

GENERALIDADES EN LA CONTRATACION ESTATAL

DEISY ELIANA PEÑA VALDERRAMA

Presentado al profesor SAMUEL YONG SERRANO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

Bogotá D.C, Colombia

2018

GENERALIDADES EN LA CONTRATACION ESTATAL

Presentado por:

DEISY ELIANA PEÑA VALDERRAMA

Presentado a:

SAMUEL YONG SERRANO

**Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho contractual Público y
Privado**

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO, INSTITUTO DE POSTGRADOS

Bogotá D.C, Colombia

2018

TABLA DE CONTENIDO

i.	GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	
ii.	RESUMEN.....	5
iii.	ABSTRACT.....	5
iv.	PALABRAS CLAVE.....	5
v.	KEY WORDS.....	5
1.	INTRODUCCIÓN.....	6
2.	EL CONTRATO ESTATAL.....	8
3.	PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	13
4.	SUJETOS CONTRACTUALES.....	21
5.	CONCLUSIONES.....	33
6.	FUENTES BIBLIOGRAFICAS.....	37

LAS UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA.....	45
RESUMEN.....	47
ABSTRACT.....	47
PALABRAS CLAVE.....	48
KEYWORDS.....	48
INTRODUCCIÓN.....	49
LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS.....	51
DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA.....	61
LA LEY 1508 DE 2012 Y LOS SUJETOS DE LA CONTRATACIÓN.....	70
CONCLUSIONES.....	73
FUENTES BIBLIOGRAFICAS.....	79

i. GENERALIDADES DE LA CONTRATACION ESTATAL

Deisy Eliana Peña Valderrama¹

Resumen:

A través del presente artículo será realizado un análisis general sobre el contrato administrativo, así como los principios generales de la contratación y en especial el rol jugado por los sujetos, resaltando el actuar de las asociaciones público –privadas, frente al papel que hoy desempeñan las Uniones temporales y los consorcios.

Abstract:

Through this article, It will be shown a general analysis of the administrative contract as well as the general principles of public contracting and, in particular, the role played by the subjects, especially by the actions of public-private partnerships, in front of the role played by the Temporary unions and consortia today.

Palabras Clave:

Contrato estatal, principios de la contratación, persona natural, persona jurídica, unión temporal y consorcio

Key Words:

State contract, Contracting principles, natural person, legal person, temporary union and consortiums.

¹ Abogada, Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Contractual. Artículo para optar al grado de Magister en Contratación Pública y Privada de la Universidad Santo Tomas.

1. INTRODUCCIÓN

La contratación estatal, es un instrumento que a lo largo de los años se ha utilizado para cumplir las finalidades del estado social de derecho, ya que mediante ella se satisfacen las necesidades del Estado para adquirir bienes y servicios, siendo evidente que no solamente ayuda a ejecutar las finalidades del mismo, sino también a activar el aparato económico y productivo del país; creando para esto instituciones jurídicas especializadas, que utilizan diferentes procedimientos, basados en los principios de la función administrativa y de la misma contratación para adquirirlos de la mejor calidad y de forma transparente.

Es por ello que se observa que el contrato estatal cuenta con unos matices particulares, que lo hacen único con respecto a los parámetros establecidos en la contratación privada, es decir el Código Civil y el Código de Comercio, imponiendo desde el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ciertas particularidades para que el mismo nazca a la vida jurídica y surta efectos, siendo una de ellas la implementación de principios a aplicar únicos y que le imprimen una contundencia jurídica que en algunos casos no es observable en contratos particulares.

Así mismo los sujetos contractuales, extremos de esta relación, deben ostentar ciertas características y calidades para que sus decisiones tengan consecuencias, y en aras de estar a la vanguardia de las exigencias económicas globales, se han creado figuras jurídicas sui generis, de corte legal, que tienen la capacidad para celebrar contratos a pesar de no ser personas jurídicas, como son las uniones temporales y los consorcios, al menos en la contratación tradicional, es decir la regida por la Ley 80 de 1993, definidos estos como estructuras plurales creadas para aunar esfuerzos con el fin de lograr ejecutar los objetos contractuales requeridos por el Estado.

Figuras que no son permitidas en los instrumentos de asociación público – privada y en los contratos que nacen como consecuencia de las mismas.

Es por ello que con base en la metodología cualitativa de corte deductivo, se entra a analizar toda la información de tipo documental recopilada y se busca entre otros estudiar aquellas características principales de los contratos estatales dirigidas al estudio de sus sujetos contractuales, determinando en especial cuales han de ser las causas de creación de las uniones temporales y consorcios en el ordenamiento público colombiano y sus características, la contratación estatal y sus principios.

2. EL CONTRATO ESTATAL

Para el Código Civil Colombiano, el contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa, siendo la parte de una o muchas personas tal y como consagra en su artículo 1495; De otro lado, para el Código de Comercio, un contrato no es otra cosa que un acuerdo entre dos o más partes, el cual sirve, de acuerdo al artículo 864, para constituir, regular o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

A partir de estos conceptos se puede establecer que el contrato tanto en materia civil como en materia mercantil, tiene grandes diferencias en su concepción y en su finalidad pues como lo expresa Peña (2012), el contrato mercantil constituye, regula o extingue relaciones jurídicas patrimoniales, mientras que en el contrato civil, éste se celebra con el fin de establecer a cargo de la otra parte una prestación de dar, hacer o no hacer, situación que evidencia objetivos diferentes respecto de figuras jurídicas iguales.

No obstante lo anterior, y en atención a que en la presente investigación más que verificar los efectos jurídicos de un contrato, se busca establecer la relación de los sujetos contractuales que eventualmente pueden celebrarlos, se realizará una exposición respecto de aquellas obligaciones que por vía del contrato civil son vinculantes y necesarias para darle vida al negocio jurídico.

En ese orden de ideas, Según ROGEL (2013), la **obligación de dar** consiste en entregar una cosa fructífera, con todos sus accesorios, que así mismo comporta el traspaso posesorio y puede tener función traslativa o meramente restitutoria. La **obligación de hacer**, implica la realización de una actividad por el deudor, unas veces no interesa quien lo haga, otras veces lo debe realizar determinada persona, y aquí hay una gran diferencia entre las obligaciones de medio y de

resultado. Por último están las de **no hacer**, que pueden implicar la no realización de actos materiales o la no realización de actos jurídicos.

Así las cosas, las prestaciones a cargo de los sujetos contractuales pueden significar un sinnúmero de obligaciones, que no necesariamente permiten colegir que un contrato pueda ser visto desde uno u otro campo de visión, puesto que como se expuso, si bien existen posiciones respecto de cuál es el elemento relevante en éste tipo de negocios, su funcionamiento no se perfecciona hasta tanto no confluyan todos los elementos que le componen.

Y es que el contrato visto desde sus formas más simples e incluso hasta las más complejas de su composición, tiene unos elementos, como lo explica ARNAU (2008), que son de la **esencia**, siendo aquellos sin los cuales el contrato no puede existir y que la falta de los mismos determina su nulidad; la **naturaleza**, que son aquellos que más interesan a las partes, y que la ley los incluye automáticamente a falta de pacto expreso por los contratantes y **accidentales**, que son los que pueden ser incluidos por las partes a voluntad de los contratantes, pero si no se incluyen no existen; En otra visión de los elementos del contrato, para que éste exista, debe tener tres elementos esenciales, como son, consentimiento, objeto y causa, según Parra (2010).

Pero si bien hasta el momento se ha obtenido una visión general del contrato, debe aterrizarse su aplicación para efectos del presente estudio, a aquellos que comportan una esencia diferente, no por su elementos, no por su composición sino porque en uno de sus extremos contractuales se encuentra el sujeto más relevante y objeto de mayores responsabilidades antes, durante y posterior a la ejecución: El estado

Así, en materia estatal, el contrato es el acto jurídico generador de obligaciones (Ley 80, 1993, arts. 1 y 32), en el que uno de los extremos contractuales o los dos, es una entidad estatal de las enunciadas en el artículo 2, numeral 1, literal a, de la Ley 80 de 1993; En ese orden, frente a la especial característica de éste sujeto contractual, como un carácter relevante se tiene que desde el

mismo Consejo de Estado se ha señalado que solamente por el hecho que la entidad sea estatal, habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre son estatales, sin importar el régimen que les deba ser aplicado².

Se extracta de lo mencionado, que los contratos estatales contienen obligaciones de dar y hacer, ya que la finalidad (Ley 80, 1993, art 3) para la celebración de éstos, es decir la “causa”, como requisito de existencia, es el cumplimiento de los fines estatales y de una función social, así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, resaltando siempre que uno de los extremos de la contratación será el Estado.

Para adentrarse en las etapas y respecto de aquella precontractual debe decirse que el contrato estatal concebido conforme a la forma de contratación tradicional según Yong (2016), esto es en la Ley 80 de 1993, surge como consecuencia de un proceso de selección (Ley 1150, 2007, art 2), dependiendo de la modalidad utilizada, ya sea por la cuantía de sus contrataciones, el objeto a contratar o la naturaleza jurídica de la entidad.

Respecto de la modalidad la búsqueda de contratación conforme a la ley y la voluntad de la administración puede desarrollarse por la modalidad de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, selección de mínima cuantía o contratación directa.

En lo atinente a la cuantía, objeto y finalidad ha de decirse que en los pliegos del futuro contrato se plasman los acuerdos de las partes, llámense entidad estatal y particular o dos entidades estatales, y las cláusulas de la naturaleza, esenciales y accidentales de los mismos.

Ahora bien en lo referente a su perfeccionamiento, conforme los parámetros normativos, el contrato estatal se perfecciona (Ley 80, 1993, art 41) cuando las partes logran acuerdo sobre el objeto, la contraprestación y este se eleva a escrito (Ley 80, 1993, art 39), y es posible

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 2000-00198, 2012.

ejecutarlos, una vez las pólizas son aprobadas, si se les hubiere exigido y existan las disponibilidades presupuestales correspondientes.

Respecto de la celebración y ejecución del contrato se puede colegir que en la ejecución del contrato siempre se deben proteger los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de los fines, evidenciando también que la definición legal toma matices con inclinación al Código Civil.

Sin embargo la tipificación y nominación de los mismos no solamente se encuentran descritos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sino en el derecho privado (Código de Comercio y Código Civil), en disposiciones especiales y otros innominados y atípicos que surgen de los acuerdos derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Es por ello que la finalidad de la contratación pública, se resume en ser el instrumento jurídico que usa el Estado para cumplir sus fines, los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo a través de terceros³, toda vez que el despliegue de los recursos públicos tiene una significación especial que cobre significado cuando se observan los resultados a través de obras tales como la contratación de personal, la realización de obras públicas que optimizan la calidad de vida, situaciones que resaltan la relevancia de generar un ejercicio responsable y efectivo de éste tipo de negocios jurídicos.

Por otra parte, en atención a los sujetos contractuales, puede decirse que el contrato derivado de los instrumentos de asociación pública, a pesar de ser estatales, obligatoriamente en un extremo contractual está la entidad estatal y en el otro solamente una persona natural o jurídica de origen privado (Ley 1508, 2012, art 1°), gran diferente con los contratos que surgen de la contratación tradicional.

³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-713, 2009.

Tanto los contratos derivados de la contratación tradicional, como de los instrumentos de asociación público – privada, pueden nacer a la vida jurídica, si su proceso precontractual, es decir el proceso de selección de contratista, entre otros, cumple ciertos principios los cuales se exponen a continuación.

3. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Ya se ha mencionado en precedencia que el objeto de la contratación estatal siempre ha de ser el cumplimiento de los fines estatales y en especial aquellos para los cuales se genera un espacio precontractual; No obstante, a lo largo de cada una de las etapas deben observarse ciertos mandatos de optimización o directrices que tienen un carácter universal y que se extienden a todo el espectro contractual públicos y que tienen como objeto servir de base a las normas dentro del marco legal que los regula.

Se habla así de los principios de la contratación estatal, los cuales imprimen una regulación complementaria a las normas vigentes para el ejercicio de éste tipo de negocios y que de conformidad con la ley 80 de 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, la Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos” y demás normas no son otra cosa que actuaciones propias de todos los involucrados en la contratación, actuaciones que le imprimen eficiencia y sustento a los objetivos de los contratos y en general de los fines estatales.

De otro lado, de conformidad con el artículo 23 de la ley 80 de 1993, todas las actuaciones generadas por parte de las entidades públicas deben observar y respetar principios tales como la transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado aquellos incorporados por vía jurisprudencial como la planeación y los principios generales del derecho así como aquellos que son propios del derecho de la administración.

En ese orden de ideas, en la celebración del contrato estatal, indistintamente sean de contratación tradicional o derivados de las asociaciones público-privadas, la ejecución y continuidad del

mismo está condicionada al cumplimiento de ciertos principios como son los de transparencia, economía, responsabilidad e igualmente a los principios de la función administrativa como son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Const., 1991, art 209).

Y es que según Rosero (2014), estos principios orientan a las entidades estatales, en el ejercicio de su actividad contractual, con el fin de garantizar la adecuada inversión de los recursos públicos y la prevalencia del interés general.

Ahora, el principio de **transparencia** se basa en realizar procedimientos establecidos antes de la celebración del contrato, como son la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la selección de mínima cuantía y la contratación directa, cada uno de estos reglados por la ley para la escogencia del contratista que le ha de suministrar bienes y/o servicios al Estado, procedimientos que garantizan realizarse en diferentes etapas; así mismo garantizan la publicidad de las actuaciones con el fin de darle la oportunidad a los interesados de controvertir las mismas y de solicitar copia de estas, salvo los documentos que contengan reserva, igualmente este principio garantiza que todos los actos emanados como consecuencia de las actuaciones contractuales, salvo los de mero trámite, deben ser justificados

Igualmente este principio ordena los parámetros mínimos sobre los cuales se debe elaborar el pliego de condiciones, es decir las reglas de juego que se le exigen a los futuros contratista para su elección, incluyendo la selección objetiva de los mismos; y ordenando a las autoridades administrativas y operadores contractuales no actuar con desviación o abuso de poder (Ley 80, 1993, art 24).

El principio de **economía**, como lo indica Pachó (2012), se refiere a que en cada una de las etapas ya preestablecidas por la ley, o por el pliego de condiciones para la selección de contratista, se cuente con términos perentorios y preclusivos, y que las autoridades den impulso oficioso a las actuaciones, así como que se realicen con la mayor austeridad de tiempo, medios y gastos.

En otro aspecto de aplicación, el principio exige que la interpretación de las normas contractuales se deban realizar con base en los fines de la contratación pública, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la garantía de los derechos de los administrados, con el fin que no se dé lugar a proferir declaratorias de desierto o de no decidir, condicionando la declaratoria de desierto únicamente a motivos o causas que impidan la selección objetiva del contratista.

Así mismo este principio establece el silencio administrativo positivo, que se da si en un lapso de tres (3) meses no se contesta por parte de la Administración durante la ejecución del contrato peticiones del contratista y obliga a que las entidades al publicar un proceso de selección cuente con las apropiaciones del caso y se elaboren los correspondientes estudios previos y proyectos de pliegos, así como que se cuente con un rubro global para respaldar desequilibrios económicos e imprevistos.

De la misma forma obliga a la administración a no exigir sellos, autenticaciones, traducciones oficiales, documentos originales, reconocimiento de firmas, ni cualquier otra formalidad (Ley 80, 1993, art 25).

El principio de **responsabilidad**, plasma los parámetros que deben cumplir los servidores públicos en el procedimiento de contratación estatal, como son el cumplimiento de los fines estatales, la correcta ejecución del objeto contractual, la protección de los derechos de la entidad y del contratista, así como que sus actuaciones estén precedidas por las reglas sobre la administración de bienes ajenos, mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a

la ética y justicia; igualmente describe de forma general las consecuencias del incumplimiento de mencionado principio, e impone la responsabilidad cuando han iniciado procesos de selección sin respetar los documentos exigidos en la etapa precontractual o los mismos son confusos o ambiguos, así como por las acciones y omisiones antijurídicas.

También se plasma en mencionado principio la responsabilidad de los contratistas frente a la calidad del bien o servicio contratado, por haber ocultado inhabilidades o incompatibilidades, o por suministrar información falsa, así como cuando realizan propuestas con precios artificialmente bajos con el fin les sea adjudicado el proceso (Ley 80, 1993, art 26).

El principio de **igualdad** se materializa en la contratación estatal, según Solano (2010), en primer término en la equivalencia entre derechos y obligaciones al momento de proponer o contratar y en el respeto del equilibrio financiero, en segundo término en la igualdad de oportunidades y condiciones sin privilegios en los procesos de selección y en darse preferencia a la oferta más ventajosa para la administración⁴

El principio de la **moralidad administrativa**, principio de corte constitucional y naturaleza dual, porque lo toma como un principio de la función administrativa pero también como un derecho colectivo⁵; así mismo con base en este principio encierra desde el escenario contractual el interés general, el bien común y la buena fe, prohibiendo los intereses personales en materia de contratación⁶.

La buena fe en contratación estatal como lo indica Rodríguez (2015a), establece límites al Estado, impidiendo el ejercicio arbitrario de la Administración y permitiendo indemnizar mayores costos y desequilibrios extraordinarios e imprevisibles a las partes. Igualmente Morello

⁴ Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia 24715, de 2007.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia 680012331000-2010-00768-02, 2014.

⁶ Villamizar, A. (2006). Tesis de maestría El derecho colectivo: “moralidad administrativa” en la contratación estatal Fortalecimiento de los principios del derecho. Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Bogotá D.C. Colombia.

(1985), establece que este principio significa confianza, seguridad, honorabilidad, en conclusión cumplimiento de la palabra dada.

Según Rodríguez (2015b), el principio de **eficacia**, busca que los procedimientos logren su finalidad, buscando la efectividad del derecho material; el de **celeridad**, busca que las autoridades impulsen oficiosamente los procedimientos y hagan uso de las tecnologías; el de **imparcialidad**, obliga a actuar a las autoridades garantizando los derechos de todos; y el de **publicidad**, obliga a dar a conocer todas las decisiones en los procesos contractuales de forma permanente y sistemática; encontrándose los principios anteriormente descritos, desarrollados en los de economía y transparencia de la Ley 80 de 1993, así como en la Ley 1437 de 2011.

Igualmente el citado autor expone también como principios de la contratación estatal, los principios del **debido proceso**, esto es que las actuaciones en contratación se adelanten con respeto de los derechos constitucionales y legales; el principio de **legalidad**, es decir que todas las actuaciones surgidas deben estar previamente descritas; el de **confianza legítima**, que tiene que ver directamente con la seguridad jurídica, el respeto al acto propio y al principio de buena fe; y el principio del **interés público**, es decir que la contratación solamente es una herramienta fundamental para lograr la finalidad del Estado Social de Derecho.

Así mismo Yong (2013a), indica que existen otros principios como el de **coordinación**, que se refiere a que las autoridades deben garantizar la armonía en la actividad contractual; y el principio de **sostenibilidad fiscal**, que implica que las entidades deben ser muy prudentes en el sentido de no contraer obligaciones que excedan la capacidad de pago de ellas; así mismo indica que la Corte Constitucional⁷ incluye como principios el de **autonomía de la voluntad**, vista como que la Administración puede celebrar todos los contratos que necesite para satisfacer los intereses de la comunidad.

⁷ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia 11001-3103040-2006-00537-0,1, 2012.

El autor Cuenca (2010), indica igualmente que existe el principio de **libre competencia**, que promueve la más amplia participación posible de interesados en procesos de contratación, persiguiendo dos finalidades, primero proteger los intereses económicos de la administración y segundo garantizando la igualdad de acceso a la contratación pública.

Ahora bien uno de los principios de creación jurisprudencial constitucional que más nivel sancionatorio a nivel país ha generado no es otro que el de **Planeación**, el cual de acuerdo a Amaya (2016) hace referencia aquellas actividades que debe realizar el estado antes de adelantar un procesos de contratación, y que no apunta a otra cosa que a determinar cuál necesidad se va a satisfacer y los medios para aquello, usando los recursos públicos de manera más eficiente y eficaz.

Al respecto, una de las posiciones más contundentes al respecto la ha generado el Consejo de Estado, que a través de providencias como la de 24 de Abril de 2013 llevó a la Sección Tercera a disponer que:

“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (...) “La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración”

Y es que bajo este postulado, los principios de la contratación pública son un reconocimiento de los negocios jurídicos que no contravienen el orden público o las normas que lo rigen, protegiendo los intereses generales que llevan a la administración a la toma de decisiones y a la celebración de negocios jurídicos, sosteniéndose así que cada uno de los principios prevé el cumplimiento de otros, como es el caso de la planeación con la economía, entre otros.

No obstante, otra línea de la doctrina exige separar cada uno de los principios que vistos como universalidad pueden generar detrimentos para los objetivos de la contratación de la administración; En esta línea se encuentra Pachón (2014), quien señala que existe en el Estatuto General de contratación conflicto entre principios, ya que el principio de economía es afectado directamente por privilegiar principios como el debido proceso, igualdad, imparcialidad, selección objetiva, publicidad, transparencia, responsabilidad, entre otros.

Ahora bien, para esquemas de unión tales como las asociaciones público - privadas, que son el objeto del presente escrito, hay que señalar que de conformidad con la ley 1508 de 10 de Enero de 2012 Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se señala en el artículo 4 que ésta modalidad de unión se regirá por unos principios propios de la función administrativa, de los de contratación y de aquellos criterios de sostenibilidad fiscal.

Expresamente se señala el modo y tiempo de utilización de la figura pero específicamente señala que:

“Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”

En ese orden de ideas, se exige para éste tipo de organización, un seguimiento específico a temas netamente fiscales y de seguimiento a los recursos públicos que en otras modalidades no se advierte.

Una vez descrito el contrato estatal y los principios que lo rigen es imperativo, entrar a describir los sujetos o las partes de la contratación estatal tradicional y de las derivadas de las asociaciones público-privadas.

4. SUJETOS CONTRACTUALES

Los sujetos contractuales, son los extremos o partes de la relación en un contrato, para el caso en estudio es decir el contrato estatal en la contratación tradicional, como se había indicado líneas antecedentes, se caracteriza porque uno de los extremos siempre debe ser una entidad estatal, y la otra una persona privada, natural o jurídica o una entidad pública o ciertas estructuras plurales que a pesar de no ser personas jurídicas, la misma ley les dio la capacidad para contratar, como son los consorcios y las uniones temporales, y que como lo indica Molano (2010), los sujetos contractuales son aquellos que construyen una obra, prestan un servicio o suministran un bien.

PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS

Las persona naturales, son todos los individuos de la especie humana, de cualquier edad, sexo, estirpe o condición (Cc., art 74), y la persona jurídica, es una idea ficticia sobre persona, que tiene la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (Cc., art 633).

Las personas jurídicas de derecho privado, son las que nacen de la iniciativa privada y con fondos privados y es administrada por órganos particulares diferentes de los públicos u oficiales (Cc., art 74), el Código Civil clasifica a estas últimas en corporaciones o asociaciones y fundaciones de beneficencia pública. Las corporaciones como lo indica Valencia (1994a), persiguen ganancias apreciables en dinero o ventajas patrimoniales y se llaman sociedades y las que persiguen otros

finés diferentes al lucro se llaman “asociaciones”. Las sociedades se dividen en comerciales y civiles.

Valencia (1994b), también indica que tanto las personas naturales como jurídicas para poderse obligar deben tener la capacidad de obrar o capacidad negocial, es decir, la existencia de voluntad reflexiva, que consiste en la capacidad de introducir cambios o modificaciones en las relaciones jurídicas de que son sujetos, ya que la voluntad del negocio jurídico presume al menos una mínima experiencia acerca de las relaciones jurídicas, conocimiento de comercio y del intercambio.

La capacidad para obligarse se encuentra establecida de forma general e indistintamente para personas naturales y jurídicas en temas de contratación estatal, en la Ley 80 de 1993, cuando indica que pueden celebrar contratos con entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces.

Igualmente la Corte Constitucional sostiene que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, indica que las calidades o atributos específicos de los sujetos contractuales corresponden a ciertos definidos, como es puntualmente no ser incapaces, según lo establecido en el Código Civil y en el Código de Comercio ni estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades⁸

De la misma forma con el fin que surja un contrato a la vida jurídica se requieren unos requisitos (artículo 1502 Código Civil), como lo afirma Peña (2012b), indistintamente si es para personas naturales o jurídicas, como son la capacidad, es decir poderse obligar por sí mismos y sin el permiso de otra; el consentimiento, haciendo relación a la manifestación de la voluntad de las

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-178, 1996.

parte sin que adolezca de vicios (Cc., art1508,), tales como el error de Derecho (Cc., art 1509) y el error de hecho (Cc., arts 1510 a 1512), la fuerza (Cc., art 1512) y el dolo (Cc., art 1515); la causa, según Peña (2012c), entendida esta como el motivo que induce al acto o contrato; y el objeto, refiriéndose a los bienes o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer.

UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS

La ley 80 de 1993, en su artículo 6, igualmente le otorga capacidad a los consorcios y uniones temporales, cuando indica: “...También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales...”⁹.

Para Rico (2007) los consorcios y uniones temporales, son la unión de dos o más personas en forma conjunta para presentar una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por cada una de las obligaciones. Igualmente la utilidad para el Estado es doble, porque garantiza al Estado un alto grado de seriedad en la ejecución del proyecto y a los miembros ya que suman esfuerzos frente a su capacidad económica, técnica y financiera. Indica que estas no pueden estar conformadas por sujetos indiscriminadamente, esto es sin experiencia o sin la totalidad de la experiencia exigida a las personas naturales o jurídicas, o con falta de idoneidad en el objeto contractual, por el contrario deben ser sujetos calificados para ejecutarlo y que en un momento dado individualmente lo puedan satisfacer, ya que para él son condiciones razonables con el fin de cumplir los fines de la contratación estatal.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-178, 1996.

La última situación expuesta por RICO, la ley no la regula, pero la jurisprudencia avala que la administración pueda limitar el número de integrantes, así mismo puede exigir determinada capacidad o experiencia a uno o varios integrantes¹⁰, lo que desdibujaría el planteamiento del autor totalmente, ya que no sería necesario que cada uno de los integrantes de la unión temporal o el consorcio cumplan con el 100% de la experiencia, situación que se da en la práctica.

Para Aguerrondo, (1980) en Argentina el consorcio es una contrato plurilateral que se crea con el único objetivo de representar, administrar y coordinar la producción y los intereses comunes, y que no tiene ánimo de lucro.

Para Caballero (1985), el consorcio es una especie asociativa diferente a las asociaciones y sociedades, e indica el autor que para el legislador Francés es un cuadro intermedio entre las dos anteriormente nombradas y para la doctrina Italiana es una pluralidad de sujetos que se encuentran en situaciones idénticas que se reúnen para cooperar en la consecución de un fin de interés general o colectivo previamente determinado por el mismo Estado.

Según Quiñones (2008), el consorcio se originó en Buenos Aires, Argentina en 1928; el segundo antecedente fue el join venture (EEUU) y el join adventure (Inglaterra), siendo la unión temporal y el consorcio una asociación concertada de un grupo de personas que orientan sus esfuerzos a un mismo propósito; desde el punto de vista empresarial es la unión de esfuerzos, que se materializa con el aporte de parte de sus activos para formar una estructura empresarial, donde los miembros mantienen su existencia y autonomía.

Como no forman personas jurídicas, los derechos y obligaciones que surjan en la obligación del acuerdo de unión estarán en cabeza de todos y cada uno de sus miembros, se consideran como una organización netamente contractual de colaboración empresarial, figura que se da en el

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sentencia 15188, 2006.

derecho privado y público, también es una figura nominada pero atípica, que fue introducida en Colombia por el derecho público.

Cuello (2009), toma las definiciones de Escobar, indicando que el consorcio es un contrato eminentemente mercantil, donde dos o más personas naturales o jurídicas se unen para preparar, celebrar o ejecutar solidariamente un contrato con una entidad estatal; así mismo que al carecer de personería jurídica responden solidariamente (Código de Comercio, artículo 825), y que la unión temporal es una especie de la categoría genérica del consorcio, donde cada uno de los miembros de la misma se obligan a ejecutar una parte del trabajo o realizar determinadas actividades en atención a sus recursos, experiencias y especialidades lo que aunado a las tareas y esfuerzos de los otros asociados contribuyen a desarrollar totalmente el proyecto.

Según ADAME y otros (2010), indica que la doctrina establece como sinónimos el contrato de joint venture y el de consorcio, asemejándolos a indicar que estos surgen cuando dos o más personas se unen en forma temporal para realizar una o más actividades económicas para una finalidad en interés común.

Para APARICIO (2011), en el Derecho español las uniones temporales de empresas, están definidos como un sistema de colaboración, entre empresarios por un tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. Concluyendo que es un contrato de colaboración, así mismo que no es persona jurídica.

Se debe tener en cuenta que el joint venture, es un contrato de asociación que puede ser comparable con la unión temporal y el consorcio en Colombia, según Álvarez (2012), así mismo que los jueces americanos le dieron una definición que es la unión de personas para realizar un proyecto sin constituir entre ellas una sociedad, y el mundo negocial lo define cuando un grupo de partes aúnan recursos para llevar a cabo un proyecto específico, conformen o no una sociedad.

Indica igualmente que una de sus características es que debe haber un contrato de por medio en el

que cada asociado asume una responsabilidad ilimitada y que las aportaciones pueden ser en materia prima, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiamiento y otros productos.

Rodríguez (2015c), indica que estas figuras provienen del derecho privado, siendo un instrumentos de colaboración empresarial, y su causa principal se da por la especialidad en la experiencia de la ejecución de ciertas actividades comerciales y la necesidad de aunar esfuerzos, y aunque en los dos tipos de asociación los integrantes responde solidariamente, al momento de aplicar las sanciones que produzcan inhabilidades, en la unión temporal solo se inhabilitara al integrante que dio lugar a la declaratoria (Ley 1474, 2011, art.90).

Según Martín (2014), autor Italiano, indica que en el Derecho Romano aparecen las primeras referencias del consorcio, cuando “Gallo”, indica “consorcium est societas quad sortem”; igualmente describe el consorcio como una técnica de mediación donde se permite a sus miembros organizarse y efectuar mancomunadamente actividades que redundan en beneficio de cada uno de ellos y que pueden ser mejor afrontados, a través de la concentración organizada de esfuerzos. Que la creación del consorcio no afecta a las titularidades de los agrupados y cada uno de ellos mantienen íntegramente las competencias y disponibilidades que no se hayan decidido aportar a la gestión común.

Echeverry (2015), indica que deben existir reglas de armonización de los diferentes países que integran el Mercosur, frente a los contratos de colaboración entre empresas y sociedades con el fin que puedan celebrar negocios jurídicos de forma sencilla, simplificada y con gran seguridad jurídica, teniendo en cuenta que esta clase de contratos colaboración son la respuesta a exigencias económicas globales.

La exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, indica para las uniones temporales y los consorcios lo siguiente:

“ a. Capacidad de los contratistas...Sobre este aspecto, es importante resaltar que el citado artículo 6° confiere capacidad legal para contratar a los consorcios y uniones temporales, figuras que se definen en el artículo 7°. Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y el comercio.

La mayor eficiencia y la menor eficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada “ventaja comparativa” ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., Brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto.

Ahora, bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario debe reconocérsele. Y es precisamente ello que se pretende al conferir personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato a las uniones temporales y los consorcios. (Proyecto ley 80 de 1993)

Se concluye que legalmente le dieron capacidad a estas estructuras plurales, sin ser personas jurídicas o morales, tal y como lo ratifica la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, cuando indican que los consorcios y uniones temporales instituidos en la Ley 80 de 1993, fueron una respuesta a la realidad del mundo negocial, haciendo parte de los contratos llamados “de colaboración económica”, que se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y con el que el Estado Social de Derecho, cumple los cometidos para los cuales fue instituido, otorgándoles plena capacidad contractual sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser personas

morales¹¹, su fuente primera se encuentra en el artículo 38 de la Constitución Política que consagra el derecho de libre asociación, consistente en la facultad que puede ejercer toda persona para agruparse con otras y desarrollar distintas actividades lícitas, con el propósito de realizar un objetivo común¹².

Para la Corte Constitucional¹³, el consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado como instrumento de cooperación entre empresas, cuando van asumir actividades económicas importantes que les permite de alguna forma distribuirse los riesgos, y que a pesar de no ser personas morales la ley les da capacidad jurídica para contratar.

La Ley 80 de 1993, ordena que cuando se conforman estos tipos de asociación, se deben indicar claramente si es a título de consorcio o unión temporal, y si es en la forma de unión temporal deben ‘plasmartérminos y extensión de la participación y en su ejecución (es decir el porcentaje sobre el valor del contrato y las actividades a realizar), lo que es razonable por la forma de sanción que existe para las uniones temporales. Así mismo se debe designar una persona para representarlos, y señalar las reglas básicas que regulen sus relaciones y su responsabilidad. Con respecto al tema de la división de actividades y porcentajes de participación, estos no pueden ser modificados sin el consentimiento de la administración. Para constituir pólizas estas deben ser otorgadas por todos los miembros de la unión o el consorcio (decreto 1082, 2015, art 2.2.1.2.3.1.4). Igualmente las uniones temporales y consorcios deben estar constituidos mínimos por el término de duración del contrato y un año más (Ley 80, 1993, art.7).

La diferencia entre la unión temporal y el consorcio radica en las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones, ya que en las uniones temporales, estas se imponen de

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-949, 2001.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia No. 2092340- 68001-23-15-000-1997-13091-01- 24938, 2012.

¹³ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-414. 1994.

acuerdo al porcentaje de participación de los miembros, mientras que en el consorcio se imponen sin mirar su porcentaje de participación.

Estas formas de asociación cuentan con todos los derechos establecidos por los contratistas, personas naturales o jurídicas (Ley 80, 1993, artículo 5), como son el de recibir oportunamente la remuneración pactada, y que la misma no se altere y se mantenga durante la ejecución del contrato, a reestablecer el equilibrio económico en caso que se altere (Ley 80, 1993, artículo 27), acudir a las autoridades con el fin de obtener protección de los derechos derivados del contrato, así mismo se les debe aplicar el derecho de turno en sus cobros. (Ley 80, 1993, artículo 4).

De la misma forma mediante sentencia de unificación del Consejo de Estado, se le confirió a las uniones temporales y consorcios la capacidad para comparecer como parte en procesos judiciales, ya sea como demandantes o demandados, por conducto de su representante, procesos judiciales que pudieran tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas, o de la celebración o ejecución de los contratos, en relación con los cuales tengan algún interés, sin perjuicio que cada uno de los miembros considerados como tal, asistan independientemente, cumpliendo con todos los requisitos de litisconsortes según corresponda¹⁴.

Según Beltrán y otro (2015), el régimen interno de consorcios y uniones temporales, a pesar de no ser sociedad, debe regir su gobierno interno por normas de las sociedad, especialmente en lo que tiene que ver con los quorum decisorios, excepto frente a las decisiones de modificar participación y composición, ya que se necesita la autorización del Estado.

En términos tributarios se tiene que:

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 1997-03930, 2013.

Las uniones temporales y consorcios no son contribuyentes de los impuestos sobre la renta y complementarios, lo es cada uno de sus miembros¹⁵. Igualmente tampoco lo son del impuesto a las ventas (IVA), sino cada uno de los miembros (Decreto 380, 1996, art.29), sin embargo se consideran responsables de este último impuesto las uniones y consorcios que en forma directa sean ellos quienes realicen las actividades gravadas (Ley 488, 1998, art.66); así mismo las uniones temporales y consorcios tienen la obligación de facturar ya sea que lo hagan a nombre propio, es decir con el NIT asignado y en representación de sus miembros, o en forma separada o conjunta de cada uno de los miembros del consorcio o la unión temporal; si lo hace con su propio NIT, debe señalar el porcentaje o valor de ingreso que corresponda a cada uno de los miembros (Decreto 3050, 1997, art.11); por otra parte cuando participan en contratos de obra o los adicionan, se les impone el pago del 5% del valor total del correspondiente contrato o de la adición a la nación, departamento o municipio, según corresponda, a prorrata de su participación. (Ley 418, 1997, art.120);

SOCIEDADES CON OBJETO ÚNICO

Otro sujeto contractual que tiene capacidad para contratar con el Estado son las sociedades con objeto único, que como se indicó en párrafos antecedentes, permite a los proponentes constituirse como una sociedad bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley (Código de Comercio), con el único objeto de presentar propuestas, celebrar y ejecutar contratos, (Ley 80, 1993, art.7) y su responsabilidad será la misma de los consorcios, estando obligadas a tener un término de duración mínimo del tiempo de ejecución del contrato y un año más. (Ley 80, 1993, art. 7).

¹⁵ Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (2017). CONCEPTO 07386.

Como señala Rodríguez (2015), estas asociaciones se crean para los mismos fines por los que se crean los consorcios o uniones temporales, es decir proponer, celebrar y ejecutar un contrato, con la diferencia que en caso que cumplan con los condiciones y se le adjudique el proceso, crean una persona jurídica, para con ella celebrar el respectivo contrato estatal y aplica también la solidaridad respecto de sus integrantes.

Según Beltrán (2015), esta clase de figuras asociativas manejan la responsabilidad solidariamente, independiente de la modalidad de sociedad que creen, porque la finalidad de legislador fue que por tener objeto único y duración limitada su patrimonio no llegue a resultar insuficiente para cubrir las multas, indemnizaciones o sanciones que puedan presentarse por el incumplimiento de la propuesta o la ejecución del contrato, esto lo argumenta con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

SUJETOS EN LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

En los contratos derivados del instrumento de asociaciones público – privadas, los sujetos contractuales son por una parte una entidad estatal y por la otra, si solo si, una persona natural o jurídica de derecho privado, esto es corporaciones (sociedades) o asociaciones y fundaciones de beneficencia pública (asociaciones) (Ley 1508, 2012, art 1), cierran de tajo la opción que se suscriban contratos con estructuras plurales, como la unión temporal y el consorcio, igualmente se ordena que los oferentes solamente puedan ser personas naturales o jurídicas (Decreto 1082, 2015, art 2.2.2.1.1.3)¹⁶.

¹⁶ Ley 1508 de 2012

Desde el punto de vista práctico las entidades públicas, como la ANI¹⁷, la Gobernación de la Guajira¹⁸ y el Ministerio de Educación¹⁹, establecen dentro de sus pliegos de condiciones la prohibición que se presenten estructuras plurales bajo la denominación o con las reglas²⁰ de las uniones temporales y consorcios, pero los obligan que una vez se les adjudique el proceso deben crear una SPV “Sociedad objeto único”, con el fin de ejecutar el contrato, y las mismas se rijan por las leyes Civiles y Comerciales, de acuerdo a la forma de sociedad que hayan escogido, amparándose en el artículo 2.2.2.1.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

Es por ello como lo indica Yong (2013b), cuando se le adjudica a una estructura plural, un contrato de asociación público privada, el paso a seguir es la constitución legal como sociedad, con el objetivo que se celebre con el respectivo representante legal. Esta clase de sociedades es diferente a la establecida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta que los pliegos no permiten que las mismas tengan reglas de los consorcios o uniones temporales.

¹⁷ Licitación pública VJ-VE-APP-IPB-001-2016.

¹⁸ LP-GG-APP-IP-001-2018.

¹⁹ LP-MEN-02-2018.

²⁰ Licitación pública VJ-VE-APP-IPB-001-2016. “1.3.25. “Estructura Plural”. Es el Oferente integrado por un número plural de personas naturales y/o jurídicas que presentan Oferta conjunta bajo lo dispuesto en este Pliego de Condiciones. Para efectos del presente documento no se admitirán Estructuras Plurales bajo la denominación y reglas de los consorcios o uniones temporales por aplicación del artículo 2 2.2.2.1.1.3. del Decreto 1082 de 2015.”

5. CONCLUSIONES

La concepción de los contratos como forma de intercambio de productos, bienes y servicios, ha tenido desde los tiempos más remotos, una acogida y desarrollo que ha permitido entablar diversas doctrinas jurídicas a su alrededor bien sea sobre sus elementos, sobre sus formas de celebración e incluso sobre aquellos llamados a celebrarlos, teorías que para casos como el de la contratación Colombiana culminaron parcialmente con la ley 80 de 1993 que se erigió como la ley Estatutaria en la materia.

Así las cosas, y en tratándose de contratación que cuenta con un extremo contractual denominado Estado, estos requisitos, doctrinas y elementos cobran una especial significancia, pues se trata del interés común representado en un extremo de la relación, lo que supone de su parte, el seguimiento de normas y principios con una autonomía regulada para su realización en atención a aquella especial responsabilidad que en materia fiscal, disciplinaria o penal se le confiere.

Es por ello que en este plano se constituyen exigencias tan sui generis como la planeación, la selección objetiva o la economía, en donde se pretende que tanto el estado como el contratista generen un manejo equilibrado a los rubros públicos que se destinan para cubrir la necesidad latente, teniendo como finalidad generar una convicción legal de que se ha elegido a la mejor opción, evitando resultados como la anulación del proceso o investigaciones por indebido ejercicio de la contratación estatal.

De la planeación contractual y la selección objetiva se desprenden por vía de desarrollo jurisprudencial y legal obligaciones ya no a cargo del Estado sino también del contratista u oferente a fin de que en una visión conjunta sean detectadas futuras falencias o riesgos no previstos para la etapa precontractual, con lo que se logre sacar avantes los procesos de contratación y generar así la respuesta satisfactoria de cumplimiento de los fines estatales.

Ahora, frente a aquellos sujetos que deben constituirse en la parte contratista, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en Colombia, otorga capacidad para contratar con el Estado a personas naturales y jurídicas, a promesas de sociedad futura, así mismo estando a la vanguardia de la contratación internacional y las necesidades en los nuevos negocios va más allá y otorga capacidad contractual a estructuras plurales, como son las uniones temporales y consorcios, que a pesar de no ser personas jurídicas pueden celebrar contratos con las entidades estatales.

En ese orden de ideas y aterrizando la finalidad del presente artículo ha de decirse que respecto de las uniones temporales y consorcios éstos son estructuras donde dos o más personas, sean naturales o jurídicas, mancomunan esfuerzos, con el fin de cumplir con objetos contractuales, ya que individualmente no lo podrían hacer, brindando cada uno mayor calidad y eficiencia de acuerdo a su especialidad²¹, lo que redundaría en obtener bienes y servicios de mejor calidad.

Con base en lo anterior se infiere que la capacidad para contratar que se les confirió a las uniones temporales y consorcios fue la respuesta a la dinámica comercial a nivel nacional e internacional con el objetivo de brindar mayor calidad y eficiencia en la contratación pública y evitar pagar más dinero frente a la vinculación de terceros al ejercicio de contratación pública.

Ahora bien, respecto de las modalidades de contratación ha de decirse que el Estatuto ha buscado a través de su desarrollo legal, incluir nuevas herramientas y modos de observar la forma en la cual se alcanzan los objetivos, incluyendo avances como lo han sido las Asociaciones Público Privadas APP, las cuales han permitido a sectores particulares, prestar y ejercer funciones de carácter público, funciones y labores regladas y bajo un régimen específico que dota de ciertas características su ejercicio.

²¹ Exposición de motivos ley 80 de 1993.

En ese orden de ideas y frente a los sujetos contractuales que pueden componerles, el artículo 4 de la ley 1508 de 2012 expresamente señala que éste tipo de asociación público privada puede ser una opción viable de contratación 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 y con un monto no superior a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Nada obsta para afirmar que en materia de sujetos contractuales, pudiera existir una restricción frente al tipo de personas que pueden ofertar la infraestructura de la prestación del servicio o el diseño o construcción de una infraestructura y sus servicios asociados tal como lo indica el artículo 3 de la misma ley, sin embargo, si existen unas restricciones que han sido generadas y sobre las cuales se centra la problemática a resolver en el siguiente articulado de investigación.

Y es que al analizar los sujetos contractuales del tipo contractual de asociaciones público privadas, se evidencia que se ordena que la firma del contrato que surja como consecuencia de ellas, así como la presentación de ofertas, se realicen solamente por personas naturales y jurídicas, cerrando la oportunidad que ya ha otorgado a otro tipo de vinculaciones que no constituyen ese tipo de personas y que se encuentran permitidas por el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la contratación tradicional a que estructuras plurales como las uniones temporales y consorcios puedan participar de este tipo de proyectos, aún a pesar que los mismos principios rigen la contratación tradicional, como la contratación de asociaciones público privadas y persigue los mismo fines.

Es así como en una primera lectura al artículo primero que establece que: “Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de Capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y

transferencia, riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.

Finalmente y de conformidad a lo anterior, surge la interrogante al reflexionar sobre que si una contratación estatal en cualquiera de sus fases pero especialmente en la precontractual, otorga por vía de ley una serie de prerrogativas y circunstancias especiales para generar el cumplimiento de los fines estatales, siendo entre ellos el desarrollo del principio de la selección objetiva del contratista al ampliar el espectro de los oferentes más allá de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras;

No se explica cuál ha de ser la razón por la cual, con propuestas actuales como los contratos tipo y las formas de contratación tipo, se genere para el caso específico de las Asociaciones Público Privadas, una disyuntiva en torno a los sujetos contractuales que bien pueden ofertar o bien pueden cumplir los objetivos plasmados en la ley 1508 de 2012 interrogante que se pretende absolver a continuación., pues en principio se afirmaría que tal disposición no está acorde con las exigencias del comercio global, máxime cuando estas figuras, fueron las respuestas a solicitudes tan antiguas como la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, lo que dejaría entrever un retroceso en temas de comercio global.

6. FUENTES BIBLIOGRAFICAS

Agencia Nacional de Infraestructura. 2016. Licitación pública VJ-VE-APP-IPB-001-2016.

Disponible en: [http://www.ani.gov.co/contrato-de-concesion-bajo-el-esquema-de-app-](http://www.ani.gov.co/contrato-de-concesion-bajo-el-esquema-de-app-del-corredor-vial-pamplona-cucuta)

[del-corredor-vial-pamplona-cucuta](http://www.ani.gov.co/contrato-de-concesion-bajo-el-esquema-de-app-del-corredor-vial-pamplona-cucuta) Agencia Nacional de Infraestructura. 2016. Manual

de Contratación, código GCOP-M-001.

Alvarez, M. (2012). Contratos mercantiles. Ibagué, Colombia: Leon Graficas LTDA.

Amaya, L (2016) La violación al Principio de Planeación en la Contratación estatal. El cambio

Jurisprudencial y los cambios adversos. Revista Omnia Nova Et Vetera Volumen 2

Número 16, mes de Junio.

Aguerrondo, G. (1980). La empresa Consorcio un modelo de organización empresaria moderna.

Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Aparicio, A. (2011). La disimulada pervivencia del régimen de transparencia fiscal. Aspectos

jurídico– fiscales de las agrupaciones de interés económico, agrupaciones Europeas, de

interés económico y uniones temporales de empresas. Asturias, España: Ediciones de la

Universidad de Oviedo.

Adame, J. Calvo A. Carrascosa J. (2010). Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo.

Recuperado de: Proquest Ebook centra,

<https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=3199871>.

Arnau, F. (2009). Lecciones de derecho civil II, obligaciones y contratos. Recuperado de:

Proquest Ebook centra,

<https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=4499136>.

Ariño, G. (2010). El Contrato de colaboración público privada. Bogotá D.C. Colombia: Uniandes.

Beltran, A. Pedreros, M. (2015). Algunos temas sobre contratación estatal. (1° edición). Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.

Castro, C.G y otros. Teoría General de la Contratación estatal. 2001. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Páginas 21-37.

Código Civil Colombiano y Código de Procedimiento Civil

Código de Comercio Colombiano

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo. (26 de abril de 2006). Expediente 15188. Magistrado Ponente María Elena Giraldo.

Consejo de Estado. Sección tercera (3 de diciembre de 2007). Sentencia 24715, (Magistrado ponente. Ruth Correa).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo (09 de mayo de 2012). Sentencia 2000-00198. (Magistrado ponente. Mauricio Fajardo Gómez)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, (12 de septiembre de 2012). Sentencia No. 2092340- 68001-23-15-000-1997-13091-01- 24938. (Magistrado ponente. Mauricio Fajardo Gómez).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (25 de septiembre de 2013). Sentencia 1997-03930. (Magistrado ponente. Mauricio Fajardo Gómez).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo (12 de agosto de 2014). Sentencia 680012331000-2010-00768-02 (Magistrado ponente. Jaime Orlando Santofimio Gamboa)

Corte Constitucional. Sala Plena (22 de septiembre de 1994). Sentencia C-414. (Magistrado ponente. Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. (29 de abril de 1996). Sentencia C-178, (Magistrado ponente. Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional, (5 de septiembre de 2001). Sentencia C-949, (Magistrado ponente. Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional, sala plena, (19 de abril de 2001). Sentencia C-3218. (Magistrado ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional. Sala Plena (7 de octubre de 2009). Sentencia C-713. (Magistrado ponente. María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional. Sala Plena (14 de marzo de 2012). Sentencia C-197 (Magistrado ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil, (21 de febrero de 2012). Sentencia 11001-3103040-2006-00537-0,1 (Magistrado ponente. William Namen Vargas)

Congreso de Colombia (28 de octubre de 1993). Ley 80. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Congreso de Colombia (18 de enero de 2011). Ley 1437. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Congreso de Colombia (10 de enero de 2012). Ley 1508. Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

Congreso de Colombia. (09 de junio de 2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. 1753. 49.538.

Congreso de Colombia (15 de enero de 2018). Ley 1882. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia (24 de diciembre de 1998). Ley 488. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales.

Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1997). Ley 418. Por la cual se consagran instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.

Cuello, F. (2009). Contratos de la Administración Pública. 3º Ed. Bogotá D.C. Colombia: Ecoe Ediciones.

Cuenca, C., García, L. y Martínez, J. (2010). La Contratación Estatal. Teoría General perspectiva comparada y regulación internacional. Bogotá D.C. Colombia: Universidad del Rosario.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (2017). CONCEPTO 07386. Recuperado: https://www.google.com.co/search?q=CONCEPTO+07386+DE+L+31+DE+MARZO+DE+2017+DIRECCI%C3%93N+DE+IMPUESTOS+Y+ADUANAS+NACIONALE&rlz=1C1CHBD_esCO783CO783&oq=CONCEPTO+07386+DE+L+31+DE+MARZO+DE+2017+DIRECCI%C3%93N+DE+IMPUESTOS+Y+ADUANAS+NACIONALE&aqs=chrome..69i57.1544j0j7&sourceid=chrom

Echeverry, R. (2015). Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios sociedad de componente. Alianzas estratégicas. Consorcios de exportación Fideicomisos. Grupos de empresas y conjuntos económicos. Modelo para el Mercosur y la comunidad suramericana. Universidad del Rosario. Bogotá D.C. Colombia: Astrea Virtual.

HERRERA, A. Aspectos Generales Del Derecho Administrativo Colombiano. 2012. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, Colombia

HINESTROSA, F. Tratado de las obligaciones, Tomo I. 2003. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia

Lamprea, P. Contratos Administrativos. Tratado Teórico y Práctico. 1979. Editorial Fondo de Cultura Jurídica. Bogotá, Colombia. Página 35 y siguientes

MATALLANA. E. Manual de contratación de la Administración Pública. 2009. Segunda Edición. Ediciones universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia. Páginas 349 y siguientes

Molano. M. Transformación de la Función Administrativa (Evolución de la Administración Pública) Colección Profesores 37. 2007. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Artículo 68 y siguientes

Penagos, G. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 1989. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia

Roa, R. La Contratación en el Municipio Colombiano. 2013. Armonía Impresores. Colombia

Londoño, M (2014). Asociaciones público privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012. Derecho Público No. 33.

Ministerio de Educación Nacional. Licitación pública LP-MEN-02-2018. Recuperado de: <https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-366816.html>

Mercado, P (2012). Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo. CEFD. 26, 341-372.

Molano, M. (2010). Los sujetos de la contratación estatal y su régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses. Bogotá D.C. Colombia. Nueva Jurídica.

Morello, A. (1985). Dinámica del contrato. Enfoques. Argentina: Librería Editora Platora SRL.

Recuperado de: Proquest Ebook centra,

<https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=3195312>

Pachón, C. (2012). Contratación pública. (5° edición). Bogotá D.C. Colombia: Nueva Jurídica.

Pachón, C. (2014). Contratación pública. (6° edición). Bogotá D.C. Colombia: Ecoe Ediciones.

Parra, M. Lalana, C. Tena, I (2010). Cuadernos prácticos Bolonia, obligaciones y contratos,

cuaderno II. Dykinson. Recuperado de: Proquest Ebook centra,

<https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=4570437>.

Peña, L. (2012). Contratos Mercantiles, nacionales e internacionales. Bogotá D.C Colombia: Temis.

Presidencia de la República (27 de febrero de 1996). Decreto 380. Por el cual se reglamenta el Estatuto Tributario, la Ley 383 de 1997 y se dictan otras disposiciones.

Presidencia de la República (23 de diciembre de 1997). Decreto 3050. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 223 de 1995.

Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082. Por medio del cual el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Presidencia de la República de Colombia. (06 de julio de 2012). Por medio del cual se reglamenta la ley 1508 de 2012. 1467.

Quiñonez, C. (2008). Consorcio y Unión Temporal. Rasgos distintivos. Justitia, Número 6. 183-198

Rico, L.A. (2008). Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Bogotá D.C. Colombia: Leyer.

RIVERO. J. Derecho Administrativo. 1970. Novena Edición, Editorial Dalloz. París, Francia.

- Rodríguez, M (2015). Los contratos estatales en Colombia. (2° edición). Bogotá D.C. Colombia: Librería Jurídica Sánchez R LTDA.
- Rosero, B. (2014). Contratación Estatal. (2° edición). Bogotá D.C. Colombia: Ediciones de la U.
- Secop I. 2018. Licitación Pública LP-GG-APP-IP-001-2018. Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-1-191994>
- SOLANO, J. Contratación Administrativa: Ley 80 de 1993: Teoría, comentarios, legislación, doctrina, jurisprudencia: Práctica, minutas y modelos. 1994. Ediciones librería del profesional. Bogotá, Colombia.
- SUESCÚN, J. Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo. 2005. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Tomos I y II.
- TAFUR, A. Derecho administrativo general. 1995. Editorial Ciencia y derecho. Bogotá, Colombia
- TAMAYO, A. Manual de Obligaciones. 2008. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia
- Urbina, E. Acosta, E. Duran, R. Palomares, J. (2011). Derecho de los contratos en Colombia. Tendencias Globalizantes. Bogotá. Colombia: Ibañez.
- Valencia, A. (1994). Derecho Civil. Parte General y Personas. (13° edición). Santa Fe de Bogotá. Colombia: Temis SA.
- VIDAL, J. Derecho Administrativo. 2008. Editorial Legis. Bogotá, Colombia
- VIDAL, J. Temas de derecho administrativo contemporáneo. 2005. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia
- Villamizar, A. (2006). Tesis de maestría. El derecho colectivo: “moralidad administrativa” en la contratación estatal fortalecimiento de los principios del derecho. Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Bogotá D.C. Colombia.

Yong, S. (2013). El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. (2ª edición). Santa Fe de Bogotá. Colombia: Ibañez.

Yong, S (2016). Las asociaciones público privadas. En Arenas Mendoza, H.A (Editor Académico). Instituciones de derecho administrativo. (pp283 a 313). Bogotá D.C. Colombia: Universidad del Rosario.

**LAS UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS EN LAS ASOCIACIONES
PÚBLICO PRIVADAS Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA**

DEISY ELIANA PEÑA VALDERRAMA

Presentado al profesor SAMUEL YONG SERRANO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
MAESTRIA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO
Bogotá D.C, Colombia**

2018

**LAS UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS EN LAS ASOCIACIONES
PÚBLICO PRIVADAS Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA**

Presentado por:

DEISY ELIANA PEÑA VALDERRAMA

Presentado a:

SAMUEL YONG SERRANO

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho contractual Público y

Privado

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO, INSTITUTO DE POSGRADOS

Bogotá D.C, Colombia

2018

LAS UNIONES TEMPORALES Y CONSORCIOS EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA

Deisy Eliana Peña Valderrama²²

Resumen:

A través del presente escrito se presenta la problemática respecto de la modalidad de Asociaciones Público Privadas APP cuando no le es posible a una unión temporal o a un consorcio hacer parte de éste tipo de contratación, situación que en éste ensayo busca resolverse al verificar la legalidad de las disposiciones contenidas en la ley 1508 de 2012 al respecto y en contraposición a los postulados del derecho de la libertad de empresa.

Por ello, habiendo ya identificado lo correspondiente a los elementos de la relación contractual y los sujetos que al interior del contrato estatal pueden actuar, surge la necesidad de exponer la libertad de empresa como un derecho muy importante para el desarrollo económico de un Estado, y su proximidad en la contratación a estructuras plurales como las uniones temporales y los consorcios, situación que debe ser analizada desde de la academia con el fin de establecer hasta qué punto esa limitación está o no siendo violatoria de un derecho de carácter constitucional.

Abstract:

Through this essay, it will be shown the problem regarding the Public Private Associating APP modality when it is not possible for a temporary union or a consortium to be part of this type of contract, a situation that in this document seeks to resolve by verifying the legality of the

²² 1 Abogada, Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Contractual. Artículo para optar al grado de Magister en Contratación Pública y Privada.

dispositions contained in the law 1508 of 2012 in this respect and in opposition to the postulates of the right to freedom of enterprises.

Therefore, having already identified what corresponds to the elements of the contractual relationship and the subjects that can act within the state contract, arise a need to expose the freedom of business as a very important right for the economic development of a State, and its proximity in contracting to plural structures such as temporary unions and consortia, a situation that must be analyzed from the academy in order to establish to what extent that limitation is or is not violating a constitutional right.

Palabras Clave:

Libertad de empresa, asociaciones público privadas, reserva de ley y libertad de configuración del legislador.

Key Words:

Freedom of enterprise, public-private partnerships, reservation of law, legislative configuration liberty

INTRODUCCIÓN

Los contratos estatales, teniendo como finalidad la satisfacción de los intereses de la colectividad, corresponden a su vez a una gestión negocial que si bien no tiene como regla la generación de ganancias o similares para la parte contratista, si han de respetar los lineamientos que éstos como comerciantes puedan perseguir.

En ese orden de ideas y en atención a que actualmente se vive un mundo globalizado y que cada una de las decisiones o situaciones vividas en otros lugares del globo diferentes a nuestro país afectan a cada uno de los integrantes, máxime desde el punto de vista económico, es necesario que la legislación avance junto a la expansión mencionada y sea expedida a la vanguardia de todas las figuras jurídicas creadas para hacer frente a los retos económicos de los países.

Es por ello que la tendencia tanto de los estados emergentes como de los desarrollados, al evidenciar que con sus propios presupuestos era imposible sostener el desarrollo y ejecución de los proyectos de gran envergadura, para dar aplicación a las finalidades del Estado, para su progreso y para satisfacer cada una de las necesidades de sus administrados, fue la de permitir que con capital privado y el conocimiento del sector privado, se apalancaran esta clase de proyectos, donde sus financiadores en un lapso de tiempo reciben retribuciones muy grandes, siendo esta una forma de negocio muy lucrativa y rentable.

No obstante, pese a que ese tipo de normatividad globalizada debería ser aplicada a nivel local, en especial en temas de interés general como obras de infraestructura para las cuales no se cuenta con un capital o elementos suficientes para suplir tal necesidad, se encuentra que en la contratación estatal local, si bien se permite un tipo de vinculación público privada, los sujetos contractuales no representan necesariamente una inclusión hacia todas las formas de asociación que pudieran presentarse como lo son las uniones temporales y los consorcios.

Es por ello que con base en la metodología cualitativa de corte deductivo, se entrará a analizar toda la información de tipo documental recopilada y estudiarán cuales han sido las causas que llevaron a que se limite la participación de estructuras plurales, más exactamente a las uniones temporales y consorcios, en los contratos derivados de asociaciones público-privadas, frente al principio de libertad de empresa, máxime teniendo en cuenta que estos proyectos se realizan sobre negocios muy llamativos y de alto valor patrimonial, que presume muy buenas utilidades y ganancias a sus contratistas.

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Desde remotos tiempos la infraestructura ha sido uno de los pilares de soberanía a través de los cuales tanto emperadores como gobernantes pudieron mostrar a sus gobernados el cumplimiento de la satisfacción de necesidades colectivas, para lo cual no es tan descabellado señalar que a más grande obra se le asignaba un mayor grado de favorabilidad para el gobernante, situación que hasta el momento actual redundaba con los grandes anuncios de las llamadas mega obras.

En ese orden de ideas, en algunas ocasiones la capacidad operativa y económica de los estados para éste tipo de obras no es la adecuada, teniendo que hacerse uso de la iniciativa privada de organizaciones y empresas que si cuentan con ello, razón por la cual surgen asociaciones tipo tales como las publico privadas o en algunos casos la figura de las concesiones.

El primer antecedente de concesión, como lo indica Hernández (2014), se dio durante el imperio Romano y la edad media con la construcción de puentes, abastecimientos de agua y recaudo de impuestos, los que se llevaron a cabo a través de contratistas privados.

El concepto de las asociaciones público-privadas, como lo indica Londoño (2014a), apareció a finales de los años setenta y principios de los años ochenta en Inglaterra, que se dieron como consecuencia que el presupuesto del Estado era insuficiente para garantizar la prestación de los servicios públicos y el sector de la infraestructura.

Es así, como lo manifiesta Ariño (2010a), que aparecen las denominadas PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS, bajo los mandatos de la primera ministra Margareth Thatcher, estas asociaciones fueron concebidas como un camino intermedio entre la estatización y la privatización, según lo indicado por Taylor (1999).

Teniendo sus raíces conceptuales en la teoría política y sociológica de la tercera vía (Private Finance Initiative), Yong, (2016a) que se resume en el rechazo tanto de la confianza neoliberal en los mercados; así como de la planeación y distribución centralizada del socialismo, según las palabras de Sandoval (2016a).

Este fenómeno, sostiene Londoño (2014b), se dio tanto en economías emergentes, como en economías desarrolladas, argumentando Ariño (2010b) que en las primeras se dio por la ineficacia administrativa del Estado y las inmensas cargas financieras del momento y para Greve (2010a), en las segundas porque el crecimiento del gasto social las hacía incapaces de soportar las inversiones que deben realizar con ahorro público y sin la imposición de nuevos impuestos.

Para conceptualizarlas ha de decirse que de acuerdo al documento Conpes 3615 de 2009 las Asociaciones Público Privadas o APP son: “Una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes”

Igualmente se señala en el documento, que bajo un contrato APP el sector privado realiza labores de financiamiento, diseño, construcción o reconstrucción de una infraestructura o provee un servicio público a un largo plazo, dejando en manos del sector público el proveer el servicio público y pagar al sector privado por la prestación de los servicios relacionados a la infraestructura.

De la definición contenida en la ley 1508 de 2012 ha sido el mismo Consejo de Estado quien ha extractado sus elementos señalando en providencia proferida por la Sección Tercera el 29 de Enero de 2018 enunciándolos así : “(i) es una herramienta de vinculación del capital privado, por lo que se constituye en un modelo o esquema; (ii) que tiene como pieza clave la celebración de

un contrato entre el sujeto privado y el Estado; (iii) a partir de un proyecto encaminado a proveer bienes públicos y los servicios con este relacionados; (iv) donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos; (iv) así como la retención en los mecanismos de pago; (v) ligados a que pueda disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida. “

Actualmente ésta figura está concebida como “contratos económicos a largo término, que pretenden la provisión de bienes públicos y los servicios que se relacionen con estos” (Greve, 2010).

En la legislación Europea, según Arana E y otro (2014) expresan que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado es aquel mediante el cual una entidad pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado (máximo 20 años), para la realización de una actuación global e integrada que comprenda financiación de inversiones inmateriales, obras, equipos, sistemas y productos, bienes complejos, gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas fabricación de bienes, prestación de servicios de tecnología específicamente desarrollada y avanzada, etc.

Para Robalino (2010), es la creación de un vehículo conjunto entre un órgano de orden público y un sujeto privado, donde realizan aportes mutuos previamente acordados.

Para Barreto (2011), los esquemas de participación privada en todos los lugares del mundo, frente a lo relacionado con servicios públicos, busca lograr el óptimo contrato, es decir aquel que garantice la máxima eficiencia del sector privado sin descuidar los objetivos del bienestar social del gobierno.

No obstante lo mencionado, se ha sostenido por parte de la doctrina que éste tipo de contratación debe contener en si misma un nivel de análisis que no puede estandarizarse pero si aplicarse, puesto que si bien representa a primera vista un nivel de ventajas, en su aplicación más específica

puede generar desventajas, razón por la cual se exponen a continuación las dos visiones frente a su aplicatoriedad:

Según Yescombe (2011), son muchas las razones por las cuales las asociaciones público-privadas tienen ventajas, ya que teniendo en cuenta el apretado presupuesto al cual están sometidos algunos países alrededor del mundo, siendo esta es una buena forma de evadir las limitaciones del mismo.

Otra gran ventaja, según Londoño (2014c) es la planeación, ya que la responsabilidad de los privados aumenta, razón por la cual deben desarrollar estrictos análisis de costos que incluyan todas las posibles contingencias en las que el proyecto pueda incurrir; según Greve (2010b), otra razón es la innovación, ya que combinan las ideas y experiencia del sector público y privado.

Para Navarro (2013), el Estado aprovecha las capacidades del sector privado desde el punto de vista financiero, tecnológico y administrativo.

Y por último Yong (2016b), indica que otra ventaja es la distribución de riesgos del proyecto, así como que alcanza una mayor velocidad y certeza de la ejecución, incentiva la eficiencia y calidad de la construcción, atrae inversión privada, mejora la selección de proyectos, promueve el acceso y desarrollo de la banca y los mercados de capitales.

Para ENGEL (2014a), dentro de los argumentos utilizados por los promotores de las asociaciones público-privadas, están entre otros, que estas relajan las restricciones presupuestarias de los Estados, aumentan la eficiencia gracias a la intervención privada ya que permite gestionar proyectos sin trabas burocráticas, mejoran la selección de proyectos porque las firmas privadas quedan sometidas a la disciplina impuesta por los mercados financieros privados; las tarifas que reciben los inversionistas se mantienen en niveles medios, y no corren el riesgo de bajarlas a su mínima expresión porque al ser privada no ceden a presiones políticas. Así mismo indica que los

gobiernos las promueven argumentando que se puede disponer de infraestructura sin necesidad de subir o crear impuestos.

Por otra parte sus más fervientes detractores, como Sandoval, (2016b), indican que las asociaciones público-privadas son solamente una forma maquillada de privatización del Estado y del apoderamiento del sector privado de éste, y que existe un amplio margen de corrupción, teniendo en cuenta que el sector privado se escudaba en el secreto empresarial y robo de información de sus competidores, entre otros, y no permiten la fiscalización de sus servicios

El mismo ENGEL (2014b), entre sus deficiencias cita algunas como las siguientes: que por los altos costos para llevarlas a cabo, obliga a que solo se aplique a proyectos grandes; lo negativo de las renegociaciones y otra es el abuso de las asociaciones público – privadas para eludir controles presupuestales.

Igualmente describe que las asociaciones público-privadas son los contratos del futuro porque: “Mejoran la ejecución de los proyectos, ya que respetan plazos y presupuestos, consiguen un mayor rendimiento económico, aprovechando eficiencia y potencial innovador del sector privado, reparte el coste de financiación que se traduce en reducir presiones sobre los presupuestos del sector público, mejoran la distribución de riesgos, lo que también reduce el coste total de los proyectos, impulsan esfuerzos en materia de viabilidad, innovación, investigación y desarrollo a fin de conseguir avances y soluciones a retos socioeconómicos que afronta la sociedad, dan la oportunidad al sector privado de desarrollar y aplicar estrategias a largo plazo para grandes programas industriales, comerciales y de infraestructura y amplían el mercado en proyectos muy importantes de terceros países.”

De la misma forma pese a que la figura tiene sus ventajas y desventajas, como indica Yong (2016c), frente a su manejo ha de indicarse que está siendo usada por muchos países, entre los que se encuentran Reino Unido (que según ENGEL (2014c) para el año 2011 tenía 698 proyectos

con cierre financiero y 630 proyectos en operación), EEUU, Canadá, China, Australia, España, Islandia, Malasia, Suráfrica, Brasil y Chile y ya se distinguen claramente varias formas de asociaciones público privadas.

Así mismo ENGEL (2014) describe que en la crisis financiera de 2008-2009, al quedar golpeadas las economías estatales, se recurrió a usar más las asociaciones público – privadas, y que según el Banco Europeo de Inversiones (Kappeler, 2011), países como Italia y Eslovenia veían en las asociaciones público – privadas una forma de crecimiento económico, Francia ha reforzado estos instrumentos, España lanzó un “plan extraordinario de infraestructura” y Holanda mostró que invertiría en las dos décadas siguientes en proyectos de transporte.

Así mismo Colón (2010), cuenta que para la comisión Europea la expresión “Colaboración público – privada”, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, con el fin de garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión, o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

Las asociaciones público – privadas, que han evolucionado y se han ajustado a las necesidades de quien las usa, según Londoño (2014d), son: O&M (Operación y Mantenimiento), OMM (operación, mantenimiento y gestión), DBOM (Diseño, construcción, operación y mantenimiento), BOT (Construcción, operación y transferencia), BOOT (Construcción, dominio, operación y transferencia), BOO (Construcción, dominio y operación), DBFO (Diseño, construcción, financiamiento y operación).

De esta forma para estas formas de asociaciones público-privadas, se han establecido modelos de financiamiento, como lo describe De la Riva (2017): Los Project Finance, que es el más usado de todos en las asociaciones público - privadas, teniendo en cuenta que el financiamiento proviene del mercado de capitales, y se garantiza con el flujo generado por el proyecto, sin comprometer el balance de las empresas promotoras de la iniciativa, así que se habla del financiamiento “al

proyecto”, y no a las personas que se propusieron llevarlo adelante; otras formas de financiamiento son también: la titulización, peaje en la sombra, contrato llave en mano, leasing público, fideicomiso público.

La figura de las asociaciones público - privadas empezaron a ser usadas en Colombia, según Palacio (2010), cuando en la Constitución Nacional de 1991 en su artículo 365 se determinó que los servicios públicos son prestados por el Estado y también pueden ser prestados por particulares, siendo este el punto coyuntural.

Según Londoño (2014e), cuando se realizó una transferencia de un Estado que manejaba exclusivamente la prestación de servicios públicos a un modelo de Estado competitivo, donde los nuevos cambios constitucionales desde el punto de vista económico se rigieron por lineamientos macroeconómicos de la globalización como fueron los de regularización, apertura y privatización.

Esta forma de desestatización del Estado se observa reflejado en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, en la Ley 1508 de 2012, Decreto 1467 de 2012 y sus decretos reformativos 1553 y 2043 de 2014, compilados en el Decreto 1082 de 2015 y el Decreto 1882 de 2018.

Para el año 2011, en Colombia según la **exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012**²³, se evidenció que eran múltiples los beneficios que se podían lograr con la vinculación del sector privado en los proyectos del sector público, beneficios que taxativamente se plasmaron en el CONPES 3538 de 2008 y 3615 de 2009, donde puntualmente se estableció que ese tipo de inversión contribuiría a incrementar la productividad de las empresas, promocionar la competencia entre las mismas, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura públicos, así como propiciar la inversión extranjera

²³ Gaceta del Congreso No. 823 de 2011.

y disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y estos a la vez ser destinados a otros sectores, así como también modernizar la infraestructura.

Igualmente el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, fue muy puntual en destacar la importancia de vincular el sector privado de manera activa en el desarrollo de la infraestructura productiva y social del país²⁴, tomando como referentes el desarrollo legislativo sobre asociaciones público – privadas, de países como Chile, Perú, México, República Dominicana, Uruguay, entre otros, que al evidenciar que su infraestructura era limitada u obsoleta, y el capital público restringido, la inversión privada era la solución; con lo que establecieron que crear un marco normativo fuerte facilitaba también la inversión privada lo que potenciaba al mismo tiempo el mercado de capitales, como los fondos de pensión, así como que las formas de pago de estos proyectos debían estar asociados a la disponibilidad de las infraestructuras y cumplimiento de estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto.

Los objetivos de la ley fueron: Atracción de inversionistas a largo plazo, quienes a través de sus estructuras o de terceros estuvieran en la capacidad de convertirse en el centro de gestión, organización y financiamiento de proyectos; acceso por medio de la relación contractual a la capacidad de financiación, distribución de los riesgos a quien mejor pudiera soportarlos, optimización de los recursos del Estado al pagar solamente cuando el privado entregará proyectos de calidad y con base en los estándares de calidad indicados previamente.

La ley 80 de 1993, en un principio reguló el tema de las asociaciones público – privadas, bajo la figura de las “concesiones”, donde permitía que se presentaran personas naturales o jurídicas, asociadas ya fuera como promesas de sociedad futura o consorcios o uniones temporales y en general cualquier modalidad de asociación que consideraran conveniente (Ley 80, 1993, art. 32, par 2°). Parágrafo que fue derogado por la Ley 1508 de 2012, en el que se limitó la participación

²⁴ Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, artículo 233.

en la suscripción de contratos provenientes de asociaciones público-privadas, solamente a personas naturales y jurídicas; así mismo el decreto reglamentario de la Ley 1508 de 2012, plasmó que para la presentación de ofertas en los procesos de selección lo podrían hacer las persona naturales y jurídicas.

En Colombia estos instrumentos de asociación público – privada, como lo indica Yong (2016d), tienen unas notables características como son las de ser contratos de cuantías significativas, y plazos largos, cuyo monto de inversión debe ser superior a los 6000 SMLMV, es decir actualmente correspondientes a la suma de CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL PESOS (\$4.687.452.000), lo que traduce que la riqueza puede concentrarse solamente en unos grupos determinados de personas, como son las naturales o jurídicas (quienes actualmente son los únicos que pueden acceder como contratistas en las asociaciones público - privadas), que demuestren sobre todo el musculo financiero, y temas de experiencia en proyectos, que son las condiciones de mayor valor a la hora de evaluarlas.

Según Barreto y otros (2016), el asociado privado en Colombia no tiene restricciones para serlo, esto trae como consecuencia que en un principio el asociado puede ser el financiador, el constructor, el operador o una organización sin ánimo de lucro, pero en la práctica en Colombia en los procesos realizados se les da más énfasis a la experiencia en construcción que el elemento de financiación, por lo que casi siempre tienen que subcontratar este último, y así como está diseñada a ley 1508 de 2012, las ONG o entidades sin ánimo de lucro no pueden participar, por las actividades a ejecutar.

BURZACO (2012), indica que para decidir cuándo se debe celebrar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y no tradicional, se debe realizar una evaluación previa, y si en la misma se evidencia que es la única alternativa, por temas de complejidad, mayor valor

por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, motivos de carácter jurídico, económico y financiero, es aconsejable realizar esa clase de asociación.

Hay que tener claro que “el dinero siempre ha significado poder, pero hoy como en ningún otro momento de la historia, la riqueza se traduce directamente en poder público...”, (Sandoval Ballesteros, 2016c, p.374) y observando el panorama contractual, donde la tendencia tanto nacional como internacional, es usar esta clase de esquemas por los estados, es indispensable conocer si fue o no acertada la disposición que reguló las Asociaciones Publico Privadas APP y al mismo tiempo limitó la calidad de contratistas, para entender si desde una perspectiva económica se vulnera el principio de libertad de empresa ya que no permite la norma acceder a ese tipo de contratación a personas naturales o jurídicas que de forma individual no pueden llenar las condiciones exigidas, pero de forma plural pueden cumplir con éstas.

No se discute en éste estado de cosas, las ventajas que a través de la norma y desde incluso la ley 80 de 1993 ha representado para Colombia como Estado, contar con la participación de los particulares, invitándose a utilizar este tipo de instrumentos de contratación (asociaciones público- privadas), y no los tradicionales, como lo indica González (2014), a fin de demostrar desde el punto de vista técnico su mayor y mejor valor.

Las normas que han usado de una u otra forma el esquema de las asociaciones público – privadas son, Ley 776 de 2016, artículo 24; Ley 1753 de 2015, artículos 15, numeral 3 y 206; Ley 1737 de 2014, artículo 122; Ley 1709 de 2014, artículo 90; Ley 1682 de 2013, artículos 15, 16 y 18; Ley 1675 de 2013, artículo 17; Ley 1551 de 2012 artículos 4, literal h y 6, numeral 6; Ley 1530 de 2012, artículo 59; Ley 65 de 1993, artículo 163, modificado por el artículo 90 de la Ley 1709 de 2014; Ley 136 de 1994, artículos 13, numeral 6 y 5, literal h; Decreto 1745 de 2013, artículo 2, numeral 3.

Indica Yong (2013) que con el fin que la sociedad conozca el trámite dado a los proyectos de asociación público – privada y para que puedan participar los interesados, se creó el RUAPP o Registro Único de Asociaciones Público Privadas.

DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EMPRESA

Desde la revolución Francesa, la libertad de empresa cobró sentido con el conjunto de mandatos de optimización que promulgaron todo el conjunto de libertades dirigidos no sólo a las personas sino al comercio y la industria, lo cual permitió que el derecho visto en ese sentido fuera considerado como invulnerable y propia de todas las personas.

En ese orden de ideas, y frente a los diferentes alcances que le han sido atribuidos por la doctrina, puede decirse por ejemplo que para Giemeno (1994), el derecho de libertad de empresa se resume en **libertad de acceso al mercado** por parte de los agentes económicos, es decir iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida y actividades económicas que no sean exclusivas del Estado, que se traduce en la libre competencia, así mismo se exige una doble actuación del Estado, por un lado reglas de juego por las que se regula la iniciativa privada y por el otro, mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia.

Igualmente se entiende como una **libertad de permanencia o ejercicio en el mercado**, que se traduce según el autor en la organización interna y externa de la empresa, al modo de realizar su actividad económica respetando el ordenamiento jurídico (límite) y la competencia entre unos y otros, así como el poder de dirección empresarial, y la defensa de la productividad por parte de los Estado, libertad de actuación de elección de la empresa de su propio mercado, encontrando unos límites como son la participación de los trabajadores y la intervención del estado bajo específicas situaciones de cesación o salida del mercado, es decir salir del mercado o derecho a no ejercer una actividad económica indefinidamente.

Para Berlín, (1988), la libertad de empresa, desde el punto de vista de libertad positiva y negativa, se tiene, que la primera es decir, la “Libertad positiva”, se define en que su titular es libre para algo o porque quien gobierna en la determinación de participar de tal manera es él mismo; y “Libertad negativa”, se define en no introducir exigencias, límites o condiciones que no se encuentren fundamentados en la ley.

Para Huergo (2001), la libertad de empresa dentro de la Comunidad Europea, no lleva implícito que la Administración deba garantizar un determinado mercado a los privados en todos los sectores, y menos aún en el deber de garantizar un determinado nivel de contratación a través del Estado, ya que la Administración puede cubrir sus necesidades con el mismo sector público y la excepción es con el sector privado, ya que deben justificarla razón por la cual no satisface la entidad pública directamente las necesidades.

Ahora bien, frente a su **definición** ha de decirse que para ABELLA (2003), la libertad de empresa es el derecho del ciudadano a participar libremente aportando recursos privados en una determinada actividad económica, según el autor la libertad de empresa es la expresión moderna de libertad económica, que presupone otras libertades y derechos como son, la propiedad privada, la libertad de asociación y de fundación, de contratación, de libre circulación de personas, bienes y capital y al libre ejercicio de profesión y oficio.

También la libertad de empresa es definida como un derecho económico, como lo indica, Correa, (2008), que no satisface solamente intereses individuales, sino colectivos ya que participa en la realización de objetivos generales del sistema económico, y del Estado Social de Derecho, cumpliendo una función social, que trae inmersa protección, garantías, pero también limitaciones, responsabilidades y obligaciones y que tiene la calidad de derecho supremo, que hace parte de las normas superiores del Estado. Como derecho de libertad es, una atribución positiva para tomar decisiones y hacerlas valer, este derecho constitucional no protege la entidad física o ideal del

titular sino ciertos comportamientos materiales con vocación de concretarse en la realización de actos jurídicos.

Para Cabrera (2011), la libertad de empresa tiene implícito el principio de libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común y trae como consecuencia el derecho a celebrar contratos sobre cualquier bien y con cualquier persona, sin embargo ese derecho no es absoluto, ya que en atención a la función social, tanto la propiedad y la actividad comercial como las transacciones económicas son restringidas para controlar el mercado con el fin de generar mayor productividad y mantener el orden público.

Según Mercado (2012), indica que la libertad de empresa en la unión Europea, está limitada por la protección al consumidor, al medio ambiente, al derecho de información, a la consulta de los trabajadores y al derecho de negociación y acción colectiva.

Para Rojas (2013), la libertad de empresa no es un derecho fundamental, y al realizar ella un análisis de la postura de la Corte Constitucional, concluye que la libertad de empresa hace parte de la libertad económica, y que no son sinónimos.

Bustos (2016), indica que la libertad de empresa es la facultad con la que cuenta toda persona para realizar actividades de carácter económico según sus preferencias y habilidades, basado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional conceptúa la libertad de empresa como la facultad de las personas de usar sus bienes (de cualquier tipo) para realizar actividades económicas con el fin de obtener beneficios o ganancias.²⁵, derecho que la misma corte²⁶ indica que no es de categoría fundamental y no son absolutos, porque pueden ser limitados por el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, como lo establece la Constitución. Así mismo indica que si

²⁵Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-524,1995.

²⁶ Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-197, 2012.

el derecho de asociación tiene que ver con proyectos económicos, su reconocimiento se enmarca en la libertad de empresa, consagrado en la Constitución²⁷

No obstante, en cuanto al concepto de libertad de empresa, podemos citar a Aragón cuando expresa que “Es una libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte”

La Corte Constitucional²⁸ reconoce que todo comportamiento que restrinja la libertad de contratación, está limitando la libertad consagrada en el artículo 333 de la Constitución, como por ejemplo cuando no ampara el proceso legítimo de toma de decisiones relevantes que comprenden la fase de ingreso a una determinada actividad económica.

Finalmente y de acuerdo a Sabogal (2005) la libertad de empresa entendida igualmente como la libertad económica es una de las más modernas expresiones que han llevado a diferentes interpretaciones de uno u otro sentido, tan es así que: “En el derecho comparado existen posiciones disímiles. En España, se contempla expresamente la libertad de empresa y no se regula en ningún lado la libertad económica, lo que no quiere decir que esta última no tenga aplicabilidad en el ordenamiento constitucional español, pues se ha interpretado por vía doctrinaria que la libertad económica es un principio constitucional derivado de la unión entre el principio general de la “libertad” y la institución del “mercado”, en el que la libertad de empresa es una concreción de ese principio de la libertad de económica.

En Alemania parten de una interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Ley Fundamental de Bonn, para deducir el derecho fundamental de la libertad económica,

²⁷ Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-077,2017.

²⁸ Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-535, 1997.

entendida como libertad empresarial de disposición, por tanto, libertad económica y libertad de empresa tienen un tratamiento similar.

En Francia, la relación entre libertad económica y libertad de empresa es la existente entre género y especie, en donde la libertad económica es el género y la libertad de empresa es una de sus especies junto con la libre competencia.

En Colombia la Jurisprudencia Constitucional no ha sido uniforme en acoger un solo criterio, pues se han visto pronunciamientos en donde no se hace distinción alguna entre libertad de empresa y libertad económica, tratándolos como equivalentes o sinónimos, al parecer siguiendo el esquema alemán, en tanto, en otros pronunciamientos ha seguido la concepción francesa donde la libertad económica engloba la libertad de empresa.”

Así las cosas, la libertad de empresa o libertad económica obran constitucionalmente, entretanto la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, estableciendo unas fronteras específicas al mismo como son: el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, sin embargo le da la potestad a la ley de delimitar el alcance de la misma prohíbe la exigencia de permisos previos y requisitos sin autorización de la ley.

Así mismo indica que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa es catalogada como la piedra angular del desarrollo, la cual tiene una función social que implica obligaciones, pero impone al Estado estimular el desarrollo empresarial y fortalecer las organizaciones solidarias, así como por mandato de la ley evitar que se obstruya o se restrinja la libertad económica y cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (Const., 1991, art 333).

Al igual que la libertad de empresa tiene protección desde la Constitución, por otro lado encuentra también sus limitaciones en la misma, que es la llamada RESERVA DE LA LEY, que se define como lo indica Palacios (2001), en el principio por medio del cual se exige desde la

constitución que cierta materia sea regulada por el legislador, para nuestro caso en particular se plasman taxativamente las limitaciones, así: Exigencias de interés social, ambiental y del patrimonio cultural de la Nación, aunque la libertad económica supone actividades en diferentes contextos, lo que conlleva a que estos límites se apliquen para cada caso en concreto dependiendo del bien jurídico tutelado. Así mismo para Viera (2010), la reserva de ley es la alternativa germánica del principio de legalidad.

Con base en esa reserva de ley, que se encuentra tácitamente descrita en el artículo 333 de la Constitución Nacional, se entra a analizar la libertad de configuración legislativa entendida esta como la facultad de expedición de leyes por parte del legislativo, con el fin de desarrollar los mandatos constitucionales; que según la Corte Constitucional, es inversamente proporcional al grado de precisión o amplitud con el que el constituyente haya perfilado una institución jurídica, es decir, a mayor exactitud de las definiciones constitucionales, es menor el margen de maniobra que tiene el legislador al usar la configuración legislativa, y viceversa²⁹.

La Corte Constitucional, dice que la libertad de configuración del legislador, no es absoluta y está limitada por la Constitución, o sea por los principios, fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas de carácter constitucional; el legislador a pesar de sus limitaciones y subordinaciones a la Constitución, tiene un poco más de margen de acción, que el mismo ejecutivo frente a la ley y su libertad de configuración, ya que el primero puede adoptar diferentes posiciones políticas y legislativas, en virtud del pluralismo y la diversidad que supone nuestra Constitución, llamando a ello “Configuración políticas del

²⁹ Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-3218, 2001.

legislador”. También esa libertad de configuración está limitada por principios de razonabilidad, proporcionalidad progresividad y no regresión.³⁰

Frente al tema de libertad de configuración en materia contractual la misma corte indicó que la Constitución en su artículo 150 dio un amplio margen para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, ya que autorizó a realizar un Estatuto General de Contratación Pública, pero sin embargo señala que no es ilimitada esa libertad, basada en el respeto a las normas y principios de carácter constitucional. Sin embargo advierte que en temas económicos, desde que el legislador respete unos mínimos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, al dar un tratamiento específico a un grupo de sujetos, no puede ser cuestionada desde el punto de vista constitucional³¹.

Según Correa, (2008d), en Colombia existe la teoría de los límites internos, que hace referencia a la función social de la empresa o de las propiedades de la empresa, al interés general y al bien común, de la misma forma existe una teoría de los límites externos, que se da al sopesar otros derechos también de carácter constitucional frente a la libertad de empresa. Es igualmente muy importante para la doctrina y los límites de la libertad de empresa, diferenciar los significados de límite y limitación, ya que el primero proviene del núcleo del derecho y se dirige hacia su contenido general, mientras el segundo, es decir la limitación, proviene desde afuera e implica alterar la condición natural del derecho.

Así mismo para Correa, (2008), hay que generarse la pregunta de hasta qué punto puede ser limitado el derecho constitucional de libertad de empresa, e indica que la forma de verificar su limitación es apelando al test de proporcionalidad, el cual según Estrada, (2011), es entendido

³⁰ Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-372, 2011.

³¹ Corte Constitucional, sala plena, sentencia D-7259, 2008.

este como un procedimiento que intenta definir en caso de conflicto de principios o derechos fundamentales dentro de determinados escenarios el mayor peso del uno frente al otro, lo que permitiría hablar de mayor jerarquía.

Para Correa, (2008b), también se debe acudir al “juicio o test débil de constitucionalidad o razonabilidad”, considerado como el:

“...Juicio que se caracteriza porque en él la finalidad perseguida por la norma de limitación no deberá estar permitida, sino sólo no prohibida; la idoneidad y adecuación no se debe verificar, en tanto resulte apenas potencialmente apreciable; y la necesidad y ponderación, o proporcionalidad propiamente dicha, pueden ser descartadas si se observa lo contrario de forma manifiesta, grosera y cristalina”

Por otro lado existe también por la misma línea, el test de igualdad en el que Estrada, (2011b), indica que es una ponderación establecida para evaluar la razonabilidad de un trato diferenciado entre dos sujetos en un escenario similar y que pareciera deber tener un trato igual. Indica que para poder realizar este test, se debe someter a tres pasos: adecuación, esto es la idoneidad o eficacia para satisfacer el principio de igualdad; necesidad, es decir que no existan otros medios para promover la igualdad y proporcionalidad en sentido estricto, o sea el de justificarla respetando principios jurídicos del ordenamiento.

Para Mongui (2012), el ejercicio de la intervención del Estado se origina como presupuesto para buscar el máximo de bienestar colectivo, y moderar una libertad absoluta, pero el mismo tiene que cuidarse de actuar arbitrariamente y por ello tiene límites, como el que impone la libertad e igualdad.

Se establece que la limitación de participación de estructuras plurales como la unión temporal y el consorcio en este modelo de negocio, corresponden al temor ya sea del sector privado y del mismo sector público, que al no ser personas jurídicas sea más complicado hacer exigible

responsabilidades, así como lo indica Yong (2016e), así mismo como que los financiadores de los proyectos difícilmente acepten patrocinar un proyecto de asociación público- privada, por la dificultad que para ellos le representa aislar el riesgo derivado de las actividades de los integrantes del consorcio o la unión temporal y que afectaría directamente el repago de la deuda. Es muy importante tener en cuenta que esta ley se expidió en el año 2012, cuando aún la posición jurisprudencial indicaba que las uniones temporales y consorcios, por no ser personas jurídicas no podían ser sujetos activos o pasivos en temas judiciales, y era necesario conformar litisconsorcios con sus integrantes, posición que cambió por jurisprudencia de unificación³² y le dio toda la capacidad de ser sujeto procesal a las uniones temporales y consorcios al igual que a las personas naturales y jurídicas, estando prácticamente en una posición similar a ellas desde todos los puntos de vista, ya que por un lado la ley les otorgó la capacidad para ser sujetos contractuales (Ley 80, 1993, art.7), y la jurisprudencia la capacidad de ser sujetos procesales.

³² Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sentencia 1997-03930, 2013.

LA LEY 1508 DE 2012 Y LOS SUJETOS DE LA CONTRATACION

Una vez expuesta la libertad de empresa como principio económico Constitucionalmente relevante de un lado y de otro las asociaciones público privadas como la forma de contratación objeto de la presente investigación, se hace necesario exponer los supuestos legales que la ley 1508 de 2012 ha señalado respecto de cuáles han de ser los sujetos de la contratación en una Asociación Público Privada, a fin de determinar el rol que pueden o no desempeñar figuras como las uniones temporales o los consorcios en este tipo de escenarios.

Un primer esbozo respecto de cuáles han de ser los sujetos de la contratación en las APP se puede encontrar en el artículo primero de la norma que señala:

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

En ese orden de ideas se puede establecer que el artículo primero de la ley 1508 de 2012, permite solamente que sean contratistas personas naturales o jurídicas de derecho privado, es decir las que suscriben contratos que se originen en instrumento de asociaciones público – privadas, siendo estos los únicos sujetos contractuales autorizados legalmente para ser extremos contractuales.

Del mismo modo frente a los principios de la ley, el artículo cuarto genera una complementación al señalar frente a la forma de su aplicación que:

“A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar 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.

Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.”

En ese orden de ideas, de acuerdo a la legislación, en principio la intervención de los consorcios y de las uniones temporales se desdibuja por completo del panorama de las APP, no obstante, el Consejo de Estado mediante providencia de unificación hacia el año 2013³³, y frente al panorama de si los consorcios y uniones temporales podrían comparecer a los procesos judiciales en los que se debaten asuntos respecto a derechos o intereses de los que éstos fueran titulares o tuvieran la oportunidad de discutir al concernirles en su condición de contratistas o como oferentes o participante.

Así, frente al caso concreto y en relación a los alcances y responsabilidad de las uniones temporales y consorcios en la contratación estatal, el alto Tribunal señaló frente a las directrices que los cargos de inconstitucionalidad deben llenar, como son los de: ser claros, ciertos, específicos pertinentes y suficientes.

Frente al requisito de **claridad**, se traduce en que los cargos deben ser entendibles y deben permitir comprender el concepto de violación que se pretende alegar.

³³Consejo de Estado, sentencia de unificación de 25-09-2013 Sección Tercera Radicado 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933)

Al requisito de la **certeza**, se define este, que las acusaciones se realicen frente a una proposición jurídica y ataquen la norma acusada y no otra, así mismo que los cargos no constituyan inferencias, supuestos, conjeturas, presunciones o sospechas.

Requisito de **especificidad**, mediante él se pretende que el cargo realizado sea efectivamente de inconstitucionalidad y sus fundamentos sean específicos, determinados, concretos, precisos y particulares en relación con la norma acusada. En nuestro tema de estudio, es la limitación de acceder a esa clase de negocios, que surgen como consecuencia de los esquemas de asociación público privada.

El requisito de **pertinencia**, se define en que los cargos que se esbocen sean de orden constitucional, esto es respecto de la vulneración del contenido normativo de normas de superior jerarquía. De igual manera, no pueden ser aceptados cargos que tengan que ver con argumentos legales, políticos, doctrinarios, etc, no tiene que ver con la pertinencia aquellos cargos que pretenden sustentar la inconstitucionalidad de la norma acusada en relación con su aplicación práctica o que tengan relación con situaciones de hecho, entre otras.

Al entrar analizar el requisito de **pertinencia**, se evidencia que la capacidad contractual que otorga la ley a las uniones temporales y consorcios es de carácter legal, esto es lo establecido en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y es en la práctica, donde se logra detectar que para cumplir las exigencias de estos proyectos, puede en un eventual momento ser complicado o no cumplirlos por parte de las personas naturales o jurídicas y se hace necesario aunar sus esfuerzos para cumplirlos.

Por lo expuesto en líneas antecedentes, puede concluirse que la exclusión en la participación de uniones temporales y consorcios en las APP, establecida en el artículo primero de la Ley 1508 de 2012, no es violatoria de la norma constitucional, más exactamente del artículo 333, teniendo en cuenta que no cumple los cargos de inconstitucionalidad.

CONCLUSIONES

El ejercicio contractual público nunca ha estado dotado de una estabilidad frente a la doctrina y frente a la normatividad que la sustenta, siendo de ello fiel evidencia que aproximadamente cada 2 o 3 años la legislación sobre la materia es modificada a nivel nacional, obligando a cada uno de sus integrantes a realizar reinversiones, reorganizaciones y cambios de esquemas que en algunos de los casos no son tan necesarios como pretenden hacerse ver.

No obstante, una de las fortalezas que puede encontrarse en la apertura normativa a tendencias internacionales, puede hallarse en algunas formas de contratación, como lo son el esquema de Asociaciones Público Privadas o Participaciones Público privadas, las cuales si se han convertido en un elemento de colaboración estado-particular de relevancia y resultados en temas tales como infraestructura y servicios públicos, finalidades para las cuales fueron creadas.

Resulta entonces que éste tipo de asociaciones empezaron a tomar auge en Colombia a fin de satisfacer las necesidades de la sociedad colombiana ya que el mismo Estado no lo ha logrado con sus finanzas limitadas, así como que este tipo de asociaciones han sido una herramienta efectiva para mover el aparato económico a gran escala por la envergadura de sus proyectos, lo que redundo en que ese esquema adquirió tal importancia que se plasmó en la Ley 1508 de 2012, y sus decretos reglamentarios, es aquí que evidenció que citada ley solamente permite la posibilidad de acceder a este tipo de negocios a particulares y a su vez permite al gobernante plasmar el cumplimiento de sus promesas de campaña, visto desde un contexto netamente político pero también jurídico y económico.

Visto de otro modo, puede decirse, pues, que los principios, fundamentos y criterios inspiradores del modelo del contrato de concesión de obra pública son de la esencia de la figura de las “Asociaciones Público Privadas”, entendidas como la herramienta que permite desplegar en su máxima expresión el mandato constitucional de la libertad de empresa, de la iniciativa privada y del desarrollo de obras de infraestructura y de otras actividades a partir de la estructuración que plantea un determinado sujeto privado al Estado, que deberá bajo su discrecionalidad si se corresponde con las políticas centrales, sectoriales y con la procura de la satisfacción de las necesidades que en interés general espera la comunidad.

En ese orden de ideas, sin importar si hoy día las APP se pueden o no asemejar a la figura de la Concesión, debe tenerse en cuenta que la segunda se reconoce como una de las expresiones de las “Asociaciones Público Privadas”, y esto se ratifica en lo consagrado en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012 que señala que:

“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.”

Ahora bien, no puede desconocerse el miedo justificado que se presenta por parte de algunos sectores de la doctrina al indicar que la finalidad de una APP no debe contemplarse en su visión como un “negocio” en el que tienen derecho los contratistas a obtener ganancias, pues ésta forma de ver las Asociaciones Público Privadas otorgan razones para dudar de su existencia y los alcances respecto de generar en un particular un poder ilimitado e irrestricto en cierta parte de la modalidad negocial.

Y es que en este sentido, debe llamarse a reflexión pues pese a que las modalidades de la contratación estatal no tienen como regla las mismas disyuntivas negociales que se tienen para con los negocios particulares, si deben ser respetados lineamientos que permitan al contratista una percepción favorable en la celebración del contrato estatal.

Es por ello que se debe entender que en el trasfondo del asunto se da cabida a los instrumentos de vinculación de capital privado, como son las asociaciones público–privadas, que junto a su experiencia, conocimiento e inyección de capital crean una perfecta simbiosis, donde tanto Estado como contratistas reciben beneficios, que de forma individual no sería posible.

Una de éstas herramientas no es otra que permitirle el ejercicio de libertades que desde otrora se obtuvieron en diferentes tipos de revoluciones, como lo es el derecho a la libertad negocial y a la libertad de empresa.

Igualmente con base en las definiciones de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina estudiadas en el artículo anterior, se tiene que la libertad de empresa es la garantía que otorga el Estado a los agentes económicos para acceder a cualquier tipo de mercado legalmente permitido, para que los mismos aporten recursos privados en ellas, esto se hace con el fin de obtener beneficios o ganancias, así mismo poder elegir su propio mercado o salir de él, creando reglas por parte del Estado para salvaguardar esa garantía, ésta tiene implícito en Colombia una función social y no es un derecho absoluto ya que tiene límites como son el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Así las cosas, al haber estudiado lo correspondiente a las disposiciones contenidas en la ley 1508 de 2012 donde claramente no se evidencia la oportunidad de que los consorcios y uniones temporales entren a hacer parte de las Asociaciones Público Privadas, se realizó una exposición de motivos generada con la sentencia de unificación de jurisprudencia del año 2013 emanada del Consejo de Estado que en un ámbito similar estudio la posibilidad de que éstas uniones y

consorcios puedan hacerse parte dentro de procesos judiciales, señalando una postura que declaró constitucional el articulado demandado entendiendo que desde la base de la responsabilidad las uniones temporales y consorcios podrían y debían concurrir a los procesos bien desde el ámbito particular y bien bajo la forma de asociación constituida.

Igualmente teniendo en cuenta la doctrina, el profesor Echeverry señaló que la comisión de infraestructura en octubre de 2012³⁴, indicó que era inconveniente realizar contratos de asociación público - privada con uniones temporales y consorcios ya que al carecer de personería jurídica y de un régimen legal definido dificultaba la vigilancia sobre sus actividades y el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones en actuaciones administrativas y en procesos judiciales.

Para el caso en comento, se tiene que al limitar el acceso a las uniones temporales y consorcios, a los negocios provenientes de las asociaciones público-privadas, no se les permite aunar esfuerzos a personas naturales y jurídicas, independientes que no están en la capacidad de demostrar o no poseen las condiciones de experiencia, condiciones técnicas, financieras y demás solicitadas en alguno de estos proyectos, con el fin de acceder a negocios legalmente permitidos.

En el caso en comento, la proposición jurídica es el derecho que otorga el artículo séptimo de la ley 80 de 1993, de participar como contratistas en contratos con el Estado, concediéndoles capacidad contractual a un grupo de personas naturales y/o jurídicas que se unen para demostrar condiciones que de forma independiente no lo lograrían, sin llegar a conformar una persona jurídica, derecho que no es garantizado por el artículo 1° de la Ley 1508 de 2012, cumpliendo con el primer aspecto del requisito de certeza, aunque el segundo aspecto no lo cumpliría teniendo en cuenta que esta conclusión solamente surgiría de una inferencia.

³⁴ Echeverry, J. (2011). Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de asociación público- privada. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Colombia.

Acá es evidente que el artículo 1° de la ley 1508 de 2012, frente al principio de libertad de empresa, con respecto a la limitación de las uniones temporales y consorcios en la partición como contratista en los proyectos de asociación público –privada, no es inconstitucional y obedece más a la reserva de ley y libertad de configuración del legislador que a una vulneración a libertades negociales.

Y es que no puede desconocerse que el legislador generó una cierta exclusión para éste tipo de uniones de particulares, pero dicha disyuntiva no obedeció a una afectación negocial sino más a una libertad legislativa que se apoya en el hecho de que si bien se cuenta con capacidad operativa y de respuesta a cualquier eventualidad en el contrato estatal, no se podría aplicar el mismo nivel de responsabilidad y cargas que a un particular.

Con lo anteriormente señalado, se infiere que la limitación del artículo 1° de la ley 1508 de 2012, a la celebración de contratos de asociaciones público-privadas solamente a personas naturales o jurídicas, se da como consecuencia de la libertad de configuración legislativa, porque si se habla de capacidad para comparecer, no es objeto de duda que tanto los consorcios como las uniones temporales no comportan personalidad jurídica , lo cual constituye una clara desventaja para los negocios jurídicos que se celebren, por lo que en precisa aplicación de aquellos principios que tanto se expusieron, se busca prever fallas de ejecución, lo cual se expresa en que el legislador efectivamente ha analizado el artículo 1° de la ley 1508 de 2012 y que éste no es violatorio del principio de libertad de empresa.

Así mismo se establece que la limitación obedece a un escenario operativo, es decir por la facilidad que se da al negociar con personas naturales y jurídicas por parte de los operadores y de los financiadores de los proyectos para establecer responsabilidades y frente al aislamiento del riesgo, siendo su solución simple y es que el financiador sencillamente o no patrocine a esta clase de estructuras plurales, ya que está en su libre albedrio o la ley o ellos mismos obliguen a esas

estructuras plurales a constituir fiducias mercantiles de garantía³⁵; este último con el fin de asegurar la inversión de esos proyectos, aislando el riesgo.

Con lo anteriormente señalado, se concluye que la limitación del artículo 1° de la ley 1508 de 2012, a la celebración de contratos de asociaciones público-privadas solamente a personas naturales o jurídicas, se da como consecuencia de una búsqueda exhaustiva respecto de los riesgos y demás efectos futuros que podrían generarse para uniones que no contienen una personalidad jurídica, obedeciendo a lo contemplado por vía legislativa, por lo que no se considera que exista un tipo de vulneración a la luz del derecho de libertad de empresa, cuando bien éste tipo de uniones o consorcios han sido de creación legal para otro tipo de formas de contratación y cuando no tienen las mismas garantías de cumplimiento y confianza que otros contratantes para generar en el Estado la necesidad de incluirles en la contratación por vía de APP.

³⁵ “El fideicomitente se desprende de la propiedad de los bienes que entrega, sacándolo de su patrimonio. Estos bienes integran un patrimonio autónomo que es administrado por la sociedad fiduciaria...Fiducia en garantía...Entiéndase por fideicomiso en garantía aquel negocio en virtud del cual una persona trasfiere de manera irrevocable, la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil...Los bienes que integran el patrimonio autónomo solo garantizan aquellas obligaciones específicas para cuyo respaldo se celebró el contrato

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- Aragón. M. “Constitución y modelo económico”, capítulo del libro “Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado” Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 386.
- Arana, E. Castillo, F.Torres, A. Villalba, F. (2014). Nociones básicas de contratación pública. España:Tecnos. Recuperado de ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=49456900.
- Baquero. A. “La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales” Benavides, José Luis (com), Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, 1° ed, Bogotá Universidad externado de Colombia, 2014, p.17
- Barreto, S. Ibagón, M. Universidad Externado (2016). Introducción a las asociaciones público – privadas en Colombia. (1ªedición). Bogotá D.C: Digiprint editoras SAS.
- Barreto, C (2011). Modelo de asociación público-privada: Un enfoque de teoría de contratos. Revista de Economía Institucional. 13,(25). 249-274.
- Berlin, Isaiah, (1988). Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid. España. Alianza. P 200.
- Bustos, M. (2016) Aproximación a la estructura sistemática del derecho administrativo económico colombiano. Justicia Juris. 12(1), 27-39.
- Bustos, M (2012). Contratos del sector público, esquemas. Madrid, España. Dykinson. Recuperado de ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=3217159.
- Cabrera, Karen. (2011). El derecho de consumo desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. De Derecho Universidad del Norte. 35, 55-95.

Código Civil (2009) 28° ed. Leyer.

Código de Comercio. (2009) 25° ed. Leyer.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo (09 de mayo de 2012). Sentencia 2000-00198. (Magistrado ponente. Mauricio Fajardo Gómez)

Corte Constitucional. Sala plena (20 de noviembre de 1995). Sentencia C-524,1995. (Magistrado ponente. Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional, (23 de octubre de 1997). Sentencia C-535, (Magistrado ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional, sala plena, (19 de abril de 2001). Sentencia C-3218. (Magistrado ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional, (15 de octubre de 2008). Sentencia D-7259. (Magistrado ponente. Nilson Pinilla Pinilla).

Corte Constitucional. Sala plena (12 de mayo de 2011). Sentencia C-372, 2011. (Magistrado ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional. Sala Plena (14 de marzo de 2012). Sentencia C-197 (Magistrado ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Corte Constitucional, sala plena (08 de febrero de 2017). Sentencia C-077,2017. (Magistrado ponente. Luis Ernesto Vargas Silva.

Correa, M. (2008). Libertad de empresa en el estado social de derecho. Bogotá D.C. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Congreso de Colombia (10 de enero de 2012). Ley 1508. Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

Congreso de Colombia. (09 de junio de 2015). Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. 1753. 49.538.

Covilla. J. “Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?”, Benavides, José Luis (com), Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, 1º ed, Bogotá Universidad externado de Colombia, 2014, en p.78.

De Carvajal, B (2010). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una perspectiva jurídica, politológica y emocional. Valencia, España: Bubok publishing SL.
Recuperado de: Proquest Ebook centra,
<https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=5486413>.

De la Riva, I. (2017). Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas. Digital de Derecho Administrativo. 17, 193-212.

Documento Conpes 3615 de 2009 recuperado el 10/11/2018 en:
http://www.agenciavirgiliobarco.gov.co/Entidad/Normativa/CONPES_3615_2009.pdf

Documento Conpes 3538 de 2008 recuperado el 12/11/2018 en:
http://www.agenciavirgiliobarco.gov.co/Entidad/Normativa/CONPES_3538_2008.pdf

Echeverry, J. (2011). Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de asociación público- privada. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Colombia.

Echeverry, R. (2015). Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios sociedad de componente. Alianzas estratégicas. Consorcios de exportación Fideicomisos. Grupos de empresas y conjuntos económicos. Modelo para el Mercosur y la comunidad suramericana. Universidad del Rosario. Bogotá D.C. Colombia: Astrea Virtual.

Engel, E, Fischer, R (2014). Economía de las APP, una guía básica. (Pimera edición). México. Fondo de Cultura Económica.

Estrada, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. Opinión jurídica. 10,(19). 21-40.

- González, C. (2014). De los avances legislativos en asociaciones público-privadas - APP -: los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada. *Justicia Juris*. 10 (1) 21-31.
- Gimeno, J. (1994). Sistema económico y derecho de libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas. *De Administración Pública*. 135, 168-171.
- Greve, C. Public-Private Partnership in Business and Government. En D. Cohen, W. Granst y G. Wilson (Edits), *The Oxford Hand-book of Business and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Hernández, M. (2014). Asociaciones público privadas. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia. Bogotá D.C Colombia: Universidad del Rosario.
- HINESTROSA, F. Función, límites y cargas de la autonomía privada, En: *Estudios de derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 45.
- Huerga, L. (2001). La libertad de empresa y la colaboración preferente de las empresas públicas. *De Administración Pública*. 154, 154-155.
- Londoño, M (2014). Asociaciones Público Privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012. *Derecho Público No. 33*.
- Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, T.III-B. ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, T.II, Buenos Aires, Depalma, 1979.
- Martín, R (1970). El consorcio como institución jurídica: *Revista de Administración Pública*. 061, 009. 10-13.
- Mercado, P. (2012). Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento del multinivel europeo. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. 26, 341-372.

- Mongui, N. (2012). Intervención del Estado en la libertad económica, la libertad de empresa y las garantías constitucionales. *Iter Veritatem* 10, 166-196.
- Mercado, P (2012). Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo. *CEFD*. 26, 341-372.
- Navarro, A. (2013). Asociaciones público – privadas en ciencia y tecnología. *Espiral estudios sobre estado y sociedad*. XX (57), 61-93.
- Paba, C., Paba, Z. y Rodríguez, U. Guía práctica para la presentación de informes de investigación y artículos científicos (Normas APA 6 Edición). Santamarta, Colombia: Editorial Unimagdalena.
- Palacios, A. (2001). Reserva de ley en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el caso colombiano. *Derecho del estado*. 10, 155.
- Palacio, J (2010). La contratación de las entidades estatales. Medellín Colombia: Sanchez R LTDA.
- Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 1082.
- Presidencia de la República de Colombia. (06 de julio de 2012). Por medio del cual se reglamenta la ley 1508 de 2012. 1467.
- Robalino, J. (2010). Las asociaciones público – privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica. *De Derecho*. 13, 97-107.
- Rogel, C (2013). Derecho de obligaciones y de contratos. 3° edición. Madrid, España: Resus.
- Recuperado de: Proquest Ebook centra,
<https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=3429104>.
- Rojas, C. (2013). Limitaciones ambientales a la libertad de empresa en el derecho colombiano. (1ª edición). Bogotá D.C: Digiprint editoras SAS.

- Sabogal, L. Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia. Recuperado el 18 de Noviembre de 2018 en <file:///C:/Users/briggitt.jaimes/Downloads/Dialnet-NocionesGeneralesDeLaLibertadDeEmpresaEnColombia-3625833.pdf>
- Sandoval, L. (2015). El principio de libertad, fundamento constitucional de la Mendicidad como libre empresa. (Tesis meritoria). Universidad Santo Tomás. Floridablanca. Bucaramanga. Colombia.
- Sandoval, I. (2016). Corrupción y Desafíos Organizacionales en un mundo de asociaciones público privadas. Revista Arbitrada. Gestión y Política Pública. Volumen XXV, Número 2.
- Viera, C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social. RJUAM. 21 (I) 197-224.
- Yescombe, E.R. (2011). Public-Private Partners-hip: Principles of Policy and Finance. Ondon: Butterworth-Heinemann, Elsevier LTD, Publications.
- Yong, S. (2013). El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. (2ª edición). Santa Fe de Bogotá. Colombia: Ibañez.
- Yong, S. (2013). El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. (3ª edición). Santa Fe de Bogotá. Colombia: Ibañez.
- Yong, S (2016). Las asociaciones público privadas. En Arenas Mendoza, H.A (Editor Académico). Instituciones de derecho administrativo. (pp283 a 313). Bogotá D.C. Colombia. Universidad del Rosario.