**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Definición**

En ese contexto, el artículo 1 ibídem dispone que las Asociaciones Público Privadas son «un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa 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 nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio».

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Aplicación**

Ahora bien, la aplicación de la figura en un caso concreto no opera ipso iure, pues como cualquier tipología contractual, requiere de análisis jurídicos, técnicos y financieros en los que se evidencie la conveniencia y necesidad de acudir a ella. Así lo exige el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 al prever que el esquema APP podrá emplearse por las entidades estatales cuando «en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución».

En opinión de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente las entidades estatales no están irreflexivamente obligadas a contratar mediante el esquema APP, pues acudir a él o a las demás modalidades previstas en la ley, incluidas las descritas en la Ley 142 de 1994, depende del resultado de la planeación del contrato.

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Tipos**

La Ley 1508 de 2012 regula dos tipos de proyecto de asociación público privada: i) los de iniciativa pública y ii) los de iniciativa privada. En relación con los primeros, es la entidad estatal la que estructura el proyecto y realiza la invitación a participar en el proceso de selección. En los segundos, son los particulares quienes elaboran la propuesta, previa estructuración del proyecto, por su cuenta y riesgo. Los proyectos de asociación pública privada de iniciativa pública o privada, a su vez, se clasifican en dos modalidades: a) los que requieren el desembolso de recursos públicos y b) los que no necesitan dicho desembolso.

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Monto de la inversión**

Así mismo, conviene precisar que, en los términos del parágrafo 1° del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, «solo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000)». Ahora bien, ni la Ley 1508 de 2012 ni el Decreto 1082 del 2015 que la reglamentan contienen disposiciones específicas sobre los factores que se consideran comprendidos en el concepto «monto de inversión», lo cual supone que, respecto del mismo se debe acudir al sentido literal de las palabras contenidas en la ley y por lo tanto que dicho monto se determina en función de la suma total que deberá invertirse en el proyecto.

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Administración de los recursos – Patrimonio autónomo**

Así, por expreso mandado legal, siempre que se acuda a esquemas de Asociación Público Privada, la administración de los recursos con los cuales se ejecutará el respectivo proyecto debe realizarse a través de la figura del patrimonio autónomo cuya constitución es un deber del contratista, no de la entidad contratante. Por lo tanto, el contrato de fiducia que se celebre para el efecto, constituye una relación contractual entre el contratista ejecutor del proyecto de asociación público privada, en su calidad de fideicomitente y la respectiva fiduciaria.

**CONTRATOS DE CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO – Regulación**

En conclusión, para la celebración de contratos de concesión, que tengan por objeto la prestación del servicio de alumbrado público, los municipios y los distritos deberán analizar si resulta conveniente y necesario acudir al esquema de asociación público privada. En tal caso, deberán tener en cuenta el régimen de aplicación prevalente de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 que se complementa, con carácter supletivo por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Si los estudios y análisis comparativos realizados en un caso concreto evidencian que este esquema no es necesario y conveniente deberán celebrar el contrato conforme a las reglas definidas en el Estatuto General de Contratación, complementado con la previsión contenida en el artículo 55 de la Ley 143 del 1994.

**CONTRATOS DE CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO – Empresas mixtas**

En esas condiciones, en tanto el alumbrado público se define como un servicio público por el artículo 22.2.3.1.2 del Decreto 1073 del 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 943 de 2018, la prestación del mismo se puede llevar a cabo por empresas mixtas prestadoras de servicios públicos, las cuales podrán ser contratadas por los municipios o distritos en los términos descritos en el numeral anterior, mediante contrato de concesión.

Contratadas para el efecto por los municipios o distritos, adquieren la condición de contratistas y, por lo tanto, a éstos les asiste el deber de vigilancia y seguimiento a su ejecución, el cual, en estos casos, en los términos del artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 se debe cumplir a través de una interventoría idónea. En efecto, esta última norma dispone que, «todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público» deben contar con una interventoría idónea, lo que supone que esta obligación se debe cumplir inclusive cuando el contratista sea una entidad de naturaleza pública o mixta.

**COMPETENCIAS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES – Autorización – Suscripción de contratos**

Las competencias de los concejos municipales se encuentran previstas en el artículo 313 de la Constitución Política y en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012. «Artículo 313. Corresponde a los concejos: […] 3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo». Artículo 32. Atribuciones. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes. «[…] 3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo. Parágrafo 4°. De conformidad con el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos: […]

**COMPETENCIAS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES – Alcance – Competencias – Interpretación jurisprudencial**

El alcance de estas atribuciones ha sido objeto de análisis y pronunciamiento por parte de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, como en el concepto con radicado No. 11001-03-06-000- 2014-00285-00 (2238) del 11 de marzo de 2015, con ponencia del Consejero William Zambrano Cetina, donde reiteró que « *por regla general los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal»*. Así mismo, el Consejo de Estado señaló, en el pronunciamiento citado, que la autorización previa por parte del concejo municipal tiene carácter excepcional, y únicamente aplica respecto de los casos señalados expresamente en el parágrafo 4º del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, y en los casos adicionales que haya establecido expresamente el concejo municipal en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994.

Según las normas y el concepto citado es posible concluir que el requisito de autorización previa por parte de corporaciones públicas municipales únicamente se predica de los contratos que expresamente identificó el legislador, como es el caso de los establecidos en el parágrafo 4 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, y los que por vía acuerdo municipal se haya fijado este requisito en consideración a su importancia para el ente territorial.

**CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA – Noción**

Ahora bien, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al definir al contrato de obra, no se refiere de forma específica a los bienes inmuebles por adhesión y por destinación, sino que se limita a expresar de forma general el tipo de actividades que deben considerarse como obra pública, para efectos de establecer el tipo contractual al que debe acudirse y por lo tanto los requisitos que deben cumplirse para su celebración y ejecución.

En efecto, la disposición en cuestión prevé que, además de la construcción, el mantenimiento, la instalación y general la realización de cualquier otro trabajo material sobre el inmueble, constituyen contrato de obra, lo que evidencia la necesidad de que el operador jurídico determine en cada caso si las prestaciones a contratar pueden considerarse comprendidas dentro de las definiciones contenidas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Sobre el particular, es relevante señalar que, durante la planeación de los contratos estatales corresponde a las entidades determinar la tipología convencional aplicar y, con ello, la modalidad de selección que debe adelantar para escoger al futuro colaborado de la Administración, motivo por el cual la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – no tiene competencia para definir si un objeto determinado corresponde a una obra pública, una prestación de servicios o a un suministro, pues las particularidades de cada caso resultan relevantes para definir el tipo contractual que corresponde aplicar en relación con determinado contrato.

**MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – Límites**

Conforme a todo lo expuesto es claro que un contrato estatal puede modificarse en precio y en el alcance de su objeto para incluir actividades adicionales que no fueron comprendidas en el contrato inicial, siempre que se respete el límite fijado por el legislador para adicionar su valor y se respeten las demás disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Además de lo anterior, se remite al peticionario a las consideraciones doctrinarias transcritas previamente, donde se ha señalado que las modificaciones no podrían suponer la variación del objeto de un contrato, pues ello supondría la alteración de su esencia y lo convertiría en otro tipo de negocio jurídico. Si se presentara esta situación lo indicado no sería modificar el contrato sino celebrar uno nuevo.



CCE-DES-FM-17

Bogotá, 03 Septiembre 2021

Señor

**Luis Germán Abril Piraquive**

Bogotá, D.C.

 **Concepto C – 457 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Definición / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Aplicación / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Tipos / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Monto de la Inversión / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Administración de los recursos-Patrimonio Autónomo / CONTRATOS DE CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO – Regulación / CONTRATOS DE CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO –Empresas Mixtas / COMPETENCIAS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES – Autorización – Suscripción de contratos / COMPETENCIAS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES – Alcance – Competencias – interpretación jurisprudencial / CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA – Noción / MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia – límites |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210721006399 |

Estimado señor Abril:

En ejercicio de la función otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, y dentro de los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta del 21 de julio de 2021.

**1. Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

1. ¿Son aplicables la Ley 1508 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1467 de 2012, a los procesos de concesión de actividades relacionadas con la prestación del servicio de alumbrado público?

2. Si la respuesta a la anterior inquietud es afirmativa, solicito se me informe ¿si el tope de inversión de 6.000 salarios legales mínimos mensuales vigentes, debe calcularse teniendo en cuenta la inversión a realizarse, o si también debe tener en cuenta los valores proyectados de administración, operación y mantenimiento, durante toda la vigencia del contrato a celebrar?

3. Si la respuesta a la primera inquietud fue afirmativa, solicito se me informe ¿sí una APP en materia de alumbrado público, sería de iniciativa privada o pública, habida consideración que los pagos al particular interesado se financiarán con cargo al impuesto de alumbrado público?

4. Si la respuesta a la primera inquietud fue afirmativa, solicito se me informe ¿cuál sería la consecuencia legal, frente al contrato (nulidades, por ejemplo), y disciplinaria y fiscal, frente a los funcionarios que lo celebraron o promovieron, por el hecho de que superado el tope de 6.000 SLMMV se haya acudido al procedimiento de contratación establecido en la Ley 80 de 1993, obviando la aplicación de la Ley 1508 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1467 de 2012?

5. Si la respuesta a la primera inquietud fue afirmativa, solicito me indique, dada la dificultad y novedad de los esquemas APP, que para los municipios y distritos son complejos, ¿cuál sería el paso a paso a seguir para estructurar una APP de iniciativa pública en un municipio o distrito? ¿Este contrato requeriría de autorización del correspondiente Concejo?

6. Al margen de las anteriores respuestas, solicito se me indique ¿si en el marco de la ejecución de un contrato de concesión de ley 80 de 1993 o de APP de Ley 1508 de 2012, respecto del servicio de alumbrado público, resulta posible encargar a una fiducia la administración de los recursos del impuesto y si tal fiducia puede o no ser privada dada la naturaleza de los recursos que financian el impuesto y que provienen del recaudo de un tributo o de las arcas municipales?

7. En línea con la anterior inquietud, y si la respuesta a la misma es que de ser posible la contratación de una fiducia para la administración de recursos provenientes del impuesto de alumbrado público, esta debe ser pública, solicito se me indique, ¿si puede delegarse al contratista en el contrato o en otro instrumento, la contratación del esquema fiduciario, para lograr que éste sea de derecho privado?

8. Bajo el contexto de que el Decreto 943 de 2018, señala que la destinación del impuesto de alumbrado público puede adicionarse a actividades de alumbrado navideño y ornamental e iluminación de vías departamentales o nacionales, siempre que el recaudo sea suficiente, solicito se me indique si celebrado un contrato en el que se encargue la prestación del servicio de alumbrado público a un particular concesionario, el objeto no incluyó tales actividades, ¿las mismas pueden adicionarse al ser connaturales al servicio sin que ello constituya una modificación al objeto contractual? y, en caso que ello resulte posible, ¿cuál debe ser el instrumento a utilizar para incluir estas nuevas actividades, actas entre las partes, nuevos contratos, otrosíes? De resultar posible este pacto entre el ente territorial y el particular, ¿tiene algún papel la interventoría, cuál?

9. De otro lado, quiero consultar si la celebración de contratos que impliquen el suministro de luminarias y su instalación en vías y áreas públicas, sin conceder la operación del servicio (p.e. contratos de financiación, suministro e instalación sin operación), ¿constituyen contratos de obra pública, o cuál sería la naturaleza de este tipo de contratos y su régimen legal aplicable?, de igual manera, quisiera saber ¿si estos contratos también implican la aplicación de las normas APP antes mencionadas en esta solicitud de concepto?

10. Finalmente, en el caso de sociedades mixtas creadas para la prestación del servicio de alumbrado público, quisiera se me aclare ¿sí en estos casos se requiere o no de la interventoría a que se refiere la Ley 1150 de 2007? y de ser su respuesta afirmativa, ¿cómo ejercería su labor el interventor frente a un prestador del que hace parte el municipio?».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

 Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación o de los demás participantes de la contratación pública.

 Por ello, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo para absolver sus preguntas se analizarán los siguientes temas: i) el régimen de las Asociaciones Público Privadas –en adelante APP–; ii) el régimen de los contratos de concesión de alumbrado público; iii) el alcance de la función de autorizar la celebración de contratos asignada a los Concejos Municipales y iv) la noción y alcance del contrato de obra.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la regulación de las APP y su alcance, entre otros, en los Conceptos 2201913000009321 del 17 de diciembre de 2019, 2202013000007450 del 13 de agosto de 2020, 2202013000011799 del 30 de noviembre de 2020, 2202013000011880 del 2 de diciembre de 2020. En relación con los contratos de concesión de alumbrado público, esta Agencia también ha tenido oportunidad de pronunciarse en el Concepto C-037 del 16 de marzo del 2021. Mediante los Conceptos 2201913000009572 y 2201913000009588 del 24 de diciembre del 2019, 220213000007448 del 13 de agosto del 2020 y 2202013000002285 del 30 de marzo del 2020 esta Agencia se refirió a la noción de los contratos de obra e interventoría. Finalmente, mediante Concepto 2201913000005754 del 9 de agosto del 2019 esta Agencia abordó el análisis de la función de autorización para la celebración de contratos que le compete cumplir a los Concejos Municipales y mediante concepto C-100 de 2020 del 27 de marzo del 2020, estudió lo atinente a la modificación y adición de los contratos estatales. Las tesis desarrolladas en estos conceptos que, en lo pertinente, se reiteran en esta ocasión, se complementan con algunas consideraciones relativas a la consulta bajo examen:

**2.1. Concepto, características y ámbito de aplicación de las Asociaciones Público Privadas –APP–**

Mediante la Ley 1508 de 2012, el Congreso de la República estableció el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, en cual se define dicha figura, se concreta su ámbito de aplicación y se prevén los principios generales a los que se someten las mencionadas Asociaciones, el derecho a retribuciones, el plazo de los respectivos contratos, entre otros aspectos. Adicionalmente, la norma aludida regula los tipos de Asociaciones Público Privadas que existen en el ordenamiento jurídico colombiano; así como el alcance y requisitos que se deben cumplir, en cada caso, para su concreción y para la celebración y ejecución de los contratos respectivos.

En ese contexto, el artículo 1 ibídem dispone que las Asociaciones Público Privadas son «un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa 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 nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio». Así, conforme a la regulación vigente, las Asociaciones Publico Privadas constituyen modalidades de negocio en las cuales la disponibilidad y el nivel de la infraestructura o servicio resultan determinantes, tal como lo admite la Corte Constitucional, expresando lo siguiente:

«Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva [...]»[[2]](#footnote-2).

Con fundamento en dicha noción, puede decirse que las Asociaciones Público Privadas son una figura que permite la participación del sector privado en la gestión pública, mediante la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios y la vinculación de capital, conocimientos y experiencia, así como la asunción de mayor riesgo que el ordinariamente asumido en otras tipologías contractuales.

Sobre su consagración legal y su alcance, la doctrina nacional ha expresado que «las APP no constituyen un instrumento absolutamente novedoso en el derecho colombiano, pues los contratos con los que se pretende instrumentarlas –ya sea el caso de una concesión u otro tipo contractual– son figuras que ya existían en nuestra legislación»[[3]](#footnote-3). Así lo ha reconocido también la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a la Ley 1508 de 2012, en los siguientes términos:

«Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros [...]»[[4]](#footnote-4).

Lo anterior, además, se ajusta por completo a lo previsto en el artículo 2 de la Ley 1508 del 2015 en el cual se dispone expresamente que «las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-5), se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas». En relación con los contratos en los cuales resulta aplicable la figura, es pertinente señalar que el artículo 3 de la Ley 1508 del 2015 prescribe que «la […] ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura».

Vale la pena resaltar que el mencionado cuerpo normativo, y con ello las APP, también aplican cuando el contrato verse «sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos», como lo señala el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012. Así mismo, conviene precisar que, en los términos del parágrafo 1° del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, «solo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000)». Ahora bien, ni la Ley 1508 de 2012 ni el Decreto 1082 del 2015 que la reglamentan contienen disposiciones específicas sobre los factores que se consideran comprendidos en el concepto «monto de inversión», lo cual supone que, respecto del mismo se debe acudir al sentido literal de las palabras contenidas en la ley[[6]](#footnote-6) y por lo tanto que dicho monto se determina en función de la suma total que deberá invertirse en el proyecto. En armonía con lo anterior, la doctrina considera que «las Entidades Estatales deben establecer en sus proyectos si versan sobre la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados; si corresponden a infraestructura; y, si son superiores a la cuantía de que trata el parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012. Si el proyecto no cumple tales condiciones, la consecuencia es que son aplicables las normas del contrato de concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o demás normas especiales y complementarias»[[7]](#footnote-7).

 Ahora bien, la aplicación de la figura en un caso concreto no opera *ipso iure*, pues como cualquier tipología contractual, requiere de análisis jurídicos, técnicos y financieros en los que se evidencie la conveniencia y necesidad de acudir a ella. Así lo exige el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 al prever que el esquema APP podrá emplearse por las entidades estatales cuando «en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución». Por las razones expresadas, a las entidades estatales les corresponde definir la modalidad de selección, la tipología contractual y demás condiciones en que se va a involucrar en el tráfico jurídico convencional para satisfacer una necesidad de interés público, todo lo cual debe estar soportado en los documentos de estructuración del proyecto.

**2.2. Tipos de Asociaciones Público Privadas y su regulación**

La Ley 1508 de 2012 regula dos tipos de proyecto de asociación público privada: i) los de iniciativa pública y ii) los de iniciativa privada. En los primeros, es la entidad estatal la que estructura el proyecto y realiza la invitación a participar en el proceso de selección. En los segundos, son los particulares quienes elaboran la propuesta, previa estructuración del proyecto, por su cuenta y riesgo. Tanto los proyectos de asociación pública privada de iniciativa pública como los de iniciativa privada, se clasifican, a su vez, en dos modalidades: a) los que requieren el desembolso de recursos públicos y b) los que no necesitan dicho desembolso[[8]](#footnote-8).

 Sobre los procedimientos de selección del contratista, y las reglas para la celebración y ejecución aplicables a las asociaciones público-privadas, en cualquiera de sus modalidades, es importante destacar que el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, al regular el ámbito de aplicación de dicha Ley, determina que los contratos que involucren este tipo de esquemas asociativos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en esa Ley[[9]](#footnote-9). Esto pone de presente, de una parte, que en el articulado de la Ley 1508 de 2012 y en el reglamento, contenido en el Decreto 1082 del 2015[[10]](#footnote-10), hay una serie de reglas especiales para el desarrollo de procesos de selección diferentes para cada una de las modalidades de asociación público-privada antes mencionadas, las cuales son de aplicación prevalente; y, de otra, que en los aspectos no regulados, tales disposiciones se complementan con lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP­­–.

Así, por ejemplo, el artículo 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082 del 2015, dispone que el procedimiento de selección para proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública es de licitación pública, para lo cual remite de manera expresa al artículo 30 de la Ley 80 de 1993; no obstante lo cual, ratifica la aplicación prevalente de la Ley 1508 de 2012 en lo específicamente regulado por esta[[11]](#footnote-11).

De lo anterior se desprende que, conforme al régimen de aplicación prevalente de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 y supletivo o complementario de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, establecido en el inciso tercero del artículo 3 de la precitada Ley, las asociaciones público-privadas de iniciativa pública o privada están regidas por unas reglas y procedimientos de selección de obligatoria observancia, que deberán aplicarse con rigurosidad en los eventos en que, realizados los estudios y análisis comparativos del caso, la entidad pública haya concluido, y así esté evidenciado en los documentos del proceso, que resulta conveniente y necesario acudir a dicho esquema para satisfacer una necesidad de interés público.

Ahora bien, en cuanto algunas de las preguntas formuladas en la consulta se refieren a los procedimientos que se deben cumplir para estructurar una APP de iniciativa pública en un municipio o distrito resulta pertinente señalar que lo referente a proyectos de asociación público privada de iniciativa pública[[12]](#footnote-12) está regulado en el Titulo II de la Ley 1508 de 2012, en el cual se consagran disposiciones que ratifican la articulación normativa entre dicha Ley y lo dispuesto en el EGCAP, en cuanto a procedimientos de selección, tal como se desprende del artículo 9[[13]](#footnote-13). Por su parte, el artículo 10 estipula la posibilidad de acudir a sistemas de precalificación[[14]](#footnote-14), el 11 prevé los requisitos necesarios para que una entidad abra un proceso de selección para la ejecución de proyectos de asociación público-privada[[15]](#footnote-15), el 12 determina los requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia aplicables[[16]](#footnote-16) y el 13 regula las condiciones requeridas para efectuar adiciones o prórrogas[[17]](#footnote-17).

Lo anterior, a su vez, es reglamentado en el Titulo 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, en cuya Sección 4 se ubica el artículo 2.2.2.1.4.1, que prevé como procedimiento de selección para proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública el de licitación pública, para lo cual se remite de manera expresa al artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y ratifica la aplicación prevalente de la Ley 1508 de 2012 en lo específicamente regulado por esta[[18]](#footnote-18).

 Las referidas reglas deben observarse durante el proceso de selección que inicie la entidad para seleccionar al inversionista privado que se vinculará a la ejecución del respectivo proyecto. Además de éstas, y de forma previa a su aplicación, en la estructuración del proyecto las entidades públicas deberán realizar los análisis que les permitan identificar, como ya se expresó, que el esquema APP es el que se requiere y que resulta más conveniente en un caso concreto. Para ello, resultan particularmente ilustrativas las consideraciones expresadas en la Guía de Asociaciones Público Privadas del Departamento Nacional de Planeación, que se cita a continuación:

«Pasar de la teoría a la práctica en materia de APP puede parecer complicado. A pesar de tener claras las bondades de las APP sobre la obra pública tradicional, por ser un marco normativo reciente, las entidades públicas pueden encontrar dificultades al iniciar una Asociación Público Privada. En la realidad un proyecto de APP requiere mayores estudios y planeación que un proyecto de inversión ejecutado bajo obra pública tradicional, dado que se está concretando una relación de largo plazo entre el sector público y el sector privado. Sin embargo, gran parte de este trabajo será realizado por especialistas que en muchos casos serán contratados exclusivamente para cumplir con las labores técnicas. La responsabilidad de la entidad contratante será definir claramente cuáles son sus objetivos y metas, las necesidades de la población y la estrategia para satisfacerlas, valorar correctamente el interés de la comunidad en el proyecto y los beneficios económicos, ambientales y sociales que éste les genera, como lo que se debe adelantar para cualquier proyecto de inversión a emprender. En la misma línea, la entidad debe realizar una adecuada labor de supervisión de las labores de sus asesores durante la fase de estructuración, y de las labores de los contratistas durante la fase de operación una vez construido el activo, así como garantizar que exista una voluntad política frente a la ejecución del proyecto. Este capítulo se enfoca en la fase inicial de elegibilidad de un proyecto de APP, en la cual la entidad pública empieza a definir el alcance e importancia estratégica del proyecto, a estimar su valor por dinero, viabilidad financiera y bancabilidad, y ayuda a precisar cuáles son los primeros pasos a seguir, previo a iniciar la fase de estructuración propiamente dicha. Vale la pena recordar que en una APP el socio público es el encargado de definir sus requerimientos en términos de calidad y desempeño de la infraestructura, no en visualizar una estructura u obra, lo cual constituye un cambio en la forma de concebir un proyecto de infraestructura.

[…]La entidad pública debe tener un método para presentar, sustentar y analizar la idea del proyecto en cuestión. Esta guía recomienda el método de las cinco justificaciones creado por el Reino Unido y utilizado por la mayoría de los países anglófonos (Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, África del Sur, etc.) con éxito durante dos décadas. Este método permite presentar de una forma ordenada todos los estudios que se realizarán en la etapa de estructuración del proyecto y mantener una estructura argumentativa clara frente a entidades reguladoras, agentes involucrados en el proceso y el público en general. Gran parte de las labores de estructuración podrán adelantarlas terceras partes contratadas para tal fin. Sin embargo, la entidad debe tener claridad sobre los productos a solicitar y cómo estos responden a un adecuado esquema de estructuración del proyecto. En el método de las cinco evaluaciones, estas permiten responder en todo momento a las preguntas básicas del desarrollo de un proyecto y a medida que se aumenta en la profundidad del análisis por medio de productos, permiten mejorar la solidez de las respuestas. Las cinco justificaciones en los cuales se basa el método son:

Justificación Estratégica - ¿El proyecto es necesario desde un punto de vista social y se alinea a las políticas públicas y prioridades del Gobierno?

Justificación Económica - ¿El proyecto representa la mejor opción de proyecto y mejor ruta de contratación? Justificación Financiera

- ¿El proyecto es viable financieramente?, ¿Lo podrá pagar la entidad pública en el tiempo con vigencias futuras de su presupuesto?

-Justificación Comercial - ¿El proyecto es bancable comercialmente?, en otras palabras, ¿el proyecto es suficientemente atractivo para atraer capital privado para su financiamiento?

-Justificación Gerencial - ¿El proyecto es realizable con los recursos humanos y presupuestales con los que cuenta la autoridad contratante y en los tiempos acordados?*»*

Los lineamientos citados resultan útiles para efectos de realizar, en un caso concreto, los distintos análisis y estudios exigidos en el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, entre éstos los estudios técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente su valor, la descripción detallada de sus fases y su duración; así como la justificación del plazo del contrato, la evaluación costo beneficio del proyecto y los análisis que evidencien la justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para su ejecución.

**2.3. Administración de los recursos destinados a la ejecución de esquemas de Asociación Público Privada**

Para efectos de analizar las reglas conforme a las cuales se deben manejar los recursos que se destinarán a la ejecución del proyecto, en el caso de las APP de iniciativa pública que requieren el desembolso de recursos públicos, los artículos 2.2.2.1.3.1. –modificado por el artículo 2 del Decreto 438 del 2021– y 2.2.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 disponen que:

* Se consideran desembolsos de recursos públicos los que provienen del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos.
* Los desembolsos de recursos públicos no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto, considerado en la etapa de prefactibilidad y factibilidad, respectivamente.
* Los aportes del Estado que no constituyen erogaciones del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las entidades territoriales o entidades descentralizadas, de otros Fondos Públicos no son desembolsos de recursos públicos. ​​

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 1508 del 2012 prevé:

«ARTÍCULO 24. PATRIMONIO AUTÓNOMO. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo *constituido por el contratista*, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

PARÁGRAFO. Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero “UIAF” el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera» (Cursiva fuera te texto).

 Así, por expreso mandado legal, siempre que se acuda a esquemas de Asociación Público Privada, la administración de los recursos con los cuales se ejecutará el respectivo proyecto debe realizarse a través de la figura del patrimonio autónomo cuya constitución es un deber del contratista, no de la entidad contratante. Por lo tanto, el contrato de fiducia que se celebre para el efecto constituye una relación contractual entre el contratista ejecutor del proyecto de asociación público privada, en su calidad de fideicomitente y la respectiva fiduciaria.

 Se trata, entonces, de un contrato de fiducia mercantil, en los términos definidos para esta tipología contractual en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio y en los artículos 146 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema financiero y no de un contrato de fiducia pública. Lo anterior, por cuanto la entidad pública no es parte del negocio jurídico[[19]](#footnote-19) y en cuanto el artículo 24 de la Ley 1508 del 2012 exige que la administración se dé a través de un patrimonio autónomo, figura que no concurre en el caso del contrato de fiducia pública. Sobre el particular, es pertinente traer a colación lo expresado por la Corte Constitucional, en relación con las características del contrato de fiducia pública[[20]](#footnote-20):

«El Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero**.** Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Esta Corporación encuentra que el hecho de que el contrato de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, denominado "encargo fiduciario y fiducia pública", contenga disposiciones que desconocen los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil o que resultan poco prácticas al momento de contratar con el Estado, no significa que se haya vulnerado disposición constitucional alguna […]».

Ahora bien, en el contrato de fiducia mercantil, la condición de fiduciario no puede tenerla cualquier persona. En efecto, «solamente los establecimientos y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria pueden tener la calidad de fiduciarios (artículo 1226 C. de Co.), lo cual significa que quien como persona jurídica ostenta esa calidad, es quien se expresa en todo lo que concierne con el patrimonio autónomo, al cual, desde esa perspectiva, no le falta entonces un sujeto titular del mismo así lo sea de un modo muy peculiar»[[21]](#footnote-21). Por lo tanto, la fiducia mercantil que se celebre para la administración de los recursos destinados a la ejecución de proyecto, a través del esquema de asociación público privada debe perfeccionarse con una sociedad que cumpla dichas condiciones.

**2.4. El régimen del contrato de concesión de alumbrado público**

El artículo 1 del Decreto 943 del 2018, que modificó el artículo 2.2.3.1.2. del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía 1073 de 2015, define al servicio de alumbrado público en los siguientes términos:

«Servicio público no domiciliario de iluminación, inherente al servicio de energía eléctrica, que se presta con el fin de dar visibilidad al espacio público, bienes de uso público y demás espacios de libre circulación, con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o distrito, para el normal desarrollo de las actividades.

El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía eléctrica al sistema de alumbrado público, la administración, operación, mantenimiento, modernización, reposición y expansión de dicho sistema, el desarrollo tecnológico asociado a él, y la interventoría en los casos que aplique.

Parágrafo. No se considera servicio de alumbrado público la semaforización, los relojes digitales y la iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos de uso residencial, comercial, industrial o mixto, sometidos al régimen de propiedad horizontal, la cual estará a cargo de la copropiedad.

Se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no se encuentren a cargo del municipio o distrito, con excepción de aquellos municipios y distritos que presten el servicio de alumbrado público en corredores viales nacionales o departamentales que se encuentren dentro su perímetro urbano y rural, para garantizar la seguridad y mejorar el nivel de servicio a la población en el uso de la infraestructura de transporte, previa autorización de la entidad titular del respectivo corredor vial, acorde a lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 1682 de 2013.

Tampoco se considera servicio de alumbrado público la iluminación ornamental y navideña en los espacios públicos, pese a que las Entidades Territoriales en virtud de su autonomía, podrán complementar la destinación del impuesto a dichas actividades, de conformidad con el parágrafo del artículo 350 de la Ley 1819 de 2016».

 La prestación del servicio de alumbrado público es una función que le compete cumplir a los municipios y distritos, quienes podrán cumplirla de forma directa o través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores de este servicio que demuestren idoneidad en la prestación del mismo[[22]](#footnote-22).

 En relación con el régimen de contratación aplicable a los contratos, celebrados con terceros por los municipios y distritos, para la prestación del servicio de alumbrado público, el artículo 2.2.3.6.1.4. del referido Decreto dispone que éstos se someten al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, dicha norma prevé:

«Los contratos relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público que suscriban los municipios o distritos con los prestadores del mismo, se regirán por las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen, incluyendo los instrumentos de vinculación de que trata la Ley 1508 de 2012 o la disposición que la modifique, complemente o sustituya».

 Esto significa que los referidos contratos se someten a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que, entre otros tipos contractuales, define el contrato de concesión; así como al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que regula los procedimientos de selección. Así mismo, conforme a la citada norma, a los contratos que se celebren con el objeto de prestar el servicio de alumbrado público les resulta aplicable el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, cuyo tenor es el siguiente:

«Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. Así mismo, tendrán una interventoría idónea. Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público, pues este se regirá por las Leyes 142 y 143 de 1994. La CREG regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto».

 De modo que, por expresa disposición legal, los municipios y distritos pueden celebrar contratos de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público, los cuales se someten a las reglas previstas para el efecto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y deben observar el mandato perentorio contenido en el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 en relación con la obligatoriedad de contar con una interventoría idónea, esto es, en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, consistente en «[…] el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen».

 Mediante la celebración de contratos de concesión, las entidades públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión en el futuro[[23]](#footnote-23).

 Por tanto, en el contrato de concesión el contratista es, en principio, quien por su cuenta y riesgo ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración[[24]](#footnote-24), tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[25]](#footnote-25). A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública son principalmente las aplicables a las entidades públicas en la celebración de los contratos de concesión[[26]](#footnote-26).

 Ahora bien, aunque la remisión del artículo 2.2.3.6.1.4. del Decreto 1073 del 2017, al Estatuto General de la Contratación Pública para efectos de establecer el régimen al cual se someten los contratos de concesión que tengan por objeto la prestación del servicio de alumbrado público, supone que los procedimientos de selección que se deben surtir para su celebración son los previstos en el artículo 2 Ley 1150 de 2007, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que, el procedimiento de selección que debe efectuarse para poder suscribir el contrato de concesión del servicio de alumbrado público, debe cumplir, además, con los preceptos del artículo 55 de la Ley 143 del 1994, que establece:

«Mediante el contrato de concesión, la Nación, el departamento, el municipio o distrito competente podrán confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad a una persona jurídica privada o pública o a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente.

La vigilancia y control del concedente no obsta para que el Ministerio de Minas y Energía, así como otros organismos estatales ejerzan sus facultades legales de regulación, fiscalización, control y vigilancia.

El concesionario del servicio de electricidad deberá sujetarse a las disposiciones legales que le sean aplicables; y a lo dispuesto en el respectivo contrato de concesión.

El concesionario deberá reunir las condiciones que requiera el respectivo servicio, de acuerdo con los reglamentos que expida el Ministerio de Minas y Energía. El otorgamiento de la concesión se hará mediante oferta pública a quien ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas para el concedente y en beneficio de los usuarios.

Lo anterior sin perjuicio de otras modalidades contractuales viables en concordancia con el artículo 10 de la presente Ley».

 En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha interpretado el citado artículo 55 de la Ley 143 de 1994 como una norma aplicable a la celebración del contrato de concesión del servicio de alumbrado público por parte de los municipios y distritos, afirmando que, según lo establecido en el cuarto inciso, la autoridad concedente debe realizar un procedimiento que garantice la libre concurrencia. En tal sentido, el alto tribunal indicó que «[…] la Ley 143 hizo relación al contrato de concesión del servicio de alumbrado público. Adicionalmente se observa que la Ley 143 sometió la adjudicación del contrato de concesión a oferta pública, pero en manera alguna se separó el referido contrato de la aplicación de la Ley 80 de 1993, en materia de los principios de la contratación estatal»[[27]](#footnote-27).

 En esas condiciones, conforme a las normas vigentes y a la interpretación que la jurisprudencia contencioso administrativa le ha dado a su alcance, los contratos de concesión del servicio de alumbrado público se someten a las reglas fijadas para su celebración y ejecución en el Estatuto General de Contratación Pública, que se complementan con la previsión específica del artículo 55 de la Ley 143 del 1994, según la cual en este tipo de contratos siempre se requerirá de oferta pública.

 Con relación a lo expresado, resulta pertinente resaltar que esta Agencia, mediante concepto C-077 del 16 de marzo del 2021 manifestó que la previsión contenida en el artículo 55 de la Ley 143 del 1994 evidencia que, en todos los casos el contrato de concesión de alumbrado público debe ser «el resultado de un procedimiento que garantice la presentación pública de ofertas. Por lo tanto, si bien, acudiendo al criterio orgánico, el contrato de concesión que llegare a celebrar una empresa prestadora de servicios públicos de naturaleza oficial con un municipio o distrito, para encargarse del servicio de alumbrado público, puede calificarse como un contrato interadministrativo, debe ser el resultado de un procedimiento de selección plural. En consecuencia, al existir norma especial en el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, no puede aplicarse la causal de contratación directa del artículo 2º, numeral 4º, literal c) de la Ley 1150 de 2007».

 Adicionalmente, en cuanto la consulta formulada se dirige a establecer si el contrato de concesión de alumbrado público está sometido a la Ley 1508 de 2012 y al Decreto 1082 de 2015 que lo reglamenta, conviene recordar lo siguiente:

* El artículo 2 de dicha Ley prevé que «las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas;
* El artículo 3 de la Ley 1508 del 2015 dispone que su régimen es aplicable a los contratos que versen «sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos».
* El artículo 1 del Decreto 943 del 2018, que modificó el artículo 2.2.3.1.2. del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, define al alumbrado público como el servicio público no domiciliario de iluminación.
* El parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1508 establece un límite en su aplicación a proyectos cuyo monto de inversión es superior a seis mil (6000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

 En esas condiciones, es claro que el régimen de APP previsto por la Ley 1508 de 2012 no es el único aplicable a contratos en que existe vinculación de capital privado para la provisión de bienes y servicios públicos 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, puesto que no se encuentran dentro de su ámbito de aplicación los proyectos que no versan sobre infraestructura o cuya cuantía es inferior a seis mil (6000) salarios mínimos legales mensuales.

 Cuando los proyectos se encuentren dentro del monto de inversión definido en la norma, las entidades públicas deberán tener en cuenta que el legislador consideró que los contratos de concesión, de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidos dentro de los esquemas de APP, por lo cual, en principio, todo proyecto que tenga por objeto el desarrollo de las actividades descritas en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, entre éstos los que versen sobre la infraestructura para la prestación de servicios públicos como el de alumbrado público, se somete a sus normas. La aplicación del régimen previsto en la Ley 1508 del 2012 y en sus normas reglamentarias en un caso determinado, tal y como se expresó en los numerales 2.1. y 2.2. del presente concepto, deberá obedecer a los estudios y análisis comparativos del caso, en los cuales la entidad pública haya concluido, y así esté evidenciado en los documentos del proceso, que resulta conveniente y necesario acudir al esquema de APP para satisfacer una necesidad de interés público.

 En conclusión, para la celebración de contratos de concesión que tenga por objeto la prestación del servicio de alumbrado público los municipios y los distritos deberán analizar si resulta conveniente y necesario acudir al esquema de asociación público privada. En tal caso, deberán tener en cuenta el régimen de aplicación prevalente de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 que se complementa, con carácter supletivo por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Si los estudios y análisis comparativos realizados en un caso concreto evidencian que este esquema no es necesario y conveniente deberán celebrar el contrato conforme a las reglas definidas en el Estatuto General de Contratación, complementado con la previsión contenida en el artículo 55 de la Ley 143 del 1994.

**2.5. Celebración y ejecución de contratos de concesión de alumbrado público por parte de entidades descentralizadas**

De conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, pueden prestar los servicios públicos, entre otros: i) las empresas de Servicios Públicos E.S.P. y ii) las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional «que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17»[[28]](#footnote-28).

 Las E.S.P se clasifican de la siguiente forma, en virtud de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994: i) Empresas Oficiales Prestadoras de Servicios Públicos: entendidas como aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades descentralizadas territorial, funcionalmente o por servicios tengan el 100 % de los aportes; ii) Empresas Mixtas Prestadoras de Servicios Públicos: aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades descentralizadas territorial, funcionalmente o por servicios tengan aportes iguales o superiores al 50 %, iii) Empresas privadas con participación estatal: aquellas en que la Nación o las entidades descentralizadas territorial, funcionalmente o por servicios tengan una participación del 0.1 % al 49.99 %; iv) Empresas privadas: aquellas donde ni la Nación ni las entidades descentralizadas territorial, funcionalmente o por servicios tengan participación.

 Finalmente, vale la pena resaltar que las Empresas Mixtas Prestadoras de Servicios Públicos son distintas a las sociedades de economía mixta, pues mientras la primera presta servicios públicos domiciliarios, lo cual es inherente a la actividad social del Estado para satisfacer intereses de carácter general o colectivo, la segunda produce bienes o presta servicios de naturaleza industrial y comercial.

 En esas condiciones, en tanto el alumbrado público se define como un servicio público por el artículo 2.2.3.1.2 del Decreto 1073 del 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 943 de 2018, la prestación del mismo se puede llevar a cabo por empresas mixtas prestadoras de servicios públicos, las cuales podrán ser contratadas por los municipios o distritos en los términos descritos en el numeral anterior, mediante contrato de concesión.

 Contratadas para el efecto por los municipios o distritos, adquieren la condición de contratistas y, por lo tanto, a éstos les asiste el deber de vigilancia y seguimiento a su ejecución, el cual, en estos casos, en los términos del artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 se debe cumplir a través de una interventoría idónea. En efecto, esta última norma dispone que, «todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público» deben contar con una interventoría idónea, lo que supone que esta obligación se debe cumplir inclusive cuando el contratista sea una entidad de naturaleza pública o mixta.

**2.6. Alcance de la función de autorización para celebrar contratos asignada a los Concejos Municipales**

Las competencias de los concejos municipales se encuentran previstas en el artículo 313 de la Constitución Política y en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012. Las referidas disposiciones establecen:

«Artículo 313. Corresponde a los concejos:

[…]

3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.

Artículo 32. Atribuciones. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.

[…]

3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo.

[…]

Parágrafo 4°. De conformidad con el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:

1. Contratación de empréstitos.
2. Contratos que comprometan vigencias futuras.
3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.
4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.
5. Concesiones.
6. Las demás que determine la ley».

El alcance de estas atribuciones ha sido objeto de análisis y pronunciamiento por parte de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, en el concepto con radicado No. 11001-03-06-000- 2014-00285-00 (2238) del 11 de marzo de 2015, en el cual se reiteró que «por regla general los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal».

Así mismo, el Consejo de Estado señaló, en el pronunciamiento citado, que la autorización previa por parte del concejo municipal tiene carácter excepcional, y únicamente aplica respecto de los casos señalados expresamente en el parágrafo 4º del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, y en los casos adicionales que haya establecido expresamente el concejo municipal en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó lo siguiente:

Así pues, se debe reiterar que a través de la atribución constitucional del artículo 313-3 de la Constitución Política, de naturaleza netamente administrativa, el concejo municipal no puede (i) someter todos los contratos que vaya a suscribir el alcalde a su autorización previa, sino solamente aquellos que por su naturaleza, monto, o materia pueden afectar de manera importante la vida municipal; (ii) modificar el estatuto de contratación pública o sus normas reglamentarias o establecer trámites o requisitos adicionales para el respectivo contrato; o (iii) interferir en las potestades contractuales que la Constitución y la ley le asignan al alcalde como representante legal del municipio.

[… ]

De este modo, en caso de silencio de la ley o en ausencia de acuerdo que someta un determinado contrato a autorización previa del concejo municipal, habrá de entenderse que el alcalde puede celebrarlo, sin necesidad de tal autorización, con base en sus facultades constitucionales y legales en materia contractual».

Esta Agencia, mediante concepto 2201913000005754 del 2019 compartió las precisiones efectuadas por el Consejo de Estado, en el sentido de manifestar que «según las normas y el concepto citado es posible concluir que el requisito de autorización previa por parte de corporaciones públicas municipales únicamente se predica de los contratos que expresamente identificó el legislador, como es el caso de los establecidos en el parágrafo 4 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, y los que por vía acuerdo municipal se haya fijado este requisito en consideración a su importancia para el ente territorial». En consecuencia, los contratos de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público, al margen de las normas que sirvan de sustento a su celebración y ejecución, conforme a lo dispuesto en el parágrafo 4° del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, deberán contar con la autorización previa al alcalde para su suscripción.

**2.7. El contrato de obra**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de obra pública como aquel que celebran las entidades estatales «para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago». (Cursiva fuera de texto).

A su turno, el Código Civil define a los bienes inmuebles o bienes raíces como aquellos que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles y las casas. A pesar de esa definición general, el Código Civil también dispone, en sus artículos 657 y 658, que existen otras categorías de bienes inmuebles: los inmuebles por adhesión y por destinación. Las disposiciones en cuestión no contienen una definición de tales conceptos, sino que se limitan a enlistar tipos de bienes que podrían caber en éstos, así:

«ARTÍCULO 657. INMUEBLES POR ADHESIÓN. Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro.

ARTICULO 658. <INMUEBLES POR DESTINACION>. Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo, de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:

Las losas de un pavimento.

Los tubos de las cañerías.

Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca.

Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla. Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste.

Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio».

La doctrina, partiendo de la enunciación contenida en el artículo 657 del Código Civil, ha definido a los bienes inmuebles por adhesión como aquellos que son muebles por naturaleza, pero están adheridos permanente y materialmente a un inmueble, tales como el hierro, los ladrillos, las baldosas que se incorporan a una construcción. Así mismo, ha estructurado los requisitos que se deben observar para considerar que un bien mueble por naturaleza, es inmueble por adhesión, de la siguiente manera[[29]](#footnote-29):

1. Incorporación material al suelo: Este requisito se cumple cuando el bien mueble se une al inmueble por naturaleza y forma un todo y un cuerpo entre sí, al punto de perder su individualidad o contenido económico independiente.
2. Permanencia: La incorporación del bien mueble debe ser estable y fija, si es temporal no se está ante la presencia de un bien inmueble por adhesión. Pero si el bien mueble por naturaleza se separa temporalmente del inmueble para su reparación, eso no lo hace perder su carácter de inmueble por adhesión.

Igualmente, la Doctrina ha definido a los bienes inmuebles por destinación como «aquellos que son muebles por naturaleza y que, por una ficción jurídica del legislador, se transforman en inmuebles, por estar destinados permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble»[[30]](#footnote-30). También ha fijado los requisitos que deben observarse para considerar que un bien mueble por naturaleza es inmueble por destinación, así:

1. En razón a la finalidad: El bien mueble por naturaleza debe destinarse al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, lo que indica que entre ambos bienes debe existir una relación efectiva o económica.
2. Incorporación ideal o intelectual: los inmuebles por destinación no pierden su individualidad, conservan su fisonomía.

Conforme a lo expresado, el concepto de bien inmueble, considerado en sentido amplio, incluye tanto a los bienes inmuebles por naturaleza como a aquellos que adquieren esa calidad por adherencia o destinación, según el alcance de tales conceptos dado por el legislador. Ahora bien, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al definir al contrato de obra, no se refiere de forma específica a los bienes inmuebles por adhesión y por destinación, sino que se limita a expresar de forma general el tipo de actividades que deben considerarse como obra pública, para efectos de establecer el tipo contractual al que debe acudirse y por lo tanto los requisitos que deben cumplirse para su celebración y ejecución.

En efecto, la disposición en cuestión prevé que, además de la construcción, el mantenimiento, la instalación y en general la realización de cualquier otro trabajo material sobre el inmueble, constituyen contrato de obra, lo que evidencia la necesidad de que el operador jurídico determine en cada caso si las prestaciones a contratar pueden considerarse comprendidas dentro de las definiciones contenidas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Sobre el particular, es relevante señalar que, durante la planeación de los contratos estatales corresponde a las entidades determinar la tipología contractual a aplicar y, con ello, la modalidad de selección que debe adelantar para escoger al futuro colaborador de la Administración, motivo por el cual la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no tiene competencia para definir si un objeto determinado corresponde a una obra pública, una prestación de servicios o a un suministro, pues las particularidades de cada caso resultan relevantes para definir el tipo contractual que corresponde aplicar en relación con determinado contrato.

Sin perjuicio de ello, esta Agencia, mediante concepto 2201913000009588 del 24 de diciembre de 2019, manifestó que, «las actividades de mantenimiento sobre inmuebles, incluidas las cosas corporales incorporadas en dicha categoría jurídica por destinación o adhesión, están dentro del objeto del contrato de obra definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993»[[31]](#footnote-31). De modo que, en la etapa precontractual de la contratación estatal, la Administración al cumplir con su deber de elaboración de los estudios previos, para lograr con éxito el proceso de contratación que requiere para satisfacer una necesidad de bienes, obras o servicios con la finalidad de cumplir los cometidos estatales. De esta manera, allí se debe analizar, según el objeto a contratar y su alcance, cuál es el tipo de contrato y las obligaciones y prestaciones a pactar, que mejor satisfagan los intereses de la Administración como entidad contratante.

* 1. **Las modificaciones a los contratos estatales**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las que las reglamentan, no consagra una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las entidades estatales. Ello encuentra sustento en que, en principio, los contratos deben ejecutarse en las condiciones pactadas inicialmente, pues tales condiciones fueron convenidas luego de que la entidad pública surtiera todos los procedimientos previstos para la selección de su contratista y definiera los aspectos, técnicos, legales y financieros propios de cada caso, con observancia de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como de todos los demás principios que de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual, en tanto actuación administrativa.

En efecto, la regulación expresa contenida en la Ley se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados. Así lo hace en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993[[32]](#footnote-32) y en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en cuanto se refiere a los contratos de concesión[[33]](#footnote-33); así como las normas pertinentes de la Ley 1508 del 2012 en relación con los contratos celebrados bajo el esquema de asociación público privada[[34]](#footnote-34).

Ahora bien, no existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales y los mismos principios antes referidos puede poner en evidencia la necesidad de suscribir documentos de modificación en los cuales se cambie parte de las estipulaciones pactadas en un comienzo. En el contexto antes descrito, la jurisprudencia ha fijado pautas generales conforme a las cuales la Administración Pública debe evaluar, teniendo cuenta las particularidades de cada caso, si resulta procedente suscribir documentos de modificación a los contratos que ha celebrado. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-416 de 2012, expresó lo siguiente sobre la posibilidad de modificar los contratos estatales:

«Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.[[35]](#footnote-35) Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para «[…] evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001[[36]](#footnote-36), la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.[[37]](#footnote-37)

[…]

La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo. En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso.

Ahora bien, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal».

A su turno, el Consejo de Estado[[38]](#footnote-38), ha expresado lo siguiente sobre el asunto objeto de análisis:

«La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.

[…]

La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar … diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes».

En el mismo sentido, en el concepto 2263 del 17 de marzo del 2017, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales; límites que, en los términos definidos en el referido concepto, corresponden a los siguientes:

1. La necesidad de preservar los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia, durante la fase de ejecución del contrato.

Este límite encuentra sustento en el hecho de que, para celebrar contratos estatales las entidades públicas eligen, dentro de un «régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida», lo que supone que la selección objetiva de la oferta más favorable, se dirige a salvaguardar el interés público y, por lo tanto, celebrado el contrato en esas condiciones, su eventual modificación debe asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público.

Así, según lo expuesto en el concepto en cuestión «la aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa».

1. Límites de orden temporal, entre los que están comprendidos: i) la vigencia del contrato, pues no podría modificarse un contrato cuyo plazo ha culminado y ii) la prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas, en tanto resultan contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia.
2. Límites de orden formal, que comprenden: i) La solemnidad del contrato de modificación, derivada del carácter solemne del contrato estatal, que exige que modificación de los contratos conste por escrito[[39]](#footnote-39); ii) la motivación y justificación de la modificación, la cual constituye un elemento esencial que permite determinar la juridicidad y la necesidad de una modificación determinada; así como su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido.
3. Límites de orden material, que corresponden a: i) la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, que se presentará en los casos en que se incluyan elementos que, «habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada».

Sobre el alcance de dicha prohibición, la Sala de Consulta expresó lo siguiente[[40]](#footnote-40):

«Así, frente a circunstancias excepcionales la Administración podría usar su poder de modificación unilateral o realizar las modificaciones de mutuo acuerdo, con el cumplimiento de los requisitos de ley. Se trataría de la excepción a la regla general de intangibilidad del contrato. La doctrina y algunos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, aportan los elementos necesarios que permiten orientar a la Administración sobre esta vía excepcional y sus requisitos:

- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato. Con independencia de las razones y circunstancias imprevisibles que puedan presentarse, no es posible que el contrato mute o se transforme en un contrato sustancialmente distinto. Si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios pactados por otros diferentes, o se modifica el tipo de contratación, o el núcleo esencial del objeto, se presentaría una novación del negocio jurídico y su objeto.

[…]-Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas. Debe tratarse de la existencia de circunstancias surgidas de un riesgo imprevisible, no necesariamente de una situación no prevista, que pueda razonablemente considerarse en un futuro mediato o que debieron ser previstas en la etapa de planeación del contrato. Ello supone la existencia de circunstancias posteriores, externas a las partes y no agravadas por su acción u omisión, puestas de manifiesto o imposibles de advertir en la etapa precontractual, que, además, muestren la imposibilidad de cumplir lo pactado inicialmente, o su falta de idoneidad. Estas circunstancias pueden obedecer a razones de tipo geológico, medioambiental o de otra índole, que no pudieron ser razonablemente previstas

-La existencia de una necesidad de servicio público que justifique la modificación, hasta el punto de conjurar la nueva necesidad. La acreditación de estas circunstancias estará a cargo de la entidad estatal, justificada en los estudios previos y en la debida motivación del contrato modificatorio […]

-El cumplimiento del límite cuantitativo consagrado en la ley para los contratos adicionales.

-Debe tratarse de prestaciones necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, que no permitan su uso o aprovechamiento independiente La modificación de las condiciones de la prestación o del contrato debe presuponer que no pueda ser materia de un nuevo proceso de selección, o de su contratación con un tercero, en razón a que, por su naturaleza, resulte inseparable técnica o económicamente de la prestación pactada en el contrato inicial».

Es claro, entonces, que conforme a la regulación legal y a la interpretación que de la misma han hecho el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual se comparte por esta Agencia, es viable jurídicamente modificar los contratos estatales, pero esta medida tienen carácter excepcional y solo procede cuando con ella se pretenda garantizar el interés público, cuando la entidad haya verificado y así pueda constatarse por cualquier que la causa de la modificación es real y cierta y cuando se deriva de previsiones legales, esto es, cuando la modificación encuentra sustento no solo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador. Así las cosas, para establecer si un contrato determinado puede ser susceptible de modificación, se hace necesario que la Administración analice, en cada caso, la concurrencia de los aspectos antes referidos.

En el contexto anterior y en cuanto la consulta formulada en este caso se refiere a la posibilidad de incluir actividades adicionales a las contratadas inicialmente, resulta pertinente insistir en que, durante la ejecución de un determinado contrato las entidades públicas pueden evidenciar i) la necesidad de acometer mayores cantidades de los ítems o actividades inicialmente previstos, a lo que en la práctica se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «ítems contractuales»; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos ítems o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo que en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional».

No obstante, este último término, al igual que los señalados entre comillas ―algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra― son nociones doctrinarias y jurisprudenciales empleadas en la práctica contractual por las entidades estatales. Lo importante en relación con los mismos, tal como se ha resaltado por esta Agencia en oportunidades anteriores[[41]](#footnote-41), es que frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que implica una adición, por cualquiera de los dos supuestos señalados previamente, e independientemente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1508 del 2012 en relación con los contratos celebrados bajo el esquema de asociación público privada.

En cuanto se refiere a la posibilidad de ampliar las prestaciones contractuales mediante la ejecución de nuevos ítems no incluidos en el contrato inicial, la doctrina y la jurisprudencia han planteado dos posturas que se analizaron por esta Agencia en el Concepto C-100 del 2020, cuyo contenido se cita a continuación por resulta ilustrativo para absolver la presente consulta:

«Antes de señalar las dos posturas, es necesario aclarar que el presente problema ocurre, especialmente, en los contratos cuya estructuración y pago se realiza por precios unitarios, aunque también se ha extendido al de administración delegada o reembolso de gastos[[42]](#footnote-42), ya que en el de precio global, como más adelante se expondrá, existe un mayor consenso en torno a la forma de aplicar el parágrafo del artículo 40.

La primera postura, que fue señalada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y adoptada por el Consejo de Estado en otros pronunciamientos, parte de considerar que solo hay lugar a la celebración de un contrato adicional, y por tanto que se encuentre sometido al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando se trate de adicionar una obra u actividad que no estaba contemplada en el alcance inicial del contrato.

En tal sentido, y según dicha postura, a otros aumentos del valor originados, por ejemplo, en mayores cantidades de obra, no les aplica la prohibición, ya que, bajo dicha tesis, el valor inicial del contrato, en el sistema de precios unitarios, solo consiste en un estimativo del costo que tendrá el contrato, que solo logra determinarse una vez termine la ejecución, de manera que con las mayores cantidades de obra no se presentaría una modificación del precio, sino que simplemente se determinará el valor final del contrato, que no será diferente del precio acordado inicialmente que se mantendrá invariable, precisándose, al final, el monto real del estimativo.

[…] La postura anterior también es defendida por cierto sector de la doctrina[[43]](#footnote-43). Bajo ella se amplía el límite establecido por el legislador en el artículo 40, ya que este tipo de modificaciones, para ejecutar más de un mismo ítem o actividad pactada en el contrato ―estas posturas las considerarían «precisiones» o «determinaciones del valor final» ―, no se tendrían en cuenta para señalar en qué porcentaje se ha adicionado un contrato, ya que ellas no son *contratos adicionales*:

[…]La otra postura, defendida por otra parte de la doctrina, y que es la que sostiene esta Agencia, considera que cualquier aumento del valor, independientemente de la causa que lo origine, se enmarca dentro del límite del parágrafo del artículo 40, de manera que la norma debe entenderse en el sentido de que cualquier aumento del precio inicial, que implique añadir recursos a los inicialmente previstos, implica la celebración de una adición ―que será un contrato―, independientemente del nombre que se le dé y que necesariamente se someterá a la norma prohibitiva, salvo norma especial que excepcione la regla general:

[…] La tesis jurídica que prevalece es que los contratos no se pueden adicionar por encima del límite del art. 40, sin importar si la obra es extra o adicional, pues estas categorías son meramente técnicas y no jurídicas, de modo que lo determinante no es el tipo de obra, bien o servicio que se necesita ejecutar en mayor cantidad, sino su valor. Si sobrepasa el límite legal no es posible ejecutarlo[[44]](#footnote-44).

Esta Agencia comparte la última postura, ya que es la que mejor garantiza el principio de legalidad, pues la norma es clara en señalar que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, y valga la redundancia, el valor inicial es el contemplado en el contrato originario y cualquier alteración a ese valor constituirá, técnicamente, una adición, independientemente de cuál sea su causa; lo otro implicaría una fuga a la prohibición fijada por el legislador».

 Conforme a todo lo expuesto es claro que un contrato estatal puede modificarse en precio y en el alcance de su objeto para incluir actividades adicionales que no fueron comprendidas en el contrato inicial, siempre que se respete el límite fijado por el legislador para adicionar su valor y se respeten las demás disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Además de lo anterior, se remite al peticionario a las consideraciones doctrinarias transcritas previamente, donde se ha señalado que las modificaciones no podrían suponer la variación del objeto de un contrato, pues ello supondría la alteración de su esencia y lo convertiría en otro tipo de negocio jurídico. Si se presentara esta situación lo indicado no sería modificar el contrato sino celebrar uno nuevo.

Sobre este último punto, la doctrina[[45]](#footnote-45) ha precisado que cuando «se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa»[[46]](#footnote-46). Para la determinación de los aspectos que no alteran la esencia del contrato estatal y que por ello al variarse no lo convierte en otro contrato, resulta útil remitirse a lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil, que establece que los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales. Las definiciones de cada uno de dichos conceptos efectuadas en el artículo en comento resultarán útiles para establecer, en un caso determinado, si una específica modificación altera la esencia del contrato.

En todo caso, corresponderá a cada entidad estatal realizar el análisis respecto a la precedencia de modificar determinado contrato estatal, en el entendido que se respeten las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, además de definir previamente su procedencia desde la perspectiva jurídica, técnica y financiera.

**3. Respuesta**

«1. ¿Son aplicables la Ley 1508 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1467 de 2012, a los procesos de concesión de actividades relacionadas con la prestación del servicio de alumbrado público?»

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Ley 1508 del 2012 y su Decreto Reglamentario, que hoy corresponde al Decreto 1082 del 2015, pueden resultar aplicables a los contratos de concesión de actividades relacionadas con la prestación del servicio de alumbrado público. Su aplicación procederá cuando el respectivo municipio o distrito evidencie, durante la fase de planeación del contrato y así lo haga constar en los documentos del proceso, que es necesario y conveniente aplicar el esquema de asociación público privada en un caso concreto.

«2. Si la respuesta a la anterior inquietud es afirmativa, solicito se me informe ¿si el tope de inversión de 6.000 salarios legales mínimos mensuales vigentes, debe calcularse teniendo en cuenta la inversión a realizarse, o si también debe tener en cuenta los valores proyectados de administración, operación y mantenimiento, durante toda la vigencia del contrato a celebrar?»

Ni la Ley 1508 de 2012 ni el Decreto 1082 del 2015 que la reglamenta, contienen disposiciones específicas sobre los factores que se consideran comprendidos en el concepto «monto de inversión», lo cual supone que, respecto del mismo, se debe acudir al sentido literal de las palabras contenidas en la ley y por lo tanto se entiende que dicho monto se determina en función de la suma total que deberá invertirse en el proyecto.

«3. Si la respuesta a la primera inquietud fue afirmativa, solicito se me informe ¿sí una APP en materia de alumbrado público, sería de iniciativa privada o pública, habida consideración que los pagos al particular interesado se financiarán con cargo al impuesto de alumbrado público?»

Como quiera que, tal como se deriva de la consulta misma, la financiación de la prestación del servicio de alumbrado público provendría de recursos correspondientes a un impuesto, y en tanto que los mismos forman parte del presupuesto asignado a la entidad pública que lo recibe, la asociación público privada que se celebrara en esas condiciones puede ser de iniciativa pública o privada; en cualquiera de los dos casos, de acuerdo con la consulta, dicha APP sería de aquellas que requerirían desembolso de recursos públicos.

«4. Si la respuesta a la primera inquietud fue afirmativa, solicito se me informe ¿cuál sería la consecuencia legal, frente al contrato (nulidades, por ejemplo), y disciplinaria y fiscal, frente a los funcionarios que lo celebraron o promovieron, por el hecho de que superado el tope de 6.000 SLMMV se haya acudido al procedimiento de contratación establecido en la Ley 80 de 1993, obviando la aplicación de la Ley 1508 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1467 de 2012?»

En opinión de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente las entidades estatales no están irreflexivamente obligadas a contratar mediante el esquema APP, pues acudir a él o a las demás modalidades previstas en la ley, incluidas las descritas en la Ley 142 de 1994, depende del resultado de la planeación del contrato. Por ello, si el resultado de la planeación evidenció que no es necesario ni conveniente acudir al mismo, la entidad estaría facultada por la Ley para contratar conforme a las normas contenidas en el EGCAP. En este sentido, la viabilidad jurídica, técnica y financiera de celebrar determinado contrato corresponde definirla a cada entidad estatal.

 De otro lado, las eventuales responsabilidades generadas con ocasión de la actividad contractual de las entidades estatales corresponde definirlas a los respectivos órganos de control, responsabilidad que, además, debe analizarse en cada caso en concreto.

«5. Si la respuesta a la primera inquietud fue afirmativa, solicito me indique, dada la dificultad y novedad de los esquemas APP, que para los municipios y distritos son complejos, ¿cuál sería el paso a paso a seguir para estructurar una APP de iniciativa pública en un municipio o distrito? ¿Este contrato requeriría de autorización del correspondiente Concejo?»

Los procedimientos que deben aplicarse para acudir al esquema APP cuando este se identifique como necesario y conveniente en un caso concreto están definidos de manera detallada en la Ley 1508 del 2012 y en el Decreto 1082 del 2015 que la reglamenta. En tanto las concesiones forman parte del esquema APP, por expresa definición del artículo 2 de la Ley 1508 del 2012 y este tipo de contratos debe contar con autorización del concejo para su celebración, en los términos del parágrafo 4° del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, la suscripción de un contrato que tenga por objeto la prestación del servicio de alumbrado público, al amparo del esquema APP, requerirá autorización del respectivo concejo municipal.

«6. Al margen de las anteriores respuestas, solicito se me indique ¿si en el marco de la ejecución de un contrato de concesión de ley 80 de 1993 o de APP de Ley 1508 de 2012, respecto del servicio de alumbrado público, resulta posible encargar a una fiducia la administración de los recursos del impuesto y si tal fiducia puede o no ser privada dada la naturaleza de los recursos que financian el impuesto y que provienen del recaudo de un tributo o de las arcas municipales?»

La administración de los recursos destinados a la ejecución de proyecto de asociación público privada, cualquiera sea su fuente, debe realizarse mediante un patrimonio autónomo, figura que en el contexto de los negocios fiduciarios se concreta mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil. El contrato de fiducia mercantil, en los términos definidos en el artículo 24 de la Ley 1508 del 2012 se celebra entre el particular contratista y la entidad fiduciaria. De esta manera, solamente los establecimientos, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria pueden celebrar y ejecutar contratos de fiducia, en condición de fiduciarios.

De otro lado, aunque en los contratos de concesión sometidos a la Ley 80 de 1993 no se consagra legalmente la obligación de administrar los recursos destinados a su ejecución bajo un mecanismo específico, la entidad contratante podría establecer en el marco de las estipulaciones contractuales que dichos recursos sean administrados a través de una fiducia y, al mismo tiempo, sirvan de fuente de pago y de garantía que respalde los mecanismos utilizados para la ­financiación del proyecto. La aplicación de este tipo de figuras deberá obedecer a un análisis sobre su necesidad y conveniencia en un caso concreto.

«7. En línea con la anterior inquietud, y si la respuesta a la misma es que de ser posible la contratación de una fiducia para la administración de recursos provenientes del impuesto de alumbrado público, esta debe ser pública, solicito se me indique, ¿si puede delegarse al contratista en el contrato o en otro instrumento, la contratación del esquema fiduciario, para lograr que éste sea de derecho privado?»

En el caso del esquema APP la contratación de la entidad fiduciaria debe darse por el particular contratista porque así lo exige de forma expresa el artículo 24 de la Ley 1508 del 2012. Si se trata de un contrato de concesión tradicional, la respectiva entidad contratante deberá definir, conforme lo exige el principio de planeación el alcance y características que se establecerá en un caso determinado para la administración de los recursos afectos al mismo.

«8. Bajo el contexto de que el Decreto 943 de 2018, señala que la destinación del impuesto de alumbrado público puede adicionarse a actividades de alumbrado navideño y ornamental e iluminación de vías departamentales o nacionales, siempre que el recaudo sea suficiente, solicito se me indique si celebrado un contrato en el que se encargue la prestación del servicio de alumbrado público a un particular concesionario, el objeto no incluyó tales actividades, ¿las mismas pueden adicionarse al ser connaturales al servicio sin que ello constituya una modificación al objeto contractual? y, en caso que ello resulte posible, ¿cuál debe ser el instrumento a utilizar para incluir estas nuevas actividades, actas entre las partes, nuevos contratos, otrosíes? De resultar posible este pacto entre el ente territorial y el particular, ¿tiene algún papel la interventoría, ¿cuál?»

De conformidad con la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente es competente para absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general, en tal sentido, carece de la competencia para pronunciarse sobre casos particulares o validar las actuaciones concretas de las entidades estatales, que corresponde tomarlas a ellas dentro de su autonomía contractual. En tal sentido, sin perjuicio de las consideraciones generales realizadas particularmente en el numeral 2.8 de este concepto, corresponde a cada entidad definir la viabilidad jurídica, técnica y financiera de celebrar determinado contrato estatal o modificarlo ateniendo al alcance de cada uno de ellos y a las disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico. En línea con lo anterior, el rol de la interventoría en el trámite de una eventual adición estará determinado por el alcance de sus obligaciones contractuales.

«9. De otro lado, quiero consultar si la celebración de contratos que impliquen el suministro de luminarias y su instalación en vías y áreas públicas, sin conceder la operación del servicio (p.e. contratos de financiación, suministro e instalación sin operación), ¿constituyen contratos de obra pública, o cuál sería la naturaleza de este tipo de contratos y su régimen legal aplicable?, de igual manera, quisiera saber ¿si estos contratos también implican la aplicación de las normas APP antes mencionadas en esta solicitud de concepto?»

La determinación del tipo contractual que debe aplicarse en un caso determinado desborda las competencias de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. En cada caso, según los elementos que se considere necesario incluir en un negocio jurídico particular, las entidades públicas deberán determinar la tipología contractual que procede aplicar. Si la respectiva entidad concluye que se trata de un contrato de obra pública, en los términos definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el régimen que deberá aplicar es el previsto en el EGCAP. Si concluye que los elementos del contrato pueden estar comprendidos entre los previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley 1508 del 2012 deberá aplicar el régimen previsto en ésta cuando haya evidenciado que su esquema es necesario y conveniente.

10. Finalmente, en el caso de sociedades mixtas creadas para la prestación del servicio de alumbrado público, quisiera se me aclare ¿sí en estos casos se requiere o no de la interventoría a que se refiere la Ley 1150 de 2007? y de ser su respuesta afirmativa, ¿cómo ejercería su labor el interventor frente a un prestador del que hace parte el municipio?».

Las empresas mixtas creadas para la prestación de servicio de alumbrado público pueden ser contratadas por los distritos o municipios para cumplir con su objeto. Cuando así ocurra, a éstos les asiste el deber de vigilancia y seguimiento a su ejecución, el cual, en estos casos, en los términos del artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 se debe cumplir a través de una interventoría idónea.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Franco Victoria -SAS-. Representante legal Diego FrancoContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibídem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibídem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia C-595 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-2)
3. BENAVIDES, José Luis. Presentación. En: BENAVIDES, José Luis (compilador). Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 13. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Número único: 11001-03-06-000-2018-00095-00. Radicación interna: 2382. [↑](#footnote-ref-4)
5. «Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden». [↑](#footnote-ref-5)
6. «ARTÍCULO 28**.**Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En virtud de esta disposición, las palabras de la ley deben interpretarse en su sentido natural y obvio, salvo que el legislador les haya dado un significado especial, pues en tal caso resulta claro que la definición legal vincula al operador jurídico. [↑](#footnote-ref-6)
7. Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, Cartilla de la Procuraduría General de La Nación (2015), Pág. 14. [↑](#footnote-ref-7)
8. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-663 del 30 de noviembre de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000009345. Radicado de salida No. 2202013000011799. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ley 1508 de 2012 «Artículo 3o. Ámbito de aplicación. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

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

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

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

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

» Parágrafo 2o. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores […]». [↑](#footnote-ref-9)
10. El artículo 3.1.1. del Decreto 1082 del 2015 derogó la reglamentación contenida en el Decreto 1467 de 2012. A partir de dicha Derogatoria la reglamentación de la Ley 1508 del 2012 está contenida en el Libro 2, Parte 2, Título 2 del Decreto 1082 del 2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modiﬁquen o adicionen». [↑](#footnote-ref-11)
12. Las consideraciones contenidas en ese párrafo fueron planteadas por esta Agencia en el concepto C-706 del 2020, radicado 2202013000011880 del 2 de diciembre del 2020. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ley 1508 de 2012 «Artículo 9o. Procedimiento de selección en proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección en los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública será el establecido en la presente ley y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública». [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 1508 de 2012 «Artículo 10. Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento […]».

 [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 1508 de 2012 «Artículo 11. Requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público privada, de iniciativa pública. En los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:

»11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

»11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

»11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

»11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

»11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto». [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 1508 de 2012 «Artículo 12. Factores de selección objetiva. En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

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

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

»12.2 La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato».

 [↑](#footnote-ref-16)
17. Ley 1508 de 2012 «Artículo 13. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

»El valor del contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezca en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos.

»Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables». [↑](#footnote-ref-17)
18. Decreto 1082 de 2015 «Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modiﬁquen o adicionen». [↑](#footnote-ref-18)
19. En ese sentido puede verse la Circular Básica Jurídica 007 de 1996 de la Superintendencia Financiera, reexpedida por la Circular Externa 029 de 2014, en la cual se explica que la fiducia pública es un negocio fiduciario en el cual interviene una entidad estatal como fideicomitente. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1995. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 3 de agosto de 2005. Expediente 1909. [↑](#footnote-ref-21)
22. El artículo 4º del Decreto 943 de 2018 dispone: «Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público, el cual podrán prestar de manera directa, o a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público que demuestren idoneidad en la prestación del mismo, con el fin de lograr un gasto financiero y energético responsable.

» De conformidad con lo anterior, los municipios o distritos deberán garantizar la continuidad y calidad en la prestación del servicio de alumbrado público, así como los niveles adecuados de cobertura.

» Parágrafo 1. La modernización, expansión y reposición del sistema de alumbrado público debe buscar la optimización de los costos anuales de inversión, suministro de energía y los gastos de administración, operación, mantenimiento e interventoría, así como la incorporación de desarrollos tecnológicos. Las mayores eficiencias logradas en la prestación del servicio que se generen por la reposición, mejora, o modernización del sistema, deberán reflejarse en el estudio técnico de referencia.

» Parágrafo 2. Los municipios o distritos tendrán la obligación de incluir en rubros presupuestales y cuentas contables, independientes, los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos obtenidos por el impuesto de alumbrado público, por la sobretasa al impuesto predial en caso de que se establezca como mecanismo de financiación de la prestación del servicio de alumbrado público, y/o por otras fuentes de financiación. Cuando el servicio sea prestado por agentes diferentes a municipios o distritos, estos agentes tendrán la obligación de reponer al ente territorial la información para dar cumplimiento a este parágrafo». [↑](#footnote-ref-22)
23. El artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, los define así: «Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden». [↑](#footnote-ref-23)
24. El Consejo de Estado ha destacado sus características: «[…] la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477). [↑](#footnote-ref-24)
25. «Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal» (Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). [↑](#footnote-ref-25)
26. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-077 del 16 de marzo de 2021. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). Expediente: 33395. [↑](#footnote-ref-27)
28. El parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 prevé: «Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado». [↑](#footnote-ref-28)
29. VELASQUEZ JARAMILLO Luis Guillermo, Bienes, Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá. 1996, Págs. 9 a 14. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ob Cit. Pág. 15. [↑](#footnote-ref-30)
31. De forma similar, en el concepto C-440 del 27 de agosto de 2021 se señaló lo siguiente: «De acuerdo con lo expuesto, la entidad estatal contratante, después de analizar detalladamente el objeto contractual, y previa integración del régimen jurídico aplicable, debe determinar si al desarrollo de la actividad de mantenimiento a contratar concurren los siguientes tres elementos: (i) la ejecución de una prestación consistente en la realización de trabajos materiales sobre un bien inmueble –bien sea por naturaleza, adhesión o destinación–, (ii) que los trabajos materiales queden incorporados al inmueble y (iii) que estos sean requeridos para el adecuado funcionamiento del inmueble, de concurrir estos elementos el contrato a celebrar corresponderá al tipo de obra pública. De lo contrario, en caso de estimarse que la prestación implica actividades materiales sobre bienes muebles, la entidad podrá acudir al régimen contractual de los contratos de prestación de servicios, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. En todo caso, se reitera, la determinación del objeto contractual es un asunto que compete a la entidad contratante, en atención particularidades técnicas de la actividad mantenimiento, de las que surgirá la concurrencia de los elementos de uno u otro contrato». [↑](#footnote-ref-31)
32. El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado en SMLMV. [↑](#footnote-ref-32)
33. Si bien este artículo fue derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 del 2012, su tenor literal resulta aplicable en relación con aquellos contratos celebrados durante su vigencia, por expresa disposición del artículo 2º de la Ley 1508 del 2012, según el cual las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

 Se traen a colación, entonces los límites fijados en el artículo 28 de la Ley 1150 del 2007 para la adición y prórroga a los contratos de concesión son los siguientes:

«En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

»[Inciso derogado por el artículo [276](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1450_2011_pr005.html#276) de la Ley 1450 de 2011] Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes–.»

»No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones». [↑](#footnote-ref-33)
34. El artículo 7 de la Ley 1508 del 2012 dispone que «sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato». Por su parte, el artículo 6 ibídem define que la duración máxima de los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas. En ese tipo de contratos, el límite para su adición está dado en función de su plazo, debido al tipo de retribución que recibe el contratista en este esquema contractual, en los términos del artículo 5 de la Ley 1508 del 2012, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 del 2015.

Adicionalmente, en cuanto se refiere a las adiciones y prórrogas de APP de iniciativa pública el artículo 13 de la Ley 1508 del 2012 dispone que, «en los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado».

Finalmente, en relación con las adiciones en los contratos de APP de iniciativa privada con desembolso de recursos públicos, el artículo 18 ibídem dispone que «las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados» y que, «las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados». [↑](#footnote-ref-34)
35. Sobre la naturaleza instrumental del contrato para alcanzar los fines propios del estado social de derecho, ver la sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-35)
36. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ver también la sentencia C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo**,** sobre la constitucionalde la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión portuaria (artículo 8º de la ley 1º de 1991). [↑](#footnote-ref-37)
38. *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. En este concepto la Sala de Consulta se ocupó, entre otras preguntas, de la siguiente formulada por el Ministerio de Transporte: «1. ¿Bajo el supuesto que en un contrato de concesión existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad estatal contratante, es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación, acudir a tal previsión y modificar el contrato, teniendo en cuenta, además, que con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos?». [↑](#footnote-ref-38)
39. Los acuerdos de voluntades que no cumplan con esta formalidad se consideran inexistentes, por lo tanto, tal como lo ha planteado el Consejo de Estado en el Concepto 2263 del 17 de marzo del 2017, «las eventuales reclamaciones contractuales que pueda presentar un particular sobre prestaciones realizadas, sin la previa modificación del mismo, están llamadas al fracaso, pues la Administración no puede reconocer situaciones de hecho u obligaciones dinerarias con cargo a un contrato que estipula obligaciones distintas». [↑](#footnote-ref-39)
40. Ibídem [↑](#footnote-ref-40)
41. Concepto C-100 del 27 de marzo del 2020, radicado con el n°2202013000002271. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2002. Exp. 1.439 C.P. Susana Montes Echeverri. [↑](#footnote-ref-42)
43. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016, p. 635 y 636. [↑](#footnote-ref-43)
44. MARÍN CORTÉS. Fabián G. El precio. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo ― CEDA y Librería Jurídica Sánchez, 2012. p. 220 y 221. [↑](#footnote-ref-44)
45. *Cfr.* DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387. [↑](#footnote-ref-45)
46. Sobre el particular resultan pertinentes las consideraciones efectuadas en el mismo sentido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo y por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012. [↑](#footnote-ref-46)