

Tensiones entre el contrato de concesión y las asociaciones público privadas para la prestación del servicio de alumbrado público

Tensions between the concession contract and public-private partnerships for the provision of public lighting service.

Sindy Bolaño Figueroa¹, Felipe Heras Montes²

Resumen

La finalidad del presente trabajo es identificar en que consisten las tensiones emergentes entre los contratos de concesión complementados mediante la configuración de asociaciones público privadas – APP y la prestación del servicio público esencial de alumbrado público, lo anterior en el entendido que la irrupción de éste tipo de asociaciones en el interior de la sociedad colombiana género que se fortaleciera la intimidad entre los sectores públicos y privados, permitiendo una inversión de los últimos años en los servicios prestados por los primeros y la distribución equitativa del riesgo que generaban estas operaciones.

Por ésta razón, el presente trabajo decantará el mencionado problema obedeciendo a la siguiente estructura, primero que todo se conceptualizara el contrato de concesión y sus fines en el interior del ordenamiento jurídico colombiano, seguido de esto, se definirán las asociaciones público privadas, su objetivo como complemento de los contratos de concesión y los fines que persiguen las mismas y finalmente se describirá la problemática emergente como consecuencia de la gestión del alumbrado público por medio de estas figuras jurídicas asociativas de capital privado llevado al público.

Palabras clave: Concesión, asociación público privada, alumbrado público, servicio público esencial.

-
1. Estudiante de la especialización en Contratación Estatal, sindyb26@hotmail.com
 2. Estudiante de la especialización en Contratación Estatal, pherasm@hotmail.com

Abstract

The purpose of this paper is to identify the emerging tensions between the concession contracts complemented by the configuration of public-private partnerships and the provision of the essential public service of lighting, the foregoing in the understanding that the emergence of this type of associations in the interior of the Colombian society gender to strengthen the intimacy between the public and private sectors, allowing an investment of the latter on the services provided by the former and the equitable distribution of the risk generated by these operations.

For this reason the present work will perform an analysis of the aforementioned problem obeying the following structure, first of all the concession contract and its purposes within the legal system will be conceptualized Colombian, followed by this will define public-private partnerships, their objective as a complement to the concession contracts and the purposes pursued by them and finally the emerging problem will be described as a consequence of the management of public lighting through these legal figures.

Keywords: Concession, public-private partnership, public lighting, essential public service.

Introducción

La implementación de las asociaciones público privadas como una estrategia para fortalecer las relaciones entre ambos sectores, tuvo su origen en una necesidad de modernizar, complementar, completar la aplicabilidad de los contratos de concesión, puesto que para una mejor gestión de los servicios, obras, recursos y bienes públicos asimilados, gestionados, gerenciados y explotados mediante ésta modalidad, resulta necesario tener más intimidad y confianza entre ambos sectores, a tal efecto la asociación público privada- APP permiten ejecutar los mismos objetivos que la concesión cambiando la forma como se elabora el negocio jurídico y trasladando los riesgos originarios de las mismas.

Sin embargo, ésta estrategia debía estar sometida a una especial vigilancia e inspección, dado que era necesario limitar cualquier posibilidad de privatización del sector público y sus intereses en mano del sector privado, por ésta razón, en el caso de concesión de servicios públicos no domiciliarios con esta modalidad, resulto evidente la generación de tensiones que superaban el antiguo debate entre los fines generales y específicos que persiguen cada uno de éstos sectores.

Esta discusión tuvo un auge, producto de la configuración de gravámenes, tributos e impuestos que recaían sobre la prestación del servicio esencial de alumbrado público, cuya finalidad era generar liquides sobre las utilidades de los operadores del servicio, esto evidentemente generó disgustos en diferentes círculos, obligando un estudio jurisprudencial de ésta iniciativa.

Resulta importante que la academia se pronuncie respecto a estas dinámicas modernas contractuales, por esta razón el presente trabajo se propone como objetivo identificar en qué consisten las tensiones emergentes entre los contratos de concesión complementados mediante la configuración de asociaciones público privadas y la prestación del servicio público esencial de alumbrado.

Metodología

La investigación a realizar es jurídica con un enfoque cualitativo y de tipo descriptiva basada en la identificación, recolección y análisis de información de clase normativa, jurisprudencial y doctrinaria, una revisión bibliografía y la comparación de información se constituirá como la principal fuente de acceso a las conclusiones y resultados que se obtendrán en el desarrollo de la investigación.

1. El contrato de concesión en el interior del ordenamiento jurídico colombiano.

La figura de la “concesión” es una tipología contractual que es celebrado ampliamente al interior del sector público colombiano, que consiste en el otorgamiento de determinados bienes de dominio público a una empresa privada con el objetivo de que sean asimilados, explotados, prestados, gestionados por el concesionario, siendo este responsable de la conservación y demás efectos jurídicos que genera dicha explotación y la prestación eficiente de este servicio.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 4° lo definió como una forma de asociación entre los sectores públicos y privado con el objetivo de la gestión y gerencia de determinados bienes de carácter público exponiéndose respecto a este lo siguiente:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación

Tensiones entre el contrato de concesión y las asociaciones público privadas para la prestación del servicio de alumbrado público

del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”¹

La finalidad del contrato de concesión es permitir que un agente diferente al estado pueda gerencia, manejar, asimilar o explotar un bien público o prestar un servicio público de forma autónoma mediante una inspección de las autoridades públicas, con el objetivo de preservar en esta dinámica por un tiempo determinado, concediéndosele al concesionario la posibilidad de generar ganancias producto de la gestión de recurso, bien o servicio público explotado.

Es importante establecer que al igual que los otros contratos administrativos, el contrato de concesión se justifica en una necesidad de colaboración entre el sector público y el sector privado, lo anterior en el entendido que resulta imposible, engorroso y riesgoso que el Estado pueda funcionar de forma separada a la sociedad, siendo necesario que para la prestación de determinados servicios, obras y el suministro de bienes entre otras necesidades, se asocie mediante una fórmula contractual con el sector privado para facilitar el cumplimiento de esos objetivos o de esos cometidos estatales.

Es importante así mismo determinar que el contrato de concesión al igual que el resto de contratos estatales se fundamenta en una necesidad de materializar los fines sociales del Estado social de derecho establecidos en la constitucionalidad de la siguiente manera:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en

¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 80 del año 1993 o estatuto general de la administración pública. Editorial unión 2014.

las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”² con fundamento en lo anterior, se puede establecer que cualquier servicio o necesidad estatal y social que se desprenda de las obligaciones que el estado social de derecho por vía constitucional ha impuesto a las autoridades del Estado, susceptible de ser gestionada mediante contrato de concesión.

Jurisprudencialmente la Corte Constitucional mediante sentencia de radicado C-068 del año 2009 ha dicho lo siguiente: “La concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a un particular denominado concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total”³ es importante indicar que el contrato de concesión consiste en el otorgamiento a un particular de la prestación de un servicio público con el objetivo de que este lo asimile, gerencia y realice a riesgo propio, es decir el contrato de concesión exige que su objeto gire en torno a un servicio institucional cuya prestación es asimilada por el sector privado que se solventa mediante las garantías que genera esta actividad.

La misma providencia posteriormente identifica los elementos del contrato de concesión plasmando lo siguiente: “(i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal

² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. Editorial Legis 1991

³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado C-068 del año 2009

otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor (v) el concesionario debe asumir, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales”⁴

Como se explicó anteriormente, la finalidad del contrato de concesión es la materialización de los fines sociales del estado que surgen como colaboración entre el sector público y el privado motivación de la celebración del pacto o convenio celebrados entre ambos.

Para tal efecto, la finalidad del mismo es trasladar la responsabilidad en la explotación de un recurso, la prestación de un servicio o la gerencia de un bien de tipo público, con el objetivo de que se mantenga la calidad en el mismo pero prestado por el sector privado mediante una inspección de las autoridades del Estado social de derecho colombiano.

Otra providencia expedida por la misma corporación de radicado C-250 del año 1996 define el contrato de concesión afirmando lo siguiente “Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades

⁴ IBIDEM.

necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que se le otorgue en la explotación del bien”⁵.

Es importante establecer que la principal forma de ganancia para los concesionarios producto de la gestión realizada sobre el bien de dominio público consiste en el cobro de una tarifa producto de la explotación, asimilación, gerencia o manejo del recurso, obra, bien o servicio objeto del trabajo, a tal efecto cuando se establece que el concesionario actúa a riesgo propio se indica que de la calidad y onerosidad de su gestión depende su lucro en la gerencia efectuada.

La misma providencia posteriormente destaca la justificación o motivación de solemnización de éste contrato plasmando lo siguiente “El contrato de concesión es un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales”⁶

Es evidente como la citada providencia destaca que el ordenamiento jurídico amparado en la axiología y teleología que cumple el contrato estatal, establece que la finalidad del contrato de concesión es auxiliarse en el sector privado con el objetivo de impulsar o coadyuvar a materializar los fines sociales del Estado colombiano, de esta forma se permite la gestión de un bien, recurso, servicio o actividad estatal en manos de una empresa del

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado c-250 del año 1996

⁶ IBIDEM.

sector privado siempre y cuando se genere ganancia con el mismo y se conserve la razón de ser en su prestación.

Es aclarar que los contrato de concesión se hayan motivados, inspirados y autorizados en el diseño constitucional vigente colombiano, que establece la posibilidad que determinados servicios públicos inherentes a la razón del ser del Estado y que representan su responsabilidad puedan ser gestionados por entes privados mediante diferentes formas o figuras siendo la concesión una de estas, éste postulado se halla constitucionalmente definido de la siguiente manera:

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”⁷ de esta forma se puede establecer, que por mandato u orden constitucional, el Estado social de derecho pueda ceder en la prestación de un servicio público a los particulares con el objetivo de que éste último se encargue de gestionar a riesgo propio una actividad o recurso estatal de dominio público.

El presente capítulo concluye estableciendo que el contrato administrativo de concesión es una importante herramienta jurídico contractual que genera fluidez y diligencia en la gerencia, gestión, explotación y manejo de determinados servicios, recursos y obras públicas, permitiendo la descongestión del aparato institucional y confiando en el sector público para que de éste a riesgo propio ejecute los deberes que se desprenden de esta actividad institucional, conservando en todo momento el Estado social de derecho colombiano la inspección y vigilancia en la prestación de estos servicios.

⁷ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. Editorial Legis 1991

De igual forma, es importante concluir que el contrato de concesión se justifica o motiva en el diseño constitucional que establece la necesidad de ayuda o colaboración entre los sectores públicos y privado con el objetivo de coadyuarse mediante la figura del contrato para el impulso y materialización de los fines sociales contemplados en la constitucionalidad, permitiéndose la continuidad en la prestación de un servicio, explotación de un recurso o gestión de un bien de dominio público y permitiendo que esta gerencia genere onerosidad a las empresas encargadas de efectuarlo.

2. Las asociaciones público privadas -APP al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

Las asociaciones público privadas son un instrumento o forma de vinculación del capital privado a la inversión pública que se materializa mediante la configuración de un contrato de concesión y cuyo objetivo es la celebración de un negocio jurídico entre ambos sectores con la finalidad de la prestación de determinados bienes a nombre del Estado, estas son conceptualizadas mediante la ley 1508 del año 2012 que expresó lo siguiente:

“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”⁸ de esta forma se logra establecer que las asociaciones público privadas son una forma de cooperación jurídica entre el sector público y privado que se materializa mediante la solemnización de un contrato de concesión que tiene como objetivo la prestación de un servicio por parte del concesionario empresarial a los fines y principios

⁸ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1508 del año 2012

que rigen el sector público en el interior del Estado social de derecho colombiano.

Desde el momento que se implementó esta figura, la iniciativa se motivó o justificó en la necesidad de fortalecer la figura de la concesión, permitiendo que el sector privado pudiera invertir en el sector público con el objetivo de otorgar más liquidez al mismo mediante este tipo de contratos, y esto se halla plasmado en la sentencia C-595 del año 2014 dictada por la Honorable Corte Constitucional que citando la exposición de motivos de la mencionada normatividad afirmó lo siguiente:

“Son múltiples los beneficios alcanzados a través de la vinculación del sector privado, en el cual se concluye que la inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y adicionalmente, disminuir los recursos transferidos a empresas públicas, incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores”⁹

Este tipo de asociaciones generan el fortalecimiento de ambos sectores puesto se le permite al sector privado la explotación, manejo y gerencia de un recurso, obra o actividad estatal lucrativa para este y a riesgo propia, mientras que la administración se beneficia mediante la descongestión de su aparato mediante la concesión del servicio determinado.

La misma sentencia posteriormente afirma lo siguiente “Bajo el nuevo enfoque de asociaciones público privadas se busca: (1) estructurar los mecanismos de pago del Gobierno y evaluar la infraestructura en función del servicio que se ofrece a los beneficiarios, medido en términos de desempeño, calidad y disponibilidad; (2)

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado C-595 del año 2014

optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismos; (3) explorar fuentes complementarias de ingresos para el inversionista privado que faciliten el financiamiento de la infraestructura pública y (4) alinear los incentivos del inversionista privado y de los distintos actores incluidos en todas las etapas de desarrollo del proyecto, propendiendo a la culminación oportuna de las obras”¹⁰.

De lo acotado en el fallo se puede apreciar que el legislativo estableció que existen plenas garantías para ambos sectores producto de la consolidación de estas formas de asociación que ayudan a fortalecer no solo la inversión y capital privado en el sector público, sino así mismo la prestación en los servicios inherentes a la teleología del Estado social de derecho colombiano.

Desde una perspectiva mucho más pedagógica las asociaciones público privadas son definidas mediante la cartilla institucional Abecé de las asociaciones público privadas expedidas por el Departamento Nacional de Planeación – DNP de la siguiente manera: “Son un mecanismo que permite vincular al sector privado para proveer bienes y servicios públicos asociados a una infraestructura. La Asociación Público Privada involucra, dentro del contrato de largo plazo, la retención transferencia de riesgos entre las partes y la definición de los mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del bien provisto”¹¹

La asociación público privada como se ha explicado anteriormente, persigue como objetivo la concesión en la prestación de un bien o servicio público, mediante la inversión de capital privado en las finanzas institucionales y la asimilación conjunta y negociada de riesgos que permita el fortalecimiento de ambos sectores y la prestación eficiente del servicio invocado.

¹⁰ IBIDEM.

¹¹ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Abecé de las asociaciones público privadas. Prosperidad para todo. Imprenta Nacional de Colombia Bogotá D. C., 2013

Tensiones entre el contrato de concesión y las asociaciones público privadas para la prestación del servicio de alumbrado público

Así mismo, a referida guía de asociaciones público privadas expedida por la Departamento Nacional de Planeación- DNP define éste instrumento de la siguiente manera “Un esquema de ejecución de cualquier tipo de proyecto de inversión en donde el sector público y el sector privado trabajan conjuntamente y alinean sus objetivos. Las APP son un contrato a largo plazo entre un socio privado y una agencia del gobierno, para proveer infraestructura y servicios públicos, en el cual el socio privado asume un rol importante en la administración y mitigación de los riesgos del proyecto”¹²

Es reiterativo y redundante el planteamiento que posiciona las asociaciones público privadas como una estrategia jurídica contractual por medio de la cual el Estado se asocia a largo plazo con el sector público, con el objetivo de impulsar conjuntamente un proyecto con una amplia participación gerencial por parte de la empresa privada.

A pesar de tratarse de conceptos diferentes, las asociaciones público privadas y el contrato de concesión guardan más similitudes que diferencias, en el entendido que una de las formas por medio de la cual se puede efectuar este tipo de asociación es mediante la configuración del presente contrato, sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que el contrato resulta incompleto si no se permite una inversión del sector privado motivada en los fines que persigue el mismo, respecto a esto el documento titulado “el papel de las asociaciones público privadas dentro de los contratos de concesión” obra de autoría de Laura María Vergara Aguilera quien manifiesta lo siguiente:

“Las APP son un instrumento para ejecutar y pagar un contrato de concesión, que de manera simultánea a los contratos de concesión, tienen como fin involucrar la inversión privada en diferentes proyectos estatales que involucren la construcción, conservación o explotación de obras públicas, entre otras. Así mismo, al realizar

¹² DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de asociaciones público privadas. 2014

un comparativo normativo, doctrinal e interpretativo, se corroboró que las diferencias establecidas van encaminadas a la forma en que se desarrolla el proyecto, pero a la hora de aplicar no se contempla diferencia”¹³

De acuerdo a lo anterior, podemos afirmar que ambas son formas de pactar, se diferencian entre sí, en el momento de ejecución de las mismas persiguen la misma finalidad y esta se centra en la prestación de un servicio público por parte de los particulares, que se fortalece no solo mediante la gestión del contrato de concesión, sino así mismo en la asociación entre ambos sectores más allá de la solemnización del acuerdo de voluntades.

A título de conclusión, el presente capítulo establece que las asociaciones público privadas son un instrumento jurídico que fortalece el funcionamiento de sector público, permitiendo una inversión del sector privado en el interior del mismo que fortalezca la relación entre ambos sectores en pro de impulsar un proyecto público, las asociaciones público privadas son una manera de complementar, completar y fortalecer el contrato de concesión puesto mientras que el primero consiste únicamente en trasladar la responsabilidad de la prestación de un servicio, explotación de un recurso o gerencia de un bien público hacia el sector privado asumiendo éste último los riesgos de la operación, la asociación público privada por otro lado persigue un modelo de asociación mutua entre ambos sectores que compartan riesgos y permitan el mismo objeto que la concesión pero con una relación jurídica mucho más íntima.

¹³ VERGARA AGUILERA, Laura María. El papel de las asociaciones público privadas dentro de los contratos de concesión. Editorial universidad Santo Tomas. 2016

3. Las tensiones generadas por las asociaciones público privadas en la prestación del servicio público de alumbrado.

La irrupción de las asociaciones público privadas en el interior del ordenamiento jurídico colombiano fue recibida con apoyo en algunos sectores y rechazo escéptico en otros, puesto muchos consideran que ésta estrategia fortalece un sector social que se haya posicionado financieramente, mediante un oculto acto de privatización de los dividendos públicos en beneficio del sector privado, por lo tanto hay quienes aseguran que esta forma de neoliberalismo se centra mas que todo en la explotación económica de un bien o recurso público o la comercialización de un servicio público por encima de la prestación del mismo en beneficio comunitario.

Explicado de otra manera, el mencionado instrumento jurídico se fundamenta en la primacía de la capitalización de un bien público sobre los fines constitucionales que persigue el mismo, tal es el caso de la controversia suscita entre la asolaciones público privadas y la concesión que se le otorga a las mismas para la gestión de servicios públicos como lo es el alumbrado público.

Los servicios públicos son obligaciones a cargo del estado en beneficio de la sociedad o la comunidad, representan el deber que reside en la institucionalidad con el objetivo de satisfacer determinadas necesidades ciudadanas mediante la prestación de los mismos, son implementados por vía constitucional de la siguiente manera “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”¹⁴ con fundamento en esto, se puede establecer que los servicios públicos se desprenden, fundamentan y tienen origen en las finalidades del Estado social de derecho colombiano impuestas constitucionalmente.

¹⁴ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. Editorial Legis 1991

En lo referente al alumbrado público, este es considerado en el interior del ordenamiento jurídico colombiano como un servicio público esencial siendo definido como tal en la sentencia C-155 de 2016 que lo conceptualiza de la siguiente manera “El alumbrado público es un servicio público esencial, cuya prestación corresponde a las autoridades municipales y distritales. Esta prestación debe cumplir con unas condiciones mínimas, entre las cuales está la de la sostenibilidad fiscal, por lo cual la autoridad prestadora puede cobrar por este servicio en su área de influencia, siempre y cuando lo haya efectivamente prestado. Este cobro debe responder, a su vez, a los principios de eficiencia económica y de suficiencia financiera, de tal suerte que se garantice la prestación del servicio”¹⁵.

La prestación eficiente de éste servicio no solo coadyuva a la materialización de principios constitucionales como la dignidad humana y derechos como la movilidad y otros, sino que al mismo tiempo tiene un impacto sobre la seguridad ciudadana puesto garantiza la iluminación de las zonas de tránsito público generando confianza para el transeúnte.

Es importante de igual forma confirmar que este servicio es comúnmente entregado mediante la figura de la concesión a las empresas prestadoras de servicio público domiciliarios o a operadores privados, quienes se hallan autorizadas para cobrar un costo de administración, operación y mantenimiento - AOM por la prestación eficiente del mismo motivada en la necesidad de financiar el funcionamiento de este, acorde con las reglas de la Resolución CREG 123 de 2011 expedidas por el Ministerio de Minas y Energía.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado Sentencia de radicado C-155 del año 2016

Con el advenimiento de las asociaciones público privadas en el interior del ordenamiento jurídico interno y la inversión que estas realizaban sobre diferentes elementos del sector público y los servicios que se desprenden de estos, se genere una privatización moderada de los mismo y resulta evidente que la prestación de servicios públicos domiciliarios a nivel nacional adoptaran esta modalidad de emprendimiento, sin embargo producto de la expedición de la Ley 1753 del año 2015, se surtió una controversia puesto esta proponía la creación de un impuesto en materia de alumbrado público para beneficio de los intereses económicos de las prestadoras del servicio genero rechazo puesto muchos establecieron que era una forma de privatización del impuesto para el beneficio exclusivo del sector privado y su enriquecimiento particular.

Respecto a esto la sentencia de radicado C-272 del año 2016 afirmo lo siguiente “Una de las manifestaciones principales del carácter social del Estado está dada por la garantía de la prestación adecuada de los servicios públicos. Por lo tanto, un tributo como el creado por la Ley 1753 de 2015, que deja librada la satisfacción de una necesidad general a criterios de suficiencia económica y rentabilidad del prestador del servicio, en relación con aparentes beneficiarios individuales del servicio, resulta ostensiblemente contrario a los mandatos superiores”¹⁶ el criterio de la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la mencionada iniciativa se centra en la necesidad de conservar la finalidad del tributo para las necesidades sociales e institucionales, evitando que este se desvíe de los objetivos para los cuales fue creado, a tal efecto la utilización de un gravamen para la satisfacción de las necesidades de la empresa prestadora del servicio público de alumbrado constituida mediante asociaciones público privadas o cualquiera otra modalidad.

La misma sentencia posteriormente complementa lo siguiente:

“El gravamen creado por la ley acusada lesiona intensamente, así mismo, el principio de la prevalencia del interés general. Esto, por cuanto el alumbrado

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado C-272 del año 2016

público es un servicio que encuentra su razón de ser en la satisfacción de un interés general, pues los bienes que reporta no pretenden ni permiten incrementar utilidades ni beneficiar a sujetos particulares y, al contrario, están relacionados con las condiciones de seguridad de la población”¹⁷, se puede establecer que el servicio de alumbrado público no es susceptible de generar ganancia más allá de los cobros racionales, proporcionales y necesarios en la prestación del mismo, es así que incitar al pago de impuestos para generar ganancias a las empresas encargados de prestarlos es una violación a la esencia del servicios públicos.

La misma providencia concluye que “La contribución especial juzgada deja de lado el objetivo de salvaguardar tales intereses de carácter colectivo y lo condiciona a supuestas relaciones privadas y, en específico, a unos criterios de rentabilidad y viabilidad financiera determinados por el prestador del servicio de alumbrado, de cuya apreciación, en últimas, dependería, la satisfacción de una necesidad esencial para todo el conglomerado”¹⁸ por lo tanto, el fallo se justifica en una necesidad de salvaguardar el carácter social de los servicios públicos y el rol que cumplen en el interior del Estado social de derecho colombiano en la satisfacción de necesidades sociales que se desprenden de los fines que constitucionalmente le han sido impuestos a las autoridades, a tal efecto en defensa del interés general no es admisible que los impuestos, tributos o gravámenes muten su objeto y razón de ser y se inclinen al enriquecimiento de los intereses particulares de quienes prestan estos servicios.

¹⁷ IBIDEM

¹⁸ IBIDEM

A manera de conclusión, el presente capítulo establece que la tensión existente entre la prestación del servicio público de alumbrado mediante la configuración de asociaciones público privadas para la prestación del mismo, es producto de la implementación de gravámenes para conservar la sostenibilidad y salubridad financiera de estas empresas, lo cual no solo es contrario al principio de interés general, sino que así mismo representa una mutación de los fines que persigue el tributo en el interior del estado social de derecho colombiano.

Resultados y discusión.

El centro de debate doctrinario y jurídico en el interior del presente documento, se centra en la discusión que se generó producto de la implementación de un impuesto sobre la prestación del servicio de alumbrado público cuyos fondos serían usados para el fortalecimiento financiero de estas empresas, lo cual evidentemente se comprobó que no solo es contrario a la finalidad que persiguen los servicios públicos en los cuales se halla autorizado un cobro en la prestación de los mismos, sino que así mismo es contrario a la finalidad de la tributación en el interior del Estado colombiano, puesto se está permitiendo que los dividendos que genera la configuración de tributos sirvan para financiamiento del sector privado lo cual contrario el carácter social tanto de los tributos como de los servicios.

La irrupción de las asociaciones público privadas en el interior del Estado social de derecho colombiano generaron mayores acercamientos e intimidad entre el sector público y el privado, permitiéndose de esta manera complementar los directrices establecidas en los contratos de concesión y permitiéndose la administración en conjunto de determinadas actividades públicas, a tal efecto esta cercanía se puede prestar para desvirtuar o desconfigurar el deber ser de la administración de determinados servicios y bienes, por esta razón deben de estar sometidas a un control especial.

Conclusiones

Primera: El presente trabajo concluye afirmando que las asociaciones público privadas son un complemento del contrato de concesión que tiene como finalidad generar acercamientos entre el sector público y privado más allá del convenio contractual para el impulso en la prestación de determinados bienes y servicios prestados por el Estado y asimilados por el segundo.

Segunda: La controversia en lo referente al cobro de impuestos sobre el servicio de alumbrado público, que tengan como finalidad aumentar las utilidades de la asociación público privada como prestadora del mismo es una estrategia que se halla contraria a los fines sociales que persiguen los servicios públicos, a tal efecto si bien la concesión de los mismos autoriza un cobro en la prestación de estos fundado en su consumo, resulta inadmisibles que se configure un tributo con el objetivo de fortalecer las finanzas de la empresa privada, puesto lo anterior representaría una mutación de los objetivos del gravamen y una contrariedad sobre el principio de interés general.

Tercera: Si bien las asociaciones público privadas son importantes estrategias UE mejoran las relaciones entre el sector público y el privado y generan fluidez en la prestación de determinados servicios públicos, mediante el trazado de una relación simbiótica y dialéctica, resulta necesario que las mismas sean sometidas a control especial con el objetivo de evitar la privatización de los intereses de la comunidad y el deterioro de la ciudadanía producto de la posición dominante de las empresas privadas.

Bibliografía

1. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. Editorial Legis 1991
2. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 80 del año 1993 o estatuto general de la administración pública. Editorial unión 2014.

3. CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1508 del año 2012
4. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado C- 068 del año 2009
5. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado c- 250 del año 1996
6. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado C- 595 del año 2014
7. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado C- 155 del año 2016
8. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado C- 272 del año 2016
9. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Abecé de las asociaciones público privadas. Prosperidad para todo. Imprenta Nacional de Colombia Bogotá D. C., 2013
10. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de asociaciones público privadas. 2014
11. VERGARA AGUILERA, Laura María. El papel de las asociaciones público privadas dentro de los contratos de concesión. Editorial universidad Santo Tomas. 2016
12. Nader Orfale, R. (2014). Descentralización, participación ciudadana y gobierno local en Colombia. *Advocatus*, 11(22), 22-25. Recuperado a partir de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/3566>
13. Peña Orozco, C., Herrera Delgham, L., & Salazar Manrique, J. (2016). Participación ciudadana a través de los medios de comunicación como legitimación de la democracia participativa en Colombia. *Advocatus*, (26), 145-153. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.26.942>
14. Osorio Gutiérrez, M. (2015). Establecimiento de comercio en relación con los hosting web. *Advocatus*, (24), 67-77. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.984>
15. Sayas Contreras, R., & Medina Arteta, R. (2016). Caracterización de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de la protección de los derechos del consumidor. *Advocatus*, 14(27), 117-131. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.27.930>

16. Ruiz Romero, M. (2015). Importancia que tiene la valoración de la criminalidad en la seguridad ciudadana. *Advocatus*, (24), 79-94. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.987>
17. Arregocés, F., & Latorre Iglesias, E. (2014). Caracterización de la formación y estructuración de las bandas criminales en el departamento del magdalena. *Advocatus*, 11(22), 261-279. Recuperado a partir de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/3581>