta de carácter parafiscal, debe señalar su régimen, lo cual implica que regule su administración, recaudo e inversión, tanto más, que su excepcionalidad no las despoja de su naturaleza pública, por lo que es perfectamente válido que el legislador al expedir la ley que las establece determine con todo detalle las condiciones, modalidades y peculiaridades de esa administración de recursos públicos por parte de los particulares” (Corte Constitucional, Sentencia C-032 del 24 de febrero de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

En el segundo de los casos, es decir, cuando se ha establecido que el servicio es pagado por recursos públicos a pesar de que sea impulsado originalmente por recursos privados, el pago realizado por el Estado no da lugar a control fiscal, pues se entiende que, al momento de realizar el pago por el servicio prestado, se convierten en propios del privado que prestó el servicio.

Control disciplinario: hay que diferenciar dos criterios básicos que permiten conocer su alcance. El primero es ejercer una tarea estatal, el segundo es manejar recursos públicos en la prestación del servicio.

Según el primer criterio, sólo podrán ser disciplinables los particulares que presten servicios públicos mediante el ejercicio de poderes públicos (Ej: cámaras de comercio, notarios). Por otra parte, cuando converge el servicio a nombre y cuenta del particular, no habría lugar a control disciplinario por expresa disposición legal, salvo que se ejerza una tarea exclusivamente estatal¹²³. Según el segundo criterio, el manejo de recursos públicos no es una constante en la privatización, por lo que se deberá a analizar cada caso¹²⁴.

Así las cosas, se presentan tres escenarios: 1) el particular que presta el servicio público a su nombre y cuenta, pero que realiza una tarea estatal ejerciendo prerrogativas públicas, allí habrá control disciplinario por la naturaleza de la tarea; 2) cuando el particular presta el servicio a su nombre con recursos públicos, pero sin ejercer función estatal, allí habrá control disciplinario por financiarse con recursos públicos; 3) finalmente el particular que presta el servicio ejerciendo una tarea estatal, con prerrogativas y mediante recursos públicos, como es el caso de las cámaras de comercio¹²⁵ en la actividad de registro mercantil, allí, habrá control disciplinario por ambos criterios. En virtud de lo anterior, se podrá concluir que siempre que haya lugar a control fiscal, habrá control disciplinario.

Control contractual: habida cuenta que la transferencia permanente de tareas estatales a los particulares se hace por vía normativa (principalmente por vía legal), no existe la posibilidad de que acaezca este tipo de control en la privatización.

¹²³ Artículo 70, Ley 1952 de 2019.

¹²⁴ Por ejemplo, al piloto comercial que limita la libertad de un tripulante que atente contra la seguridad del vuelo, no le paga su salario el Estado, sino la compañía aérea privada que le confía el manejo de sus aviones.

¹²⁵ “Los ingresos generados por la tasa son dineros fiscales que, bajo la administración y custodia de las Cámaras de Comercio, “se traducen en la generación y conformación de fondos públicos”, como ha sostenido la Corte Constitucional y, por consiguiente, sólo son susceptibles del manejo que expresamente haya autorizado la ley.” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Sala de Consulta C.E. 2025 del 8 de septiembre 2011. C.P. Augusto Hernández Becerra). Adicionalmente, los actos administrativos que pudieren expedir en ejercicio de esa función son manifestación de poder público.

Control de policía administrativa: finalmente, este control siempre estará presente en la privatización, ya que es una de las principales herramientas del Estado como regulador, director y controlador del servicio en cada una de las modalidades de prestación. Este tipo de control no se limita por quién presta el servicio o el origen de los recursos, sino que se fundamenta en la existencia de un servicio público que, por ser tal, demanda un mínimo de orden en su actividad. Muestra de ello es que, en el servicio de educación superior, la inspección vigilancia y control se ejerce sobre las instituciones de educación superior, sin perjuicio de ser ellas públicas o privadas¹²⁶.

En síntesis, ¿cómo se diferencian estas tres figuras?: Las APP se diferencian de la contratación pública tradicional¹²⁷ en cuanto que son contratos a largo plazo, el sector privado asume una mayor cantidad de riesgos, el costo inicial del proyecto muchas veces es asumido por el privado y se amortiza a largo plazo, la fuente de financiación puede ser de capital público o privado¹²⁸, la retribución del contratista depende de la calidad y utilidad del servicio, el contrato es a largo plazo, y la iniciativa del proyecto no depende únicamente de la entidad estatal. Sin embargo, le son aplicables la mayoría de las disposiciones de la Prestación Directa con Contratación Pública Tradicional en lo referente a flexibilidad y control.

Por otra parte, son distintas de la privatización en cuanto que el servicio se sigue prestando a nombre del Estado, la financiación puede ser pública o privada, la actividad se rige principalmente por derecho público en lo precontractual y por derecho privado en lo contractual, existe un mayor grado de control fiscal, disciplinario y contractual sobre dicho esquema, permite una asignación de riesgos más equitativa según las capacidades de las partes, y no implica una cesión permanente de la tarea estatal.

Así las cosas, las APP se constituyen en una tercera vía o punto intermedio entre la contratación pública tradicional y la privatización, pues la provisión del servicio no la impulsa el mercado ni el gobierno de manera exclusiva, sino que se hace utilizando capacidades de ambos (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 44).

De estas forma, las APP se consolidan como el esquema que permite una mejor asignación de riesgos ya que además de contar con las herramientas de la Contratación Pública Tradicional (contrato de seguro, garantías, prerrogativas especiales etc...), permite que se repartan entre el privado y la entidad

¹²⁶ Ley 30 de 1992, Artículos 31 y 33.

¹²⁷ Se distancia de la prestación directa del servicio en virtud de que la participación de los privados se ve limitada sobre ciertas funciones estatales básicas por lo que hay funciones fuera de su alcance, limitación que no ocurre con la prestación directa pues es una entidad estatal la que realiza esa función indelegable.

¹²⁸ En la contratación pública tradicional la financiación es eminentemente pública.

estatal los riesgos del proyecto según quien tenga las mejores condiciones para mitigarlo, mientras que, en la Privatización, es el particular quien asume casi la totalidad de los riesgos.

En lo referente al financiamiento, las APP se consolidan como la herramienta más sólida para adelantar proyectos, ya que no solo puede contar con recursos provenientes del sector público, sino en gran medida del sector privado; por su parte la Contratación Pública Tradicional y la Privatización cuentan, por regla general, únicamente con recursos públicos o privados, respectivamente. Finalmente, la Contratación Pública Tradicional y la Prestación Directa permiten el mayor grado de control estatal del servicio, sin perjuicio de que las APP también permitan un elevado grado de control estatal, especialmente el control contractual, que es el más directo y cercano, ya que es ejercido por la misma entidad contratante.

3.4.3. Criterios Adicionales Provenientes de la Doctrina: el éxito de las APP puede condicionar que en futuras ocasiones se opte por este esquema para la prestación de Servicios Públicos sobre la Prestación Directa, o la Privatización, lo cual, de no ser exitoso, generaría un desperdicio de la figura. Por ello, se han realizado varios estudios en países en desarrollo que, con base en elementos organizacionales, políticos, económicos, sociales, tecnológicos y de administración, han determinado que las principales variables de éxito en los proyectos de APP, de mayor a menor importancia son: una adecuada asignación de riesgos, un buen ambiente macroeconómico, y la correcta identificación del proyecto (Osei-Kyei & Chan, 2019, pág. 14 y 15).

La primera variable hace referencia a una correcta identificación, tipificación y asignación de los riesgos en cada proyecto, que deberán ser asignados a quién tenga una mayor capacidad para mitigarlos, de conformidad como lo establece la Ley 1508¹²⁹. La segunda variable, es producto de indicadores como buenas políticas macroeconómicas, bajas tasas de inflación¹³⁰, así como estabilidad monetaria y cambiaria, factores clave para las inversiones de largo plazo en general. La tercera dependerá de una fuerte racionalidad técnica y económica del proyecto que genere retorno en la inversión (Osei-Kyei & Chan, 2019), es decir, identificar de manera adecuada la necesidad que se busca satisfacer y los mejores medios para resolverla.

En ese sentido, se ha dicho que las APP son más eficientes que la Contratación Pública Tradicional la Prestación Directa y la Privatización gracias a tres elementos: son proyectos a largo plazo que requieren de una planeación integral; los privados manejan de manera temporal los activos del

¹²⁹ Artículo 4, Ley 1508 de 2012.

¹³⁰ Este elemento cobra vital importancia por la naturaleza a largo plazo de las APP.

proyecto; y, se da una repartición de los riesgos entre el socio privado y el público (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008, pág. 49).

Así las cosas, es más eficiente una APP que un Contrato Público Tradicional o que Privatizar un Servicio Público cuando lo que se busca es minimizar los costos en la prestación del servicio, manteniendo ciertos estándares de calidad durante un periodo específico. También lo es cuando, el cobro a los usuarios de un servicio en condiciones monopólicas no puede ser tan elevado como ocurriría en una Privatización o tan alejados del costo marginal como ocurre generalmente con la Prestación Directa del servicio. Igualmente, puede ser más eficiente si se busca mantener los costos de una actividad en un periodo de tiempo determinado (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008, pág. 48 y 49).

En el sentido contrario, si lo que se busca es el mantenimiento de los costos por un periodo indefinido, o las continuas inversiones en el mejoramiento de la infraestructura asociada al servicio, se ha dicho que la Privatización es una mejor opción por no contar con la atadura contractual, ni tener una fecha de terminación determinada. De igual manera, si lo que se busca es la calidad del servicio y los estándares no pueden determinarse con certeza en el largo plazo, la Prestación Directa del Servicio será la mejor opción, habida cuenta de que no se busca reducir costos de manera permanente como ocurre los esquemas donde participa el sector privado.

En consecuencia, las APP tienen cuatro potencialidades, desde el punto de vista de la eficiencia: Primero, evitan la realización de proyectos con valor social negativo (Elefantes Blancos), ya que no se tendría retorno de la inversión o éste sería demasiado bajo, ahuyentando a los contratistas privados del proyecto (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008, pág. 4). Segundo, permite reducir los costos en la prestación del servicio, ya que, en la fase precontractual hace uso de mecanismos competitivos para la selección del contratista; mientras que en la fase contractual permite condicionar la remuneración del contratista a la reducción de costos marginales para incrementar el margen de retorno y reduce las posibilidades de adición y prórroga a menos de lo que es otorgado en la Contratación Pública Tradicional.

Tercero, permite realizar grandes inversiones y mejoras en los servicios públicos, así como mejorar el mantenimiento de la infraestructura asociada a los mismos, sin comprometer grandes proporciones del presupuesto estatal, difiriendo su pago en términos de hasta 30 años, lo que permite la liberación de recursos para otras actividades con un mayor atractivo político, o rentabilidad social. En consecuencia, se recomienda que si la demanda del servicio es baja la APP dure el mayor tiempo que

sea posible, mientras que si la demanda es alta el plazo debe ser variable dependiendo de la remuneración que obtenga el contratista (Engel, Fisher, & Galetovic, 2008). Finalmente, este esquema permite articular dos intereses que casi siempre conflictúan. Por un lado, permite aliviar las cargas presupuestales, reducir costos, y realizar significativas inversiones de capital en la prestación de servicios públicos, mientras que, permite al Estado en un primer plano, vía control contractual, guiar el desarrollo del servicio hacia las necesidades colectivas requeridas.

En síntesis, cuando el objetivo del proyecto es minimizar los costos en la prestación del servicio público, manteniendo ciertos estándares de calidad determinados por un periodo específico, sin aumentar drásticamente las tarifas cobradas a los usuarios, las APP serán más eficientes que los demás esquemas de prestación de servicios públicos domiciliarios en virtud de su capacidad para asignar riesgos de manera más precisa, conseguir fuentes de financiamiento diversas, mientras el Estado, mediante un control más directo (como el contractual), guía al contratista, hacia la consecución del fin colectivo anhelado.

Por el contrario, cuando lo que se prefiera la calidad del servicio sobre su sostenibilidad financiera, o se trate de un servicio que no puede determinar estándares de calidad en el largo plazo, será más conveniente la Contratación Pública Tradicional o la Prestación directa del servicio, ya que cuenta no está atada a contratos al largo plazo, ni depende de fuentes de financiación ajenas¹³¹.

Finalmente, si lo que se busca es minimizar los costos del servicio indefinidamente, o se tienen condiciones en las cuales el Servicio Público no puede ser prestado por el Estado ni puede renegociarse los contratos necesarios para su realización, lo más conveniente será la privatización.

4. EJEMPLOS DE APP PARA PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS

Con el ánimo de esclarecer aún más este esquema y concretar su aplicación, se presentarán, de manera resumida¹³², dos ejemplos de la potencial puesta en práctica de las APP para prestar Servicios Públicos que, por sus limitaciones específicas, resultan ser muy ilustrativos sobre el alcance y dinámica de la figura.

¹³¹ El mejor ejemplo de dicha situación es el servicio de defensa exterior, ya que siempre debe optar por tener los equipos más recientes, la mejor capacitación humana e incrementar su capacidad progresivamente sin perjuicio de los costos asociados, que, por cierto, sufren del problema de la demanda inelástica de las armas, lo cual dificulta disminuir los costos.

¹³² Ello teniendo presente que el desarrollo a profundidad de los ejemplos planteados en el caso colombiano requeriría de un estudio de diversa índole y extensión.

4.1 APP para el Servicio Tributario: para conocer cómo podrían funcionar las APP en la prestación de este servicio se tomará una noción del mismo, se explicará el tipo de función que desarrolla, se determinarán las limitaciones específicas a los para prestar este servicio particular, se propondrá como podría ser la remuneración del contratista, y se mencionará su pertinencia con base en su eficiencia mediante APP.

Noción y Naturaleza de la Función: el servicio tributario tiene como finalidad el recaudo de ingresos fiscales de especie tributaria cuyo objetivo es la viabilidad financiera de la actividad estatal (Bravo Arteaga, 2012, pág. 110)¹³³, consagrándose como el principal fundamento financiero de los demás servicios públicos. Este desarrolla la función fiscal en su componente de ingreso, función estatal básica¹³⁴ que, es a su vez función administrativa y redistributiva del ingreso. Este servicio público no comprende la determinación de tributos por cuanto que ello corresponde a la función legislativa en virtud del principio de legalidad¹³⁵ y del sub-principio de no tributación sin representación (Corte Constitucional, 2010). El servicio tributario comprende las actividades de fiscalización, cobro, recaudo, determinación, liquidación y administración de tributos.

Limitaciones particulares: La participación de los privados en el servicio tributario se ha permitido hasta ahora en las actividades de recaudo y cobro de impuestos, retenciones, sanciones e intereses, así como en la recepción de declaraciones tributarias¹³⁶. Sin embargo, se ha dado por la imposición de una obligación tributaria formal a ciertas entidades financieras, no por acuerdo.

Ahora bien, existen dos limitaciones principales a la participación de los privados en este servicio mediante APP, ellas son: 1) limitaciones genéricas aplicables a todas las APP; y, 2) limitaciones establecidas a la participación de los particulares en el servicio tributario.

Dentro de las primeras se encuentran las propias de la Ley 1508 que ya han sido explicadas y las externas e internas dadas por la naturaleza del esquema¹³⁷ en relación con la función tributaria. De

¹³³ Los tributos son obligaciones de carácter pecuniario a favor del Estado que se surgen del poder tributario que este ostenta.

¹³⁴ Artículo 363 constitucional.

¹³⁵ Numeral 12, Artículo 150, Constitución Política.

¹³⁶ Ello en virtud del Artículo 801 del Estatuto Tributario que establece: “*En desarrollo de lo dispuesto en el Artículo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalará los bancos y demás entidades especializadas, que cumpliendo con los requisitos exigidos, están autorizados para recaudar y cobrar impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses, y para recibir declaraciones tributarias*”.

¹³⁷ 1) No se pueden ceder funciones estatales de contenido político o gubernamental. 2) Tampoco de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas. 3) Ni tareas “exclusivas” de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública relativas al orden público. 4) De igual manera no se podrán ceder o permitir por vía de acto o convenio la participación de particulares en funciones

tal forma que, los particulares no podrán administrar o fiscalizar, los recursos tributarios recaudados pues vaciaría la competencia de las entidades encargadas de esta tarea a nivel nacional o territorial¹³⁸. En el mismo sentido, tampoco podrán hacer liquidaciones oficiales, devolver dinero, ni imponer sanciones a los contribuyentes.

Respecto de las segundas, el artículo primero de la Ley 1386 de 2010 establece unas prohibiciones específicas para los fiscos a nivel territorial que se exponen a continuación: “*No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados*”.

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha establecido que el procedimiento de recaudo tributario se desprende de la potestad reglamentaria, no puede ser determinado en sus bases por el contrato, ni mucho menos por el particular (Corte Constitucional, 2016).

Varios autores consideran estas prohibiciones como una gran barrera para las APP en el servicio tributario (Barreto Cifuentes, 2016, pág. 59). Sin embargo, como se pone de presente en la primera prohibición, esta aplica únicamente para entidades territoriales, y no aplica para las actividades de recaudo, ni de recepción de declaraciones¹³⁹, las cuales podrán ser desarrolladas por vía de APP en apoyo a los fiscos territoriales. Las limitaciones jurisprudenciales no hayan dicho límite de aplicación.

Así las cosas, los particulares podrían desarrollar el servicio público tributario mediante APP en lo referente a actividades de recaudo, cobro, y recepción de declaraciones; no lo podrán hacer respecto de liquidación, sanciones, determinación de obligaciones tributarias, o de administración o fiscalización de recursos tributarios.

Remuneración: Como se pone de manifiesto, la modalidad adecuada de APP para desarrollar estas actividades dentro del servicio referido es la de contratos de prestación de servicios, en donde el particular podrá prestar sus servicios especializados para realizar recepciones de declaraciones,

públicas que nunca hayan estado en cabeza de un ente público, como es el caso de los notarios y las cámaras de comercio, pues están requerirán de norma constitucional o legal expresa. 5) Finalmente, las entidades no pueden ceder su tarea al particular generando un vacío de contenido en sus competencias.

¹³⁸ A nivel nacional sería la UAE- Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), y a nivel territorial generalmente se trata de las secretarías de hacienda, generalmente.

¹³⁹ Artículo 1, Ley 1386 de 2010: “*La recepción de las declaraciones así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados*”.

recaudo o cobro de obligaciones tributarias¹⁴⁰. Así, la remuneración del particular dependerá del contrato de APP específico que se celebre bajo esta modalidad. Sin embargo, se podrían proponer tres modalidades de remuneración: 1) un pago fijo único o periódico por los servicios prestados y la duración de la gestión; 2) un pago proporcional a la cantidad de recursos recaudados; 3) la autorización de aprovechar los recursos en virtud de la fungibilidad del dinero, con la condición de que se transfiera en su totalidad el monto recaudado a la administración.

Cabe resaltar que a finales del periodo fiscal pasado¹⁴¹, la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales identificó 280.000 morosos, cuyas deudas suman un total de 5,7 billones de pesos colombianos, menos de la mitad de lo que dicha entidad del orden nacional tiene en cartera, que asciende a la suma de 14 billones de pesos colombianos (Revista Dinero, 2018). Dicha suma representa 14 veces los del Departamento del Atlántico durante el mismo periodo fiscal (Gobernación del Atlántico, 2018), lo que pone de presente la magnitud de la acreencia.

En virtud de dicho panorama se puede decir, que la remuneración puede crear grandes incentivos para alinear los intereses del particular que realiza la gestión de cobro, o recaudo y la administración como titular del servicio tributario, en especial en las dos últimas modalidades. Ahora bien, estas no son las únicas formas posibles de remunerar al contratista por la prestación de estos servicios, pero podrían ser algunas de las más convenientes por la naturaleza de la actividad.

Por su parte el privado promoverá mediante los medios que la actividad indique, el recaudo tributario. En ese sentido, podrá facilitar modalidades de pago de los mismos, realizar actividades de publicidad sobre facilidades de pago o adelantar procesos de cobro de obligaciones tributarias, entre otras actividades que incentiven la adecuada prestación del servicio tributario, que indudablemente se deberá traducir en mayor recaudo como indicador de mejoría. Los contratistas podrían ser empresas de profesionales especializados en temas tributarios y de recaudo de cartera tales como oficinas de abogados, de contadores y afines.

¹⁴⁰ La recepción de declaraciones y recaudo tributario actualmente es realizada en gran medida por instituciones financieras (Artículo 801 del Estatuto Tributario Nacional), las cuales no solo son facilitadoras de la administración de impuestos, sino que se benefician del efecto multiplicador bancario en virtud de la fungibilidad del dinero que se produce entre la recepción de estos dineros por parte del público y el traslado de los recursos a la administración. Sin embargo, hoy en día esa relación se da en virtud de una obligación tributaria impuesta por el Estatuto Tributario Nacional, con las APP se podría incentivar más al privado para mejorar sus servicios que facilitan dicho recaudo y a la vez ejercer un mayor control sobre la actividad con controles que recaen sobre las APP que son mayores a los de una simple obligación tributaria.

¹⁴¹ Periodo 2018.

Pertinencia: la pertinencia de la APP para el servicio tributario, especialmente en lo referente a actividades de recaudo, cobro, y recepción de declaraciones está dada porque este es un servicio donde no se requieren estándares de calidad determinados, sino una gestión efectiva en recaudo de recursos mediante la disminución en los costos en las actividades de cobro y recaudo. Adicionalmente, el respaldo y la experticia de las firmas especializadas en materia tributaria y de recobro de cartera pueden aligerar, no sólo la carga presupuestaria, sino liberar a los funcionarios de la administración tributaria para realizar de manera más eficiente sus tareas mediante la concentración de sus actividades, disminuyendo los costos del recobro de cartera y de fiscalización de los morosos para iniciar los procesos de cobro.

La principal muestra de como el servicio tributario ha disminuido sus costos en materia de recaudo gracias a la participación de los privados en el recaudo está dada por la actividad de recepción de declaraciones y pagos que hacen los establecimientos bancarios a nivel nacional. Si la administración tributaria, nacional o territorial, asumiera por si misma la actividad de recaudo y recepción de pagos por obligaciones tributarias, sin duda se violaría el principio de comodidad y se incentivaría la elusión y evasión fiscal.

Se considera que el éxito que ha dado la participación de los establecimientos bancarios privados en las tareas de recepción de declaraciones y pago de obligaciones tributarias, mejorando el servicio mientras atiende a los principios de efectividad y comodidad, se puede ver replicado en la participación de particulares especializados en materia de cobro, lo cual tiene un enorme potencial de incrementar el recaudo tributario y la efectividad del servicio.

En conclusión, las APP pueden ser un instrumento virtuoso para mejorar el servicio tributario en cuanto a recaudo, recepción de declaraciones y cobro de obligaciones tributarias tanto a nivel nacional como territorial. Ello significaría la cesión de una tarea estatal mediante un acuerdo contractual que permitiría aprovechar la experticia o facilidades de infraestructura que tenga el particular para incrementar los ingresos fiscales, además de permitir un control contractual directo del recaudo efectuado por el particular en colaboración con la administración.

4.2. APP para el Servicio Penitenciario: para explicar las APP en esta clase de servicio público, se tomará una noción del mismo, se explicará la naturaleza de la función que desarrolla, el estado de la cuestión en Colombia, se determinarán las limitaciones particulares de las APP para prestar este servicio particular, se propondrá como podría ser la remuneración del contratista y aspectos operativos del servicio, para finalmente exponer su pertinencia con base en la eficiencia.

Noción y Naturaleza de la Función: el servicio carcelario busca satisfacer dos tipos de necesidades colectivas principales, la reinserción social de las personas condenadas y mantener el orden público en sus componentes de seguridad y tranquilidad. Desarrolla la función penitenciaria, que es una función estatal básica y una función administrativa. La responsabilidad directa de su prestación está en cabeza de la UAE-Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) que está adscrita al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) que tiene a su cargo la función penitenciaria y la dirección del servicio carcelario.

Estado de las APP para Servicios Penitenciarios: Las APP para servicios penitenciarios en el mundo han distinguido cinco fases de avance según Angélica M. Pardo: la primera comprende servicios de apoyo al servicio, consistentes en servicios de alimentación, salud, programas específicos de rehabilitación, transporte y escolta; la segunda añade el diseño y construcción de nuevos centros penitenciarios; la tercera es la ejecución de esas obras con capital privado; la cuarta le suma la administración (vigilancia, guardia y gestión de las actividades de reinserción); finalmente la quinta significa la delegación a los privados del diseño de la política carcelaria (Pardo, 2017). Colombia se ubica en la tercera fase como denotan sus limitaciones, ya que se excluyen las actividades de administración de manera expresa¹⁴².

Actualmente en el RUAPP¹⁴³ figuran cuatro iniciativas para desarrollar servicios carcelarios en etapa de Prefactibilidad, dos de ellas comprende la construcción de nueva infraestructura física para centros penitenciarios, solo una de éstas incluye el mantenimiento, operación y actividades de apoyo a la gestión de los servicios penitenciarios. Las otras dos, tienen por objeto el mejoramiento de servicios de apoyo a la guardia y vigilancia de los centros de reclusión realizados por el INPEC, en lo referente al bloqueo de señales de telefonía móvil.

Limitaciones: las APP para prestar servicios carcelarios están autorizadas de manera expresa por el Artículo 90 de la Ley 1709 de 2014 en el siguiente sentido: “*La construcción, mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de otros servicios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) o de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) podrá desarrollarse mediante el esquema de asociación público privado*”.

¹⁴² Artículo 90, Ley 1709 de 2014.

¹⁴³ Consultado el 26 de marzo de 2019 a las 4:50 P.M.

Sin embargo, la misma norma establece que: “*Quedarán excluidos de la administración de este tipo de establecimientos la guardia y vigilancia que en todo caso estará a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y aquellas actividades relacionadas con la resocialización de las personas privadas de la libertad*”. Así las cosas, se ve como las actividades que podrán desarrollarse mediante APP, no son las nucleares de prestación del servicio penitenciario que consisten en la guardia, vigilancia y resocialización de los presos, en el mismo sentido tampoco comprenden la administración de los establecimientos carcelarios, y mucho menos pueden comprometer la política carcelaria. Simplemente serán actividades de apoyo a la infraestructura de los establecimientos carcelarios.

En virtud de lo expuesto, las modalidades de APP que podrían viabilizar la participación de los privados en estas actividades dentro del servicio penitenciario pueden ser los contratos de prestación de servicios, y las concesiones sin componente de administración de la infraestructura, por lo que se limitarán principalmente a actividades de apoyo al servicio¹⁴⁴, construcción de establecimientos, así como su conservación, mantenimiento y servicios de apoyo a las actividades de administración.

Estas prohibiciones a la colaboración de los particulares desconocen la realidad del servicio referido¹⁴⁵, donde la prestación directa por parte del INPEC es deficiente y se desconoce el potencial de los privados en la realización de actividades de resocialización y administración de centros penitenciarios (Monsalvo, 2013).

Remuneración: es necesario resaltar que en esta clase de servicio es muy difícil realizar un cobro al beneficiario directo del servicio, por lo que la retribución del contratista puede variar dependiendo de la actividad desarrollada. Una de las modalidades puede consistir en el pago de un valor determinado en función de la cantidad de presos a los que se le presta servicios por el número de días que dicha persona permanece privada de la libertad gozando del servicio (Pardo, 2017). Otra modalidad puede ser simplemente el pago único o diferido de un valor fijo por la labor contratada por parte del Estado. También puede darse la venta o intermediación en la venta de productos de factoría producidos por

¹⁴⁴ Como pueden ser proveer el servicio de limpieza, alimentación o sistemas informáticos de seguridad del centro carcelario.

¹⁴⁵ Según la Contraloría General de la República, la proliferación de sindicatos en el INPEC sumado al abuso de los derechos derivados de estas organizaciones por parte de sus miembros ha generado una prestación deficiente del servicio y un descuido en la seguridad de los centros penitenciarios. En consecuencia, la gestión y resultados del instituto tuvieron una calificación desfavorable por parte del ente de control fiscal que pone de manifiesto la deficiencia en las actividades de administración y resocialización a cargo del INPEC (Contraloría General de la República, 2016).

los reclusos. Finalmente pueden existir pagos provenientes de la explotación de servicios complementarios por parte del contratista (Carcamo, Mendoza, Pajares, & Vignolo, 2015, pág. 121)¹⁴⁶.

El contratista a cambio podrá prestar tres tipos de servicios: 1) de infraestructura; 2) de apoyo al servicio penitenciario; 3) complementarios¹⁴⁷. Los primeros comprenden actividades como:

“El diseño, la construcción y el mantenimiento de la infraestructura penitenciaria. La provisión y el mantenimiento de los equipos estándar; por ejemplo, colchones, frazadas, uniformes del personal penitenciario, antenas y equipos médicos, entre otros. La provisión y el mantenimiento de los equipos de seguridad interna y externa del recinto penitenciario; por ejemplo, chalecos anti- motines, varas, escudos, sistemas CCTV y radios, entre otros” (Carcamo, Mendoza, Pajares, & Vignolo, 2015, pág. 180).

Los segundos se orientan apoyar la gestión y satisfacer las necesidades básicas asociadas al servicio, como alimentación, salud, alojamiento y demás. Las terceras son actividades de mantenimiento y de servicios adicionales no directamente relacionados con la satisfacción o consecución del servicio penitenciario¹⁴⁸.

Si bien hay autores que consideran como negativas las APP para servicios penitenciarios por considerar que van en contra del respeto de los derechos de los reclusos o de la independencia de la política criminal (Pardo, 2017), otros consideran que este esquema es una valiosa herramienta para lograr una reinserción efectiva, disminuir el hacinamiento y aumentar el orden público (Carcamo, Mendoza, Pajares, & Vignolo, 2015).

Sin embargo, habida cuenta de las limitaciones establecidas para el caso colombiano, este esquema no podrá ser utilizado en todo su potencial en la realización de las actividades esenciales para el servicio penitenciario, solamente podrá serlo en servicios accesorios, desaprovechando la figura. Sin perjuicio de que dichas actividades puedan ser atractivas económicamente para el sector privado y causen beneficios al Estado en la gestión del servicio público penitenciario.

¹⁴⁶ “Se pueden ofrecer diversas fuentes de obtención de ingresos a través de los usuarios (reclusos o internos), o de los visitantes. Entre las opciones que se pueden considerar están tiendas de abasto, restaurantes, farmacia, servicios de telefonía, cajeros automáticos y el alquiler de estacionamientos, entre otros servicios” (Carcamo, Mendoza, Pajares, & Vignolo, 2015. Pág. 121).

¹⁴⁷ Ello según la categorización de: (Carcamo, Mendoza, Pajares, & Vignolo, 2015)Pg. 180.

¹⁴⁸ Podrían darse servicios de tiendas, guarda de objetos y demás a servidores penitenciarios, visitantes o reclusos.

Pertinencia: el Estado del servicio carcelario es deficiente, se tienen altas tasas de hacinamiento, poca reinserción y fallas serias de seguridad en los establecimientos carcelarios, siendo un servicio divergente con las necesidades que busca satisfacer, como lo son la reinserción de las personas condenadas y el mantenimiento del orden público en sus componentes de seguridad y tranquilidad (Contraloría General de la República, 2015).

Por su parte, la eficiencia de las APP para la realización de las actividades que puede realizar el privado como lo son la construcción, mantenimiento y dotación de la infraestructura penitenciaria buscan la reducción de costos con miras a ampliar la oferta de centros penitenciarios existente para disminuir el hacinamiento como bien lo establece el Conpes 3828 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2015), que determina la actual política carcelaria en el país, lo cual hace pertinente el esquema de APP pues este no sólo permite vincular capital privado y público, sino que favorece la disminución de costos mientras viabiliza inversiones de capital significativas.

Así las cosas, mientras la Prestación Directa del servicio ha demostrado ser deficiente, las APP se pueden ser una valiosa herramienta para mejorar la calidad del servicio y satisfacer las necesidades de reinserción, de seguridad y de tranquilidad, a pesar de las limitaciones impuestas por la Ley 1709 de 2014, que dificultan resolver el verdadero problema, una reinserción efectiva.

5. INTERROGANTES Y CONCLUSIONES

Como colofón de este ejercicio, es necesario responder los siguientes interrogantes sobre las APP en Colombia como esquema para la prestación de servicios públicos no domiciliarios:

¿Qué es un Servicio Público No Domiciliario?: son aquellos servicios que buscan satisfacer una necesidad colectiva que no se encuentran regulados por la Ley 142 de 1994, como pueden ser el servicio legislativo, judicial, de defensa exterior, de orden público, financiero, postal, de transporte público, entre otros. Estos pueden estar a cargo del Estado o de los particulares dependiendo de si existe una asignación legal o constitucional de competencias para el efecto. Sin embargo, siempre estarán bajo la dirección, regulación y control del Estado por tratarse de actividades de interés público en virtud del artículo 365 constitucional.

¿Cuál es su origen y evolución?: el concepto de servicio público nace en Francia en el entendido que era cualquier actividad de interés público administrada por el Estado de manera directa o indirecta. Su evolución está intrínsecamente ligada al alcance e las funciones estatales a lo largo de la historia,

en la actualidad existe una tendencia de disminuir los servicios que están a cargo del Estado sin perjuicio de que esté conserve su dirección, regulación y control mientras son prestados por los particulares.

¿Cuál es la utilidad de un Servicio Público no Domiciliario?: pueden ser catalogados como herramientas para la distribución del ingreso en una sociedad (Restrepo, 2015). Sin embargo, son un instrumento para la materialización del Estado Social de Derecho mediante las prestaciones que genera el servicio las cuales buscan satisfacer necesidades colectivas.

¿Qué es una Asociación Público Privada (APP)?: son acuerdos contractuales entre una entidad pública y un privado en virtud de los cuales se da una asignación de riesgos según la capacidad de mitigación de las partes, cuya finalidad es la prestación de un servicio público o la construcción de infraestructura con financiación total o parcial de capital privado. Donde la remuneración del contratista se condiciona a la utilidad del servicio prestado.

¿Cuál la utilidad de una APP ?: son un esquema contractual para prestar servicios públicos que desarrollen funciones estatales básicas, esperadas y adquiridas, todas ellas cuando sean funciones administrativas, para la provisión de bienes públicos, de bienes privados de interés general, de explotación de monopolios, regular externalidades y distribuir el ingreso. De tal forma que, es una fuerte herramienta que se ve favorecida por una sinergia entre el sector público y el privado que, mediante la asignación de riesgos, la financiación privada o mixta, la experiencia del privado y el control del Estado, permite materializar el Estado Social de Derecho mediante APP de carácter social.

¿Cuál es el origen de las APP?: las APP en Colombia tienen dos orígenes. Uno global que proviene de la adaptación de la figura de *public private partnership* de origen Inglés, y otro nacional proveniente del Contrato de Concesión del texto original del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y normas de contratación del orden territorial que incorporaban elementos propios de las APP como la cesión de la tarea de prestar el servicio público al privado, o la iniciativa privada de proyectos.

¿Cuál es el alcance de las APP?: El alcance de la figura se configura por tres tipos de limitaciones, aquellas dada por la naturaleza del esquema en relación con las funciones estatales que desarrolla, las establecidas por la Ley 1508 de 2012 y las determinadas por normas especiales para ciertos Servicios Públicos específicos. Por ello, podrá desarrollar todo tipo de funciones estatales esperadas y adquiridas, pero no abarca la prestación de Servicios Públicos en lo relacionado con el desarrollo de ciertas funciones básicas del Estado colombiano.

¿Cuál es el marco jurídico de las APP?: Es un esquema de prestación de servicios contractual enmarcado en el derecho de la contratación pública¹⁴⁹ que cuenta con disposiciones especiales¹⁵⁰ de derecho público aplicables a la etapa precontractual y a la etapa contractual; todo ello buscando la vinculación de capital y capacidades del sector privado en proyectos de prestación de servicios públicos a nombre del Estado a largo plazo. Su aplicación se extiende a aquellos contratos en los que una entidad estatal encargue a un privado el mantenimiento, operación, administración de un servicio público así como la construcción de infraestructura que permita la prestación de servicios públicos mediante APP Sociales; de igual manera, sirve para la construcción y mantenimiento de infraestructura para APP productivas.

El esquema se regula por la Ley 1508 de 2012, y en lo no regulado por ésta se aplica el Estatuto General de Contratación Pública y las leyes que lo modifican¹⁵¹ (Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007 y la Ley 1882 de 2018), que, a su vez, se reglamentan por el Decreto 1082 de 2015.

¿Qué tipos de APP existen?: los tipos de APP se diferencian según su origen o según su finalidad. Las primeras pueden ser de iniciativa privada o de iniciativa pública, dependiendo de si es un particular o una entidad estatal la que propone el proyecto. Las segundas pueden ser de carácter social o productivo, dependiendo si buscan incrementar el capital humano y la calidad de vida de los habitantes, o si buscan el aumento de la productividad respectivamente.

¿Cuáles son las modalidades permitidas de APP en Colombia?: por ministerio de la Ley 1508 de 2012, se permiten: los contratos para la prestación de servicios; los contratos de administración¹⁵²; las concesiones¹⁵³; y los BOT¹⁵⁴. En sentido contrario, se excluyen las asociaciones a riesgo compartido cuando se trate de acuerdos institucionales que signifiquen la creación de una nueva persona jurídica con participación de capital mixto.

Respecto de las preguntas centrales del texto se concluye lo siguiente:

¿Qué Servicios Públicos no domiciliarios pueden ser prestados mediante Asociaciones Público Privadas en Colombia?: El tipo de Servicios Públicos que pueden ser prestados mediante APP

¹⁴⁹ Es decir, regulación de derecho público complementada por derecho privado en lo precontractual; y derecho privado complementado por derecho público en lo contractual.

¹⁵⁰ No son de carácter excepcional o autónomo respecto de las normas generales del Estatuto General de Contratación Pública.

¹⁵¹ Inciso 4, Artículo 3, Ley 1502 de 2012.

¹⁵² Colombia, Parágrafo 5, Artículo 5, Ley 1508 de 2012.

¹⁵³ Colombia, Artículo 2, Ley 1508 de 2012.

¹⁵⁴ Colombia, Artículo 3, Ley 1508 de 2012.

dependerán de la primera y la tercera clase de limitaciones mencionadas anteriormente, mientras que la segunda clase atienden a las características del proyecto en específico.

Las primeras se dan porque el esquema requiere del desempeño de una tarea estatal por parte de un particular en virtud de la celebración de un contrato. Esta limitación por la naturaleza del esquema tiene a su vez limitaciones internas y externas, las primeras acercándose al núcleo de las funciones estatales, y las últimas abarcando la frontera de las mismas, dentro de las funciones públicas.

En lo externo, las APP son aptas para prestar servicios públicos que desarrollen funciones estatales esperadas y adquiridas; se podrá aplicar dicho esquema siempre y cuando tenga como objeto satisfacer una necesidad pública a cargo del Estado¹⁵⁵, es decir, una función estatal. En lo interno, se ha dicho que el esquema es apto para prestar servicios que desarrollen funciones estatales básicas, siempre y cuando no sobrepase los cinco criterios establecidos por la Corte Constitucional que determinan el alcance de la participación de los privados en tareas estatales, derivados de la Constitución Política (Corte Constitucional, 2003)¹⁵⁶, las limitaciones de la Ley 1508, o prohibiciones expresas que se consagran en normas especiales para ciertos Servicios Públicos (como ocurre con el servicio tributario y el carcelario).

Respecto de las limitaciones establecidas por la Ley 1508 de 2012, se tienen unas de carácter general y otras que sólo son aplicables a las APP de iniciativa privada.

Finalmente, respecto de las limitaciones de normas especiales para adelantar ciertos Servicios Públicos estudiadas se encontró que, no se podrán prestar servicios tributarios que tengan que ver con actividades de imposición de sanciones, de liquidación, devolución o fiscalización de obligaciones o recursos tributarios; pero si se podrán realizar actividades de recaudo, recepción de declaraciones y cobro de obligaciones tributarias. En este orden de ideas, tampoco podrán prestarse servicios penitenciarios cuyo contenido sea la administración, guardia, vigilancia o reinserción en centros de reclusión; pero si se podrán prestar servicios carcelarios en lo atinente a la construcción,

¹⁵⁵ Sea para la provisión de bienes públicos, privados de interés público, o en el control de externalidades.

¹⁵⁶ 1) No se pueden ceder funciones estatales de contenido político o gubernamental. 2) Tampoco de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional. 3) Ni tareas “exclusivas” de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública relativas al orden público. 4) De igual manera no se podrán ceder o permitir por vía de acto o convenio la participación de particulares en funciones públicas que nunca hayan estado en cabeza de un ente público, como es el caso de los notarios y las cámaras de comercio, pues están requerirán de norma constitucional o legal expresa. 5) Finalmente, las entidades no pueden ceder su tarea al particular generando un vacío de contenido en sus competencias. (Corte Constitucional, 2003)

mantenimiento y conservación de los centros de reclusión y la prestación de otros servicios complementarios.

Después del estudio, se encuentra que la hipótesis planteada inicialmente no es del todo herrada, ya que en efecto se pueden prestar todo tipo de Servicios Públicos mediante APP, sea que desarrollen funciones estatales básicas, esperadas o adquiridas, salvo por excepciones relativas a actividades que hacen parte del núcleo duro de las funciones estatales como los servicios legislativos, de manejo del orden público, de defensa exterior, de banca central, de control disciplinario, y de dirección fiscal, la mayoría de los cuales implican el ejercicio de soberanía. Sin embargo, cabe adicionar que el alcance de este esquema se condiciona en gran medida en las normas especiales de ciertos Servicios Públicos, que, lamentablemente, son prohibidos para esta forma de colaboración entre el sector público y el privado.

¿Son la APP una herramienta eficiente para la prestación de Servicios Públicos no Domiciliarios en Colombia?: La eficiencia de las APP se mide por dos tipos de elementos. En un principio por sus características, que permiten que sea superior a los demás esquemas de prestación de servicios públicos en lo que a asignación de riesgos, y financiamiento se refiere. Por ello, no sólo tiene el potencial de plantear proyectos a largo plazo, sino el potencial para estructurarlos con capital público y privado.

En ese sentido, las APP son el esquema que permite una mejor asignación de riesgos en los proyectos para la prestación de Servicios Públicos; de igual manera, tienen la mayor capacidad de financiamiento entre los esquemas, ya que cuenta con potenciales fuentes que recursos públicas y privadas. Adicionalmente, si bien tiene un grado de control menor al que se puede ejercer mediante la Prestación Directa del servicio, cuenta con valiosas herramientas provenientes del Estatuto General de Contratación Pública y de normas de derecho público que le permiten tener a la entidad contratante un control directo, vía contractual, sobre la actividad del contratista que desarrolla el servicio.

Por otro lado, existe el elemento de la finalidad del proyecto en relación con las capacidades del esquema. Así, se encuentra que las APP serán la herramienta adecuada para llevar a cabo proyectos que busquen reducir los precios en la prestación de un Servicio Público manteniendo estándares de calidad por un periodo determinado; será igualmente la mejor alternativa cuando se quiera mejorar la calidad del servicio, reduciendo costos, pero no se pueda aumentar drásticamente los precios cobrados a los usuarios; finalmente, será la mejor alternativa cuando se busque evitar proyectos de valor social negativo (elefantes blancos).

Las APP se constituyen como un esquema eficiente para la prestación de servicios públicos donde se requieran inversiones de capital significativas para el mejoramiento del servicio, junto con reducción de costos en el mismo, siempre y cuando se pueda hacer una correcta asignación de riesgos, una adecuada identificación del proyecto y se cuente con un ambiente macroeconómico estable.

Así las cosas, las APP son pertinentes para prestar Servicios Públicos no domiciliarios en razón de su eficiencia en Colombia. Ya que sus virtudes de asignación de riesgos, y reducción de costos sin deteriorar el servicio, no sólo trae eficiencias desde el punto de vista económico, sino que permite articular el interés lucrativo del privado con el interés de calidad en el servicio de la entidad estatal contratante. Lo anterior, siempre y cuando se den las condiciones mínimas para su correcto desempeño: una correcta asignación de riesgos, una correcta identificación del proyecto y un ambiente macroeconómico estable. Situaciones que podrían estar dadas en Colombia con la correcta articulación de las labores de los interesados.

Dicho eso, merece la pena preguntarse:

¿Cuáles son sus fortalezas?: Es una figura que puede llegar a ser muy fuerte por su respaldo financiero; por aprovechar capacidades de ejecución y administración de proyectos para prestar servicios públicos del privado; tiene una flexibilidad financiera y contractual amplia; sobre ella se pueden ejercer todos los tipos de control administrativo referidos (fiscal, disciplinario, contractual y de policía administrativa); obedece el principio de transparencia más allá de lo que lo hace la contratación pública y mucho más allá de lo que lo hace la privatización¹⁵⁷; permite que el privado identifique necesidades públicas y estructure propuestas para solucionarlos sin tener que esperar a que el Estado actúe¹⁵⁸; el privado prestar el servicio pero este sigue bajo la titularidad, dirección y control continuo del Estado, lo que permite un control de calidad más directo; finalmente, el particular puede identificar y proponer un proyecto para satisfacer una necesidad colectiva en lo referente a casi cualquier servicio público sin necesidad de esperar la iniciativa estatal.

¿Cuáles son sus debilidades?: la figura tiene serias limitaciones impuestas por la Ley 1508, que impiden una aplicación más extensa y la manifestación de sus virtudes por restricciones como: la

¹⁵⁷ Ello en virtud de que le son aplicables las normas de transparencia de la función administrativa, las del Estatuto General de Contratación Pública y se le añaden varias cargas extra (Identificación del beneficiario real del proyecto, y administración de recursos mediante un patrimonio autónomo) en la Ley 1508 que propenden por la transparencia.

¹⁵⁸ “La participación del privado puede hacer la diferencia presentando proyectos de Iniciativa privada, pues tiene la capacidad de identificar carencias donde el Estado, a pesar de su tamaño, no puede ver” (Huertas, 2017.pág.45).

existencia de montos mínimos para los proyectos; que el acuerdo no pueda ser institucional; máximos en adiciones y prórrogas que desconocen el alea de los proyectos a largo plazo; límites del 30% de aportes estatales que podrían comprometer el inicio de buenos proyectos propuestos por el sector privado; y especialmente, se da la exclusión de muchas entidades territoriales por vía de requisitos y prohibiciones que impiden compromisos o planes a largo plazo necesarios para iniciar APP.¹⁵⁹

Por ello, es necesario reevaluar dichas limitaciones, estudiar a fondo su conveniencia de acuerdo con la puesta en práctica de la figura, para procurar una mayor utilización de la misma y no limitar las posibilidades de desarrollo y satisfacción de necesidades públicas que puede generar, habida consideración que: “Allí donde existe una necesidad bien definida y sostenida durante un período prolongado, las APP funcionan de una manera efectiva para la provisión de infraestructura y sus servicios en economías pequeñas” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011, pág. 65).

Adicionalmente requiere de una correcta planeación e identificación del proyecto; un estudio detallado de los riesgos que permita su identificación, tipificación y asignación de manera eficiente a quien tenga mayores posibilidades de mitigarlo; finalmente, requiere de condiciones macroeconómicas estables a largo y mediano plazo, de lo contrario podría verse truncado el proyecto por el cambio drástico de planeación e identificación inicial de riesgos.

¿Cuáles son sus desafíos principales o aspectos por mejorar?: ciertamente el alcance de las APP en Colombia ha sido delimitado de múltiples maneras, muchas veces sin un estudio objetivo, sino por presiones sociales, políticas o miedos hacia la participación de los privados en las tareas estatales. La Ley 1508 ha dado un paso importante en un proceso que se remonta a 1993 donde los particulares en aras del interés público puedan proponer proyectos para la satisfacción de necesidades colectivas y los impulsen con su capacidad financiera y experiencia, convirtiéndose en un verdadero socio del Estado para la materialización del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, teniendo en cuenta la gran cantidad de necesidades públicas insatisfechas que existen en Colombia (Perez, 2005), limitaciones como el valor mínimo, el máximo de aportes estatales, y la establecida para las entidades territoriales en función de los periodos de gobierno deben ser removidas, si se quiere conseguir un verdadero desarrollo de las regiones mediante la utilización del esquema. En lo particular de los servicios penitenciarios, son innecesarias las prohibiciones a la

¹⁵⁹ Ello explica la problemática planteada al inicio donde en el RUAPP consta que la gran mayoría de los proyectos de APP se han desarrollado a nivel nacional y en el Distrito Capital, dejando casi en desuso el esquema en los demás departamentos y municipios del país.

participación de los particulares en actividades de administración de centros y resocialización, habida cuenta que la prestación directa es ineficiente y hay experiencias en otros países que han mostrado los beneficios de las APP para este servicio particular (Carcamo, Mendoza, Pajares, & Vignolo, 2015).

Es necesario evaluar estas limitaciones a las APP de lo contrario se privará la utilización del esquema para entidades de orden nacional o entidades territoriales de gran envergadura poblacional y presupuestaria, además de evitar la mejoría en los servicios públicos. En el mismo sentido hace falta aventurarse más con la propuesta de APP sociales, pues las APP productivas siguen siendo una mayoría abrumadora de los proyectos propuestos, y especialmente de los proyectos en ejecución según el RUAPP.

Adicionalmente, es necesario un esfuerzo serio de quienes estructuran el proyecto para realizar una adecuada identificación de riesgos y de alternativas, mientras de parte del Estado se deben mantener ciertas condiciones mínimas de estabilidad macroeconómica para asegurar el éxito de los proyectos de APP.

En conclusión, este esquema contractual para la prestación de los servicios tiene un enorme potencial como instrumento para lograr, mediante el desarrollo de APP sociales, una mejoría significativa en la eficacia de intervención en la economía del Estado con miras a mejorar las condiciones de vida de sus habitantes, y así cumplir con su obligación constitucional de materializar el Estado Social de Derecho mediante una prestación efectiva de los servicios públicos a su cargo. Permitiendo aumentar la capacidad estatal sin comprometer su alcance.

6. BIBLIOGRAFIA

Baca Oneto, V., & Ortega Sarco, E. (s.f.). Los Esquemas Contractuales de Colaboración Público-Privada y su Recepción por el Derecho Peruano. *Círculo de Derecho Administrativo*, 13(13).

Banco Interamericano de Desarrollo. (2011). *Asociaciones Público Privadas para la Prestación de Servicios, Una Visión Hacia el Futuro*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

Baquero, A. (2014). La Estructuración de Asociaciones Público Privadas Sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales. En J. L. Benavides, *Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privadas* (pág. 138). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Bara, R. (2006). *Finanzas Públicas y Decisiones Públicas un Enfoque de Economía Política*. Buenos Aires: Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Barraguirre, J. (1990). *El nuevo control en los servicios públicos*. Santa Fe: UNL.
- Barreto Cifuentes, S. (2016). ¿Existen las Asociaciones Público Privadas en Colombia? Apuntes para la Comprensión de la LEGislación Actual. En S. Barreto Cifuentes, & M. Ibagón Ibagón, *Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bravo Arteaga, J. (2012). *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*. Bogotá D.C.: Legis S.A.
- Carcamo, J., Mendoza, M., Pajares, C., & Vignolo, G. (2015). Asociaciones Público-Privadas en el sistema penitenciario. Una alternativa de solución para la inseguridad en el Perú. *Gerencia para el Desarrollo*.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. En G. C., *Classic Papers in Natural Resource Economics*. Londres: Palgrave-MacMillan.
- Colombia Compra Eficiente. (2016). *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*. Obtenido de colombiacompra.gov.co: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (16 de enero de 2019). *Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado*. Obtenido de colombiacompra.gov.co: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf Pg
- Comisión de la Comunidad Europea. (2004). *Green paper on Public Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions*. Bruselas: CCE.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2013). *CONPES 3760 Proyectos viales bajo el Esquema de Asociaciones Público-Privadas*. Bogotá D.C.: Departamento Nacional de Planeación.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2015). *CONPES 3828 de 2015*. Obtenido de politicacriminal.gov.co: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/CONPES%20Pol%C3%ADtica%20penitenciaria%20y%20carcelaria%202015.pdf>
- Contraloría General de la República. (15 de diciembre de 2016). *Contraloría General de la República*. Obtenido de contraloria.gov.co: https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-prensa-2014/-/asset_publisher/J14Sa8JTmjbW/content/en-el-inpec-permisos-sindicales-que-totalizan-39-mil-dias-en-un-ano-afectaron-seguridad-carcelaria-y-remisiones-medi

- Contraloría General de la República. (2015). *El hacinamiento carcelario en Colombia: un problema estructural sin soluciones a la vista*. Obtenido de [contraloria.gov.co: https://www.contraloria.gov.co/documents/463406/483337/Bolet%C3%ADn+Macro+Fiscal+08.pdf/6a775887-c68d-4b27-b9c4-ebb87ca3fe00?version=1.0](https://www.contraloria.gov.co/documents/463406/483337/Bolet%C3%ADn+Macro+Fiscal+08.pdf/6a775887-c68d-4b27-b9c4-ebb87ca3fe00?version=1.0)
- Covilla, J. (2014). Ley de Asociaciones Público Privadas ¿Única Manera de Vinculación de Capital Privado? En J. L. Benavides, *Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privadas* (pág. 138). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cullis, J., & Jones, P. (2009). *Public Finance and Public Choice. Analytical*. Oxford: Oxford University Press.
- Davila Vinueza, L. (2017). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá D.C.: Legis S.A.
- Diguit, L., & De Laubadere, A. (1957). *Traité élémentaire de droit administratif*. París: L.G.D.J.
- Easton, D. (1957) *An approach to the Analysis of the Political Systems*. Londres: Cambridge University Press.
- Engel, E., Fisher, R., & Galetovic, A. (2008). *Public-Private Partnerships: When and How*. Lima: Coporación Andina de Fomento.
- Fukujama, F. (2004). *La construcción del Estado hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona: Ediciones B S.A.
- Gobernación del Atlántico. (2018). *Presupuesto de Rentas, Gastos e Inversión del Departamento del Atlántico - Vigencia 2018*. Obtenido de [atlantico.gov.co: http://www.atlantico.gov.co/index.php/presupuesto-2015/9696-presupuesto-de-rentas-gastos-e-inversion-del-departamento-del-atlantico-vigencia-2018](http://www.atlantico.gov.co/index.php/presupuesto-2015/9696-presupuesto-de-rentas-gastos-e-inversion-del-departamento-del-atlantico-vigencia-2018)
- Gordillo, A. (2001). Tomo 1, Parte General. En A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Medellín: F.D.A. y Biblioteca Jurídica Diké.
- Gwarthey, J. e. (2013). *Economics. Private and Public Choice*. Mason: South Western Cengage Learning.
- HM Treasury. (2012). *A New Approach to Public private partnership*. Londres: HMT.
- Huertas, M. (2017). *Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada de Carácter Social*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Carrera de Derecho.
- James y Musgrave. (2001). *Public Finance and Public Choice. Two Contrasting Visions of the State*. Londres: Massachusetts Institute of Technology.
- Jeze, G. (1954). *Principios Generales del Derecho Administrativo* (Vol. 2). Buenos Aires: DEPALMA.
- Marienhoff, M. S. (1965). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Maritain, J. (1983). *El Hombre y el Estado*. Madrid: Ediciones Encuentro.

- Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma a la Ley 80 de 1993*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Molano, A. (2012). *Asociaciones Público Privadas Ley 1508 de 2012*. Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política Iván Echavarría Olózaga. Bogotá D.C.: Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política Iván Echavarría Olózaga.
- Monsalvo, L. M. (2013). *Asociaciones Público Privadas, una manera de combatir el problema de hacinamiento carcelario*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Moraga Klenner, C. (2014). ¿Hace Falta una Ley de Asociaciones Público Privadas en Chile? En J. L. Benavides, *Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muriel Cicieri, J. (enero-abril de 2011). ¿La concesión portuaria, como una modalidad de privatización? *Cultura y Derecho, Pensamiento Jurídico*, 30.
- Núñez Villalba, C. (1997). El Nuevo Régimen de Contratación de los Seguros de las Entidades Estatales y de las Garantías. En C. d. Javeriana, *Estudios de Profundización en Contratación Estatal*. Bogotá D.C.: CCB y PUJ.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2010). *Dedicated Public Partnership Units. A Survey of Institutional and Governance Structures*. París: OCDE.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017). *In Pursuit of Risk Sharing and Value of Money*. Paris: OCDE.
- Osei-Kyei, R., & Chan, A. (Febrero de 2019). Model for predicting Success of Public-Private Partnership Projects in Developing Countries: A Case of Ghana. *Architectural Engineering and Design Management*.
- Palacios Mejía, H. (1999). *El Derecho De Los Servicios Públicos*. Bogotá D.C.: BANCOL.
- Pardo, A. M. (2017). Las Asociaciones Público-Privadas en Cárceles: abrir la caja de pandora. *Con Criterio*.
- Perez, V. G. (2005). *Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional y Urbana*. Cartagena: Banco de la República.
- Ramos Forero, J., Hernández Santamaría, P., & Melo Becerra, L. (2017). La educación superior en Colombia: situación actual y análisis de eficiencia. *Desarrollo y Sociedad*.
- Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (Vol. 23). Madrid: RAE.
- Restrepo, J. (2015). *Hacienda Pública* (Vol. 10). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Revista Dinero. (20 de noviembre de 2018). Dian busca a 280.000 morosos para cumplir su meta de gestión. *Dinero*, pág. 2.

- Rodríguez Bajón, S. (Mayo-Agosto de 2012). El Concepto de Riesgo Regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites. *Revista de Administración Pública*, 188.
- Samuelson, P. (1973). *Economics* (Vol. 9). Londres: Palgrave MacMillan.
- Sanchez Carreira, M. (s.f.). *Una Visión Crítica del Proceso de Privatizaciones en la Economía Española*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Sarmiento, E. (25 de septiembre de 2011). La extinción de Telecom. *El Espectador*, pág. 2.
- Savas, E. (2000). *Privatization and Public Private Partnership*. Nueva York: Catham House.
- Schmidt-Assmann, E., Cassese, S., & Delvolve, P. (2015). *Los tres tenores del derecho administrativo en el externado: discusión entre Eberhart Schmidt-Assmann, Sabino Cassese y Pierre Delvolve: derecho administrativo y derecho privado*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Senado de la República. (2011). *Exposicion de Motivos Ley 1508 de 2012* (Vol. No.823/11). Bogotá D.C.: Gaceta del Congreso.
- Vergés, J. (2010). *Privatización de Empresas Públicas y Liberalización*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.
- Vidal Perdomo, J., & Molina Betancur, C. (2016). *Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Legis S.A.
- Vlachos, G. (2001). *Droit Public Économique Fraçais et Européen*. París: Dalloz.
- Waline, M. (1963). *Droit Administratif*. París: Sirey.
- Webber, M. (1964). *Essays in Sociology*. Nueva York: Oxford University Press.
- Wilensky, H. (1975). *The Welfare State and Equality: structural and Ideological Roots of Public Expenditure*. Berkley: University of California Press.
- World Bank Group . (21 de marzo de 2014). *World Bank Group Public-Private Partnerships Reference Guide: Version 2.0*. Obtenido de worldbank.org: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/public-private-partnerships-reference-guide-version-20>
- Yescombe, E. (2007). *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. (1, Ed.) Londres: Elsevier.

PRINCIPALES FUENTES NORMATIVAS

Colombia (2014), Constitución Política, Bogotá, Legis.

Colombia, Código de Comercio.

Colombia, Ley 80 de 1993: “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Bogotá.

Colombia, Ley 142 de 1994: “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.*” Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994.

Colombia, Ley 270 de 1996, “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”. Diario Oficial 42.745 de Marzo 15 de 1996.

Colombia, Ley 610 de 2000: “*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*” Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000.

Ley 1474 de 2011: “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*” Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011

Ley 1508 de 2012: “*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*”. Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012

Decreto 1082 de 2015, Diario Oficial de la República de Colombia No 49.523, Bogotá, 30 de mayo de 2015

Colombia, Consejo de Bogotá, Distrito Capital. (1993, 10 de mayo) Acuerdo 7 del 10 de mayo de 1993 “*por el cual se establecen algunas condiciones, para los contratos relacionados con la construcción de estacionamientos en el subsuelo del espacio público*”, Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-406 del 5 de Julio de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.* Bogotá D.C. : sentencias.

Corte Constitucional. (2002). *Setencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.* Bogotá D.C.: sentencias.

Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-272 del 25 de mayo de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.* Bogotá D.C.: sentencias.

Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-066 del 10 de febrero de 1999.* Bogotá D.C.: sentencias.

Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-066 del 10 febrero de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-171 del 7 de mayo de 2018. M.P. Cristina Pardo Shlensinger.* Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.* Bogotá D.C.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2001). *Sentencia del 10 de septiembre de 2001. Exp.10.989 C.P. Ricardo Hoyos Duque*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (1999). *Sentencia SU-159 del 10 de marzo de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2015). *Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional (2016). *Sentencia C-155 del 31 de mayo 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional, *Sentencia C-032 del 24 de febrero de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-571 del 14 de julio de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2009). *Sentencia del 22 de abril de 2009. C.P. Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp.10.989. CP. Ricardo Hoyos Duque*. Bogotá D.C.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Sentencia del 20 de noviembre de 2008. C.P. Ruth Stella Correa Palacio*. Bogota D.C.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Primera. (2010). *Sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp.2005-1083*. Bogotá D.C.