



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Número Único: 11001-03-06-000-2021-00167-00

Radicación Interna: 2473

Referencia: Contrato de concesión para la prestación del servicio público del RUNT. Prórroga, adición y continuidad en la prestación del servicio.

La señora ministra de Transporte formula una consulta a la Sala referente a la posibilidad de «prorrogar y adicionar el contrato de concesión para la prestación del servicio público del RUNT», en atención a la necesidad de dar continuidad a la prestación del servicio público contratado.

I. ANTECEDENTES

La ministra pone de presente a la Sala que el Registro Único Nacional de Tránsito (en adelante, RUNT) es un sistema de información electrónica que permite «registrar, actualizar, autorizar, centralizar y validar la información de todo el sector de tránsito y transporte del país¹, y se relaciona especialmente con aquellos registros que la ley ordena se efectúen en este sector²». (Citas al pie, textuales).

De esta manera afirma que es necesario que el RUNT opere en condiciones de permanencia, continuidad, transparencia y seguridad, en tanto cuenta con información de un sector esencial como el de transporte. En consecuencia, agrega que el RUNT es un servicio público que incide directamente en la materialización del principio de seguridad, esencial de la actividad del sector y del sistema de transporte³ (*ibidem*).

¹ «Según información del Grupo RUNT del Ministerio de Transporte, la operación del RUNT conecta más de 6.000 usuarios concurrentes en una hora, gestiona más de 310 millones de transacciones en la base de datos diariamente y dispone de más de 450 canales de comunicación que sostiene un servicio público presencial y virtual».

² «Artículo 8, Ley 769 de 2002: Registros relacionados con automotores, conductores, empresas de transporte público y privado, licencias de tránsito, infracciones de tránsito y transporte, centros de enseñanza automovilística, seguros, personas que presten servicios al sector del tránsito, remolques y semirremolques, accidentes de tránsito y maquinaria agrícola y de construcción autopropulsada».

³ Artículo 2, Ley 336 de 1996.

Realizada la anterior introducción y dado el pormenorizado relato que realiza la señora ministra sobre el contexto de la consulta, la Sala lo segmenta en los siguientes acápite para mayor claridad:

1. El Contrato de Concesión del RUNT y sus otrosíes

El 7 de junio de 2007 se celebró el contrato de concesión No. 033 de 2007 para la prestación del servicio público del RUNT, entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Concesión RUNT S.A, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Se indica por la ministra que en la cláusula segunda del contrato, las partes reconocieron el carácter de servicio público del RUNT, según lo previsto en la Ley 769 de 2002, en concordancia con la Ley 1005 de 2006.

En la cláusula tercera del contrato se estipuló que el plazo de ejecución de este sería de 11 años y 6 meses y, en la cláusula cuarta, que el plazo de vigencia sería de 12 años contados a partir de la suscripción del acta de inicio de ejecución del referido contrato.

Respecto del «valor estimado o inicial del contrato», afirma la ministra que «nada quedó expresamente estipulado sobre el particular». Sin embargo, en la cláusula octava las partes pactaron que el valor del contrato de concesión 033 de 207 es «*indeterminado pero determinable*» el cual corresponderá a: «8.1. *El porcentaje de los derechos económicos de las Tarifas cedidos a favor del CONCESIONARIO por el MINISTERIO durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato por registro, y expedición de certificados de información. 8.2. Las demás compensaciones a favor del CONCESIONARIO durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato, expresamente previstas en este Contrato*».

Alude la ministra a la cláusula novena del contrato en la que las partes acordaron que el Ministerio «*cede al Concesionario el 91% de los derechos económicos de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información*». Precisándose, además, que de ese 91%, el 11% sería destinado exclusivamente para el fondo de reposición de equipos y tecnología, mientras que el 80% sería destinado a la subcuenta principal del Concesionario.

El 8 de agosto de 2007, se suscribió el **Otrosí No. 1** al contrato de concesión, mediante el cual se modificaron los numerales 9.1., 9.2. y 9.3 de la cláusula novena *ibidem*. De esta manera, se acordó ampliar el porcentaje de derechos económicos **cedidos** al concesionario del 91% al 94%, bajo la siguiente distribución: «únicamente el noventa y uno por ciento (91%) de los derechos económicos de las tarifas» cedidos harán parte del «ingreso esperado» del concesionario, en tanto que

el 3% se destinará a la «subcuenta 3- 'Interventoría', para el pago, a partir del tercer año de ejecución del Contrato de Concesión, de los gastos de la Interventoría que contrate el MINISTERIO de forma autónoma». [Mayúsculas textuales, negrilla suplida].

El 1 de noviembre de 2007 se firmó el acta de inicio de ejecución, mientras que el 10 de marzo de 2010 se suscribió el acta de inicio de la fase de operación. En consecuencia, la vigencia inicial del contrato finalizaría el 31 de octubre de 2019, mientras que la ejecución iría hasta el 30 de abril de 2019.

A pesar de la celebración de nuevos otrosíes respecto del contrato de concesión No. 033 de 2007, la ministra considera relevante para la consulta aludir al **Otrosí No. 9** del 29 de abril de 2019, mediante el cual las partes acordaron, entre otros aspectos, prorrogarlo por dos años y 6 meses, esto es, ampliar su ejecución hasta el 31 de octubre de 2021. En cuanto al valor de la adición, en la cláusula tercera las partes pactaron:

CLÁUSULA TERCERA. VALOR DEL NEGOCIO JURÍDICO. El valor de la presente adición no se encuentra determinado, pero es determinable, correspondiendo al valor real del porcentaje de los derechos económicos de las tarifas cedidos a favor de EL CONCESIONARIO por el MINISTERIO DE TRANSPORTE por registro y expedición de certificados de información, así como por las demás compensaciones a favor de EL CONCESIONARIO expresamente previstas en el Contrato de Concesión 033 de 2007 durante el plazo de esta prórroga. [Mayúsculas textuales. Subraya la Sala].

Afirma la ministra que en la cláusula cuarta del referido Otrosí las partes señalaron que «el Ingreso Esperado correspondía al 80% de los ingresos por registros y expedición de certificados de información, previsto en \$109.331.291.928 en pesos constantes de diciembre de 2006 para efectos de efectuar el reajuste tarifario»⁴. (Cita al pie textual).

⁴ En el otrosí 9, se aprecia en el considerando 28 lo siguiente: «28. Que de conformidad con lo establecido en la Cláusula Octava del Contrato, mediante concepto enviado el 25 de abril de 2019 por correo electrónico, la interventoría señaló que el ingreso real proyectado del contrato es de \$294.307.218.685 de pesos constantes de 2006 que equivalen a 721.341 SMLMV y refiere en su escrito que el 50% de dicho valor corresponde a 360.670 SMLMV, monto máximo para la adición en SMLMV. A su vez, el valor proyectado de esta adición es de \$109.331.291.928 de pesos constantes de 2006 que equivalen a 267.969 SMLMV, lo que significa que no sobrepasa el límite legal para las adiciones». [Se subraya].

Observa la Sala que en el otrosí 11 del 27 de octubre de 2011 se utilizan otros valores de referencia para su celebración. En efecto, en el considerando 42 se aprecia: «42. Que en el mismo sentido, el Grupo RUNT del MINISTERIO DE TRANSPORTE indico en el documento "Informe estimaciones componente financiero posible Prorroga contrato de Concesión No. 033 de 2021, con cálculos a 18 meses y 3 meses de Prorroga" que al 30 de abril de 2019 el valor inicial del contrato correspondería a \$387,781,912,346 expresado en pesos constantes de junio 2007, equivalente a 894.125 SMLMV. Por lo tanto, el 50% de dicho valor correspondería a 447.062 SMLMV. Sin embargo, de acuerdo con las estimaciones elaboradas por el Grupo Coordinación RUNT del MINISTERIO DE TRANSPORTE, el valor del Otrosí No. 9 se proyectó en 258.092 SMLMV, en

2. Laudo Arbitral de 9 de agosto de 2018

Relata la ministra que mediante dicho laudo se resolvieron las disputas entre el concesionario y el Ministerio de Transporte y se determinaron los siguientes aspectos que califica especialmente relevantes para el contexto y fines de la consulta:

- i)* El plazo contractual es el que se encuentra plasmado en la cláusula cuarta del contrato y no depende de la obtención del ingreso esperado por el concesionario.
- ii)* Al concesionario le fue cedido originalmente el 91% de las tarifas pero, de conformidad con el otrosí 1 se elevó al 94%.
- iii)* El concesionario cumplió la obligación a su cargo de realizar las actividades de inscripción y modificación de datos de inscripción de personas naturales y jurídicas en el RUNT, pero el Ministerio de Transporte incumplió la obligación de fijar y reajustar las tarifas correspondientes, conforme a lo previsto en el Contrato. Por ello, se privó al concesionario de obtener el ingreso esperado por ese concepto y, en consecuencia, el Tribunal condenó al Ministerio a indemnizar a la Concesión RUNT, a título de lucro cesante, por la suma de \$25.592.058.088.

3.El servicio público del RUNT y su continuidad

Destaca la ministra que tanto en el laudo arbitral, como en el concepto 1625 del 17 de febrero de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se sostuvo que con el RUNT se presta un servicio público.

Resalta que la continuidad en la prestación de este servicio público permite al Estado contar con la información y desarrollos necesarios para la adopción de política pública en materia de tránsito y transporte. Asimismo al mantenerse el servicio, se permite conservar y también crear herramientas adicionales que resulten necesarias para el ejercicio de las funciones de las autoridades de tránsito y transporte, particularmente en estos tiempos en donde los desarrollos tecnológicos y los trámites virtuales han sido preponderantes.

De otra parte, y para los efectos de la presente consulta, señala que si bien el Ministerio puede prestar el servicio directamente o a través de particulares, la entidad no cuenta con los recursos -humanos, financieros, técnicos y tecnológicos - necesarios para recibir y operar directamente el RUNT. Por tal razón, afirma la

consecuencia, el monto estimado hasta por el cual se podría adicionar el contrato correspondería a 188.971 SMLMV» [Se subraya].

ministra, es imperioso continuar con la operación a través del modelo de contrato de concesión, garantizando siempre la prestación del servicio público.

Informa que desde el año 2017 el Ministerio de Transporte dio inicio al proceso de estructuración contractual para contar con el nuevo operador del RUNT y realizar el debido empalme entre el operador saliente y el entrante. El proceso de licitación fue iniciado el 17 de agosto de 2021, de manera tal que para el vencimiento del término pactado en el otosí 9 – 31 de octubre de 2021 – no se contará con el nuevo operador.

Ahora, en lo que tiene que ver con el empalme entre el actual y nuevo operador, indica que dicho proceso debe ser completo y apropiado de cara a la operación misma y a la solución tecnológica, sin ocasionar paralizaciones o afectaciones graves. Asevera que se requiere un empalme de la Concesión a quien resulte seleccionado en el proceso licitatorio de hasta 12 meses, por cuanto debe efectuar la entrega total del sistema de información actual, aspecto que resulta complejo, así como garantizar la eficiente prestación del servicio público. En consecuencia, el término de la posible prórroga y adición habrá de incluir el término estimado para el respectivo empalme.

Por lo anterior, y para garantizar la debida prestación del servicio público del RUNT, el ministerio ha estimado necesario realizar la prórroga y adición al Contrato, se requiere determinar con exactitud el valor inicial del contrato y, por tanto, el valor por el cual se podrá adicionar, para efecto de atender la disposición normativa prevista en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que proscribe la adición de los contratos en más del 50% de su valor inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales.

Con posterioridad a la radicación de la consulta, por solicitud del ministerio consultante se celebró audiencia con la señora Ministra de Transporte, el Viceministro y asesores de esa cartera, la cual se llevó a cabo el 10 de diciembre de 2021. En la audiencia se relataron ampliamente los antecedentes de la consulta y se aportaron documentos para enmarcar el contexto de esta, los cuales se incorporaron en la misma audiencia o fueron recibidos con posterioridad en la Secretaría de la Sala.

En dicha audiencia también se comunicó el cronograma de la licitación pública para seleccionar el nuevo concesionario del RUNT, cuyo cierre, evaluación y adjudicación se daría a partir de enero de 2022. Así mismo, se indicó que el ministerio había celebrado el otosí 10, el cual incluye una nueva prórroga del contrato 033 de 2007 hasta el 31 de enero de 2022.

Con base en lo expuesto, formula las siguientes

II. PREGUNTAS

1. «Preguntas relacionadas con el valor del Contrato 033 de 2007 suscrito entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Concesión RUNT S.A.

i) En tanto el valor del contrato es indeterminado pero determinable, y no se pactó valor inicial ni estimado del mismo, ¿cuál es la metodología que deberá emplearse para determinar su valor inicial, y sobre qué porcentaje de derechos económicos cedidos por concepto de registro y expedición de certificados debe calcularse?

ii) ¿El valor inicial debe calcularse con base en el salario mínimo mensual legal vigente a la firma del Contrato –2007– o aquel vigente al momento de su estructuración financiera –2006–?

iii) Como el Contrato de Concesión es de tracto sucesivo, ¿para calcular el valor inicial se deben tener en cuenta los ingresos corrientes de cada año de ejecución deflactados a la fecha de celebración del contrato?

iv) ¿Cómo debe calcularse el 50% del valor inicial del Contrato de Concesión No. 033 de 2007 como límite para la adición en los términos del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

v) Para efectos de no superar el límite del 50% del valor inicial del contrato en los términos del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y dado que el 29 de abril de 2019 se efectuó una primera adición y prórroga al Contrato, ¿cómo deben calcularse el valor de la primera adición y el valor disponible para futuras adiciones, expresados en salarios mínimos legales mensuales?

vi) Para efectos de atender lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y de cara a una posible adición del Contrato, ¿cómo debe efectuarse el cálculo del valor proyectado de futuras adiciones expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes?

vii) En el laudo arbitral de [sic] 9 de agosto de 2018, se declaró a favor de la Concesión Runt S.A. la suma de \$25.592.058.088 como indemnización a título de lucro cesante y tarifas que debieron ser fijadas por el Ministerio y en consecuencia percibidas por la Concesión. En ese sentido, agradecemos se nos indique si la referida suma hace o no parte del valor inicial del contrato».

2. «Preguntas relacionadas [sic] con la prórroga del Contrato

i) Con el propósito de no superar el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ¿cómo debería calcularse el plazo límite de prórroga del Contrato de Concesión número 037 [sic] de 2007?»

3. «Preguntas relacionadas con la continuidad de la prestación del servicio público del Registro Único Nacional de Tránsito – RUNT

i) ¿Qué mecanismos jurídicos puede adoptar el Ministerio de Transporte entidad estatal contratante, que no constituya una prestación directa del servicio por su parte, para garantizar la prestación del servicio público del RUNT en caso de ocurrir el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y bajo el supuesto que aún no existe nuevo operador designado para operar el RUNT y/o que no haya culminado el empalme del actual contratista con el futuro operador?

ii) Considerando un eventual riesgo en la continuidad del servicio público, de cara al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ¿el Estado puede declarar la urgencia manifiesta para hacer una contratación directa con el operador actual u otro prestador?»

III. CONSIDERACIONES

A. Planteamiento del problema jurídico

La consulta presenta, en primer término, una serie de inquietudes relacionadas con la determinación del «*valor inicial*» del contrato de concesión 033 de 2007 suscrito entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Concesión RUNT S.A., para la prestación del servicio público del Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT).

Dicha determinación, a juicio del ministerio consultante, es útil para los efectos de la «*adición y prórroga*» del citado contrato, por lo que subyace en la consulta la aplicación del límite del 50% previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En atención a tal premisa, para el ministerio el límite para la «*adición*» estaría ligado a la locución «*valor inicial*» que utiliza dicha norma.

Bajo tal contexto, la Sala debe partir de la noción y características del contrato de concesión de servicios públicos, para luego determinar, previa interpretación del alcance general de la citada regla de la Ley 80, si en esta clase de contratos resulta aplicable. En caso afirmativo, deberá dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

*i) Dado que el Contrato de Concesión No. 033 de 2007 no establece cuál es su «*valor inicial*», sino que, por el contrario, en su cláusula octava se señaló que este es indeterminado pero determinable ¿Qué se entiende por «*valor**

inicial» y cómo se determina en un contrato de concesión de servicios públicos, cuando las partes no lo han pactado o no han previsto la metodología para el efecto?

ii) Si el plazo en los contratos de concesión está directamente relacionado con el valor ¿cómo debería calcularse el plazo límite de prórroga en el Contrato de Concesión No. 033 de 2007?

iii) ¿La condena impuesta al Ministerio de Transporte mediante el laudo arbitral del 9 de agosto de 2018, a título de lucro cesante⁵, hace parte del «valor inicial» del contrato?

En segundo lugar, frente a la continuidad de la prestación del RUNT como servicio público y el acaecimiento del límite legal del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, la consulta plantea dos supuestos de hecho: que no exista un nuevo operador designado para el RUNT o que no haya culminado el empalme del actual concesionario con el futuro operador. Ante tales supuestos, la Sala debe determinar:

iv) ¿Qué mecanismos puede adoptar el Ministerio de Transporte, que no impliquen asumir la prestación directa del RUNT, para garantizar el servicio?

Por último, y bajo el contexto de la necesidad de la continuidad del servicio público del RUNT, la Sala debe dilucidar:

v) ¿Si es procedente declarar la urgencia manifiesta para contratar directamente el servicio del RUNT con el operador actual o con otro prestador?

B. Advertencia preliminar: Laudo arbitral del 9 de agosto de 2018

En los documentos remitidos por el Ministerio de Transporte se aprecia que a instancias de las partes del contrato de concesión 033 de 2007 se convocó un tribunal de arbitramento para resolver reclamaciones económicas del concesionario, relacionadas con la contraprestación a la que este tiene derecho por el servicio del RUNT. En el Laudo Arbitral del 9 de agosto de 2018, se definieron las pretensiones de la convocante (concesionario) y de la convocada (ministerio), así como la demanda de reconvención de este último.

Se deduce del laudo y de la naturaleza del contrato de concesión que la determinación de su valor requiere de la elaboración de análisis económicos y modelos financieros que escapan al ejercicio de la función consultiva. En efecto, puede observarse que en el laudo se interpretaron las cláusulas octava y novena relativas al «valor del contrato» y «contraprestaciones económicas» de la concesión, para lo cual se practicaron tres dictámenes periciales.

⁵ Por la suma de veinticinco mil quinientos noventa y dos millones, cincuenta y ocho mil, ochenta y ocho pesos (\$25.592'058.088) debidamente indexados en el IPC al mes de diciembre de 2017.

En tal sentido, se estima que las conclusiones a las que arriba el laudo en cuanto a las sumas que constituyen los ingresos del contrato, los costos y, en general, el análisis técnico financiero y económico allí realizado, constituyen los criterios más elaborados para determinar el valor real del contrato que las mismas partes definieron como «indeterminado pero determinable».

Tratándose de una providencia judicial que resolvió los asuntos que fueron puestos en su conocimiento y frente a los cuales hizo tránsito a cosa juzgada, a la Sala no le corresponde interpretar o dar alcance al laudo.

Las consideraciones de la Sala no estarán referidas a determinación de valores o sumas líquidas de dinero ni realizará ejercicios financieros o numéricos para el efecto, así como posibles proyecciones sobre los mismos, pues estos requieren de estudios o análisis de carácter técnico – financiero que expliquen las metodologías, cálculos y resultados obtenidos, cuya competencia no corresponde a la Sala en ejercicio de su función consultiva, por lo que se sugiere al ministerio consultante adelantar dicha gestión.

Dado lo anterior, y en atención a que las preguntas *i)* a *iii)* y *vii)* del numeral 1.1. de la consulta se relacionan directa o indirectamente con los aspectos mencionados, la Sala realizará el análisis jurídico correspondiente para resolverlas, teniendo en cuenta los documentos aportados, sin señalar montos o sumas líquidas de dinero.

En cuanto a las demás preguntas la Sala advierte que el concepto que se emite analizará los problemas jurídicos sometidos a su consideración de manera general y abstracta, y solo aludirá a aspectos puntuales del contrato de concesión 033 de 2007 cuando resulte estrictamente indispensable.

C. Metodología para la solución de la consulta

Para dar respuesta a la consulta, la Sala desarrollará los siguientes temas: 1) contrato de concesión: noción, características, modalidades, y la concesión de servicios públicos; 2) régimen jurídico del contrato de concesión 033 de 2007 para la prestación del servicio público del RUNT; 3) el valor en el contrato de concesión 033 de 2007, el concepto de «*valor inicial*» y su aplicación al caso concreto; 4) la adición del contrato estatal; 5) el plazo en los contratos estatales, en particular en el contrato de concesión de servicios públicos y su prórroga; 6) la condena por lucro cesante frente al valor inicial del contrato; 7) la continuidad del servicio público concesionado, y 8) la urgencia manifiesta.

D. Desarrollo argumentativo

1. Contrato de concesión: noción, características, modalidades. Reiteración de la doctrina de la Sala

En múltiples oportunidades la Sala se ha referido al contrato estatal de concesión⁶, para lo cual ha considerado tanto la noción legal, como la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

1.1. Noción

Recientemente la Sala, en el Concepto 2450 de 2020, recordó el sustento constitucional de la concesión administrativa y describió su alcance, para lo cual citó la sentencia del 1 de julio de 2015 de la Sección Tercera de esta Corporación, así:

[E]s un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –dominio público–, servicios –servicios públicos– y obras –infraestructura pública, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –concesiones administrativas– o contratos –negocios jurídicos públicos–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas– para explotarlos económicamente con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador.⁷ [Se subraya].

Como puede verse, la concesión administrativa puede concebirse como contrato y como autorización o permiso. La jurisprudencia de la Sección Tercera ha señalado:

[E]n el primer caso, hace referencia a aquellas modalidades de concesión que han sido tipificadas como contrato por la misma ley 80 de 1993, o por otras disposiciones legales, por ejemplo, concesión minera, concesión petrolera, concesión para la explotación de juegos de apuestas permanente, concesión de servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional, concesión en contratos de aseo, concesión de las riberas de los ríos, concesión de servicios de radiodifusión sonora, etc.

En el segundo caso, el vocablo «concesión» dentro de un texto, incluso legal, puede significar la autorización para la realización de un determinado objeto, sin que por ello se deba concluir que la mera utilización de esa palabra constituye la tipificación de la situación respectiva como contrato. En tal sentido se puede hacer referencia a

⁶ Conceptos 1952 de 2010, 2148, 2149 y 2150 de 2013, entre otros.

⁷ Radicación 2004-00609.

las concesiones que se otorgan por acto administrativo o por otras modalidades legales.⁸

Desde el punto de vista de la contratación estatal, la concesión es definida por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, «Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública», así:

[S]on contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

La concesión, además de realizar los principios de economía y eficiencia de la función administrativa⁹, permite a la administración la explotación de los bienes y servicios públicos, manteniendo su titularidad, control y vigilancia.

Ahora bien, el contrato de concesión no se encuentra necesariamente limitado a las tres modalidades señaladas en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80¹⁰, de allí que puedan existir concesiones atípicas o mixtas. En el ámbito colombiano, un ejemplo de lo anterior lo constituye el contrato de telefonía móvil, negocio jurídico que conlleva la concesión tanto de un servicio público como de un bien¹¹. En el

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. Radicación 2004-00369.

⁹ «Ahora bien, el contrato de concesión surge como desarrollo de los principios de economía y eficiencia que deben orientar a la función administrativa y que suponen que la Administración debe adoptar las medidas tendientes a la utilización de la menor cantidad de recursos para el desarrollo de la función pública a su cargo». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 11 de junio de 2014. Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00156-01(18661).

¹⁰ Esta Corporación ha sostenido que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas, en tanto que «el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público». Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939).

¹¹ Así, la Corte Constitucional, al analizar las cláusulas de reversión en contratos de concesión para la prestación del servicio de telecomunicaciones, indicó: Observa pues en este punto la Corte que, la cláusula de reversión se incorpora por mandato legal en aquellos contratos de concesión de bienes estatales, regla a partir de la cual se entiende que el contrato de telefonía móvil, el cual implica la concesión del espectro magnético, se ajusta a este tipo de acuerdos y, en consecuencia

derecho comparado, puede mencionarse el caso de las concesiones de autopistas (España)¹². Asimismo, la Ley 1508 de 2012 también regula los contratos de concesión celebrados a través de esquemas de Asociación Público Privadas¹³.

La contraprestación del concesionario puede adoptar diferentes formas: derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien, una suma periódica o porcentual o, en términos generales, en cualquier otra modalidad que las partes convengan (artículo 32, numeral 4).

1.2. Características

Con base en la noción general expuesta, como características o rasgos distintivos del contrato de concesión, además de las generales predicables a todo contrato estatal, pueden señalarse las siguientes:

i) Sujetos: La entidad estatal tiene la calidad de concedente, y la persona natural o jurídica la de concesionario¹⁴.

ii) Objeto: el contrato de concesión tiene como objeto, en principio, 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, se ha señalado:

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de manera general, definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas finalidades: i) la concesión de servicio público, cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; ii) la concesión de obra

le resultaba aplicable el precepto legal transcrito. Esto es, el pacto de reversión se entendía incorporado, y por ello, al concluir la concesión, se debe hacer efectiva, además de la devolución de las frecuencias, la transmisión de la propiedad de los bienes afectos a la prestación de servicios, con destino a la Administración. En relación con tales bienes, los transcritos artículos 14 y 15 del citado decreto-Ley 1900 de 1990, determinaron lo que la Corte, entiende, es un mínimo del acervo que debe ser revertido al Estado, si se asume que por virtud del contrato, la Administración tiene derecho a tales haberes o su equivalente económico, aunque su adquisición, uso, tenencia y conservación eran de la órbita del concesionario. Corte Constitucional. Sentencia del 22 de agosto de 2013, C-555/13.

¹² «5. Las concesiones de autopistas, en cuanto concesiones mixtas de obra y servicio público, pueden ser -y lo son con frecuencia- objeto de modificaciones». Consejo de Estado de España. Dictamen 660/2014.

¹³ «**Artículo 2. Concesiones.** Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración».

¹⁴ i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de julio de 2015. Radicación número: 47001-23-31-000-2004-00609-01(39622).

pública, cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público y iii) la concesión de bien público, explotación o conservación total o parcial, de un bien destinado al servicio o uso público. Todo lo anterior, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal¹⁵.

iii) Riesgos: El concesionario actúa por su cuenta y riesgo. De esta suerte, en el contrato de concesión «[e]l concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga»¹⁶. En efecto:

2. El concesionario, quien es el operador del servicio, asume todos los riesgos derivados de la actividad, ello conlleva el deber de reparar los daños que se generen como consecuencias de las fallas que puedan llegar a presentarse¹⁷.

En esta dirección, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado:

[u]na característica que diferencia el contrato de concesión de los demás contratos es el relacionado con la obligación que tiene el concesionario de asumir la ejecución del objeto de la concesión por su propia cuenta y riesgo [...] ello significa que deberá disponer de y/o conseguir los recursos financieros requeridos para la ejecución de la obra o la prestación del servicio, razón por la cual ha de tener derecho a las utilidades, en igual sentido, deberá asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, de la actividad o del servicio concesionado e, igualmente, tiene la responsabilidad de retribuir al Estado la explotación que realiza de un bien de propiedad de éste o de un servicio cuya prestación normativamente ha sido asignada a una entidad estatal, con una contraprestación económica; tal consideración es la que permite distinguir, con mayor claridad, la naturaleza jurídica o la función económico social del contrato de concesión, respecto de la de otros tipos contractuales, como la ha expresado la jurisprudencia¹⁸. [subraya la Sala]

Como puede observarse, la actuación por cuenta y riesgo del concesionario conlleva, además del derecho a las utilidades, la obligación de asumir las pérdidas derivadas de la gestión del bien, el desarrollo de la actividad o la prestación del servicio concesionado.

Dentro de este marco, el contrato de concesión implica un riesgo operacional para el concesionario, de tal suerte que los beneficios económicos para este último

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA). Sección Tercera (S.3). Sentencia del 11 de octubre de 2021. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00086-01(44493).

¹⁶ Consejo de Estado. SCA. S.3. Sentencia del 1 de julio de 2015. Radicación número: 47001-23-31-000-2004-00609-01(39622).

¹⁷ Consejo de Estado. SCA. S.3. Sentencia del 14 de julio de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01902-01(36198).

¹⁸ Consejo de Estado. SCA. S.3. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939).

dependerán de su eficacia o ineficacia para operar la concesión. Así, la Sala ha tenido la oportunidad de señalar:

[c]aracterística de estos contratos, derivada de su derecho a la explotación económica comprende la transferencia al contratista de un riesgo operacional de carácter económico que supone que su mayor o menor eficiencia permitirá recuperar las inversiones realizadas y el respectivo margen de utilidad.

Esta característica de los contratos de APP incluidas las concesiones, muestra sus diferencias con otros tipos de contratos, en especial, con el contrato de obra.

[...]

El riesgo operacional comprende los riesgos derivados de los ingresos que se reciban por la explotación económica en condiciones normales.

En el mismo sentido, la doctrina comparada ha reiterado como requisito de estos contratos la asunción del riesgo por el contratista. Los considerandos 18 y siguientes de la Directiva DC de la Unión Europea, señalan que la característica principal de una concesión, el derecho de explotación económica, implica siempre la transferencia al contratista del riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas y los costos incurridos para la explotación del proyecto, en condiciones normales de funcionamiento^[19]. Se podría agregar la posibilidad de que obtenga rendimientos y utilidades superiores a las estimadas, en las condiciones normales previstas.

Aunque no es posible eliminar este riesgo, pues desconfiguraría la naturaleza del contrato si se establece una garantía de pago de las inversiones realizadas, corresponderá al análisis de la entidad determinar en cada contrato y según la naturaleza del proyecto, los posibles límites al riesgo operacional del contratista y las eventuales compensaciones por situaciones tasadas y reguladas en el contrato.

Finalmente, la exigencia de la explotación económica y la transferencia del riesgo operacional en la explotación abarcan el riesgo de demanda y/o el de suministro^{[20][21]}. [Notas al pie textuales. Se subraya].

¹⁹ Se considera que el contratista asume un riesgo operacional cuando no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas o a cubrir los costos en que incurrió como consecuencia de la explotación del proyecto objeto de concesión. La parte de los riesgos transferidos debe suponer una exposición real a la incertidumbre del mercado. Artículo 14.4. Ley LCSP de España. Cfr. Tratado de contratos del Sector Público. Tomo 3. Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2018. Págs. 2538, ss.

²⁰ Como riesgo de demanda se ha entendido por la doctrina, el que surge de la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro, el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular, el riesgo de que los servicios no se ajusten a la demanda. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Ob.Cit. Págs. 688, ss.

²¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1 de julio de 2020. Radicación interna: 2433.

Ahora bien, es importante destacar que la actuación por cuenta y riesgo del concesionario no significa que este deba asumir todas las alteraciones que ocurran durante la ejecución del contrato²².

iv) Vigilancia y control por parte de la entidad estatal: En ambos casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio.

v) Contraprestación o remuneración: Al concesionario se le reconoce y paga una contraprestación que puede adoptar diferentes formas: derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien, una suma periódica o porcentual, o en términos generales, en cualquier otra modalidad que las partes convengan (artículo 32, numeral 4)²³.

vi) Reversión: El artículo 19 de la Ley 80 de 1993, establece:

En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

De acuerdo con esta disposición, la reversión se constituye en elemento esencial en los contratos de concesión, en particular los de explotación y concesión de bienes. De allí que su incorporación resulta obligatoria en esta tipología de contratos²⁴, de tal manera que si no es acordada por las partes debe entenderse parte de este por ministerio de la ley.

Por su parte, con el fin de preservar el interés público y la continuidad de la

²² «Sea lo primero señalar que aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, bien o servicio “*por su cuenta y riesgo*”, ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía. En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato [...]. [cursiva textual]. Consejo de Estado. SCA. S.3. Sentencia del 23 de noviembre de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00233-01(52161).

²³ Consejo de Estado. SCA. S.3. Sentencia del 11 de octubre de 2021. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00086-01(44493). Véase igualmente: De otra parte, tratándose de contratos de concesión, la administración está autorizada para remunerar al contratista de diversas maneras, por ejemplo, mediante derechos, tarifas, tasas o, incluso, con una participación en la explotación del bien contratado, en los términos del artículo 32, numeral 4º de la Ley 80 de 1993; en tal sentido, no se advierte a simple vista una prohibición para retribuir al concesionario mediante un porcentaje del ingreso obtenido con la implementación del sistema de detección de infracciones de tránsito. Consejo de Estado. SCA. S.3. Sentencia del 8 de junio de 2020. Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00143-02(65819). [Se subraya].

²⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1996.

prestación del servicio público objeto del contrato de concesión, nada impide que la mencionada cláusula pueda ser pactada libremente por las partes, en ejercicio de su autonomía²⁵, acorde con la naturaleza del contrato²⁶.

Expuesta la noción y características generales del contrato de concesión, puede sostenerse que de las tres modalidades identificadas, corresponderá a la Sala, de conformidad con la consulta formulada, profundizar en el contrato de concesión de servicios públicos.

1.3. El contrato de concesión de servicios públicos

En la visión clásica de la concesión, se puede traer como ejemplo la regulada por el artículo 12 del Decreto Ley 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, que establece:

Artículo 12. La atención de las funciones, la prestación de los servicios y la ejecución de las obras a cargo de los Municipios se hará directamente por éstos, a través de sus oficinas y dependencias centrales o de sus entidades descentralizadas, o por otras personas en razón de los contratos y asociaciones que para el efecto se celebren o constituyan [...].

Como se observa, esta norma dispone que, entre otras obligaciones, la atención de las funciones o la prestación de los servicios a cargo de los municipios se puede hacer directamente por estos, a través de su administración central o de sus entidades descentralizadas (vía directa), o «por otras personas» en razón de contratos que celebre el municipio (vía indirecta), entre los cuales se encuentra el de concesión.

En el texto constitucional de 1991, el contrato de concesión de servicios públicos tendría su fundamento en el artículo 365 C.P., el cual dispone:

Artículo 365. 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. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por

²⁵ Cfr. Tribunal de arbitramento de La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones contra Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Laudo arbitral del veinticinco (25) de julio de dos mil diecisiete (2017). Árbitros: Juan Pablo Cárdenas. Jorge Pinzón Sánchez y María Teresa Palacio Jaramillo.

²⁶ Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido: «Se observa entonces que también en la doctrina ha variado el estatus y el papel que desempeña la estipulación de la reversión en el contrato estatal de servicios públicos, lo cual, sin duda, afectará el régimen de los bienes. Si antaño, tal disposición resultaba imprescindible en los contratos de concesión, las nuevas exigencias del mercado han tornado tal contenido en circunstancial y, la han condicionado a razones económicas». Sentencia C – 555 de 2013.

comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. [...] [Se subraya].

Bajo el ámbito de la contratación estatal, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, define los servicios públicos, «para los solos efectos de esta ley», así:

[...] 3o. Se denominan servicios públicos:

Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

De conformidad con las disposiciones citadas, el contrato de concesión de servicios públicos tiene como objetivo contribuir a la correcta prestación de estos para satisfacer las necesidades colectivas. Así las cosas, al Estado le corresponde definir, dentro de las políticas públicas, si los prestará de manera directa o indirecta, a efectos de garantizar en mejor forma la continuidad del servicio, en condiciones de eficacia y eficiencia, para la satisfacción del interés general. Lo anterior, sin perjuicio de mantener en todo caso la regulación, control y vigilancia de dichos servicios, dada la titularidad que mantiene sobre estos y el deber que le asiste de proteger los derechos de los usuarios.

Bajo el anterior contexto, para el Consejo de Estado, sección cuarta, el contrato de concesión, en particular el de servicios públicos, es también una forma de intervención del Estado en la economía:

En cuanto técnica interventora del Estado en la esfera de la libertad de actuación de los asociados, la concesión administrativa es ante todo un instrumento excepcional, con profundas raíces en la evolución de las instituciones administrativas, que opera de manera exclusiva y restrictiva respecto de bienes, servicios y obras de titularidad o monopolio público y de claro contenido económico, en los eventos en que la administración decide bajo parámetros discrecionales y de conformidad con los marcos materiales definidos en el artículo 365 constitucional, no asumir directamente su explotación económica, la prestación del servicio o la ejecución de la obra, trasladando la misma a particulares, esto es, escindiendo de sus facultades como titular de bienes, servicios, o ejecutor de obras, las de explotación o gestión económica de los mismos, desprendiéndose de ellas en favor de terceros, pero manteniendo su titularidad, control y vigilancia. La concesión administrativa se torna entonces dentro del contexto del Estado social y democrático de derecho en una adecuada fórmula de explotación de los bienes, servicios y ejecución de obras de titularidad pública con trascendencia económica, esto es, rentables, y que mediante su explotación puedan implicar no solo la recepción de respuestas de satisfacción para las necesidades de la comunidad sino también la posibilidad de remuneración para los particulares que se involucren con el Estado, mediante la retribución de su actividad de conformidad con los modelos y fórmulas económicos previamente

definidos de manera técnica, adecuada, proporcional, racional y ponderada²⁷ [Se subraya].

Dentro de este marco constitucional y legal, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato de concesión puede tener por objeto específico la «prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público». La Sala estima que si bien a esta modalidad contractual le resultan aplicables las características y consideraciones genéricas señaladas sobre el contrato de concesión en los anteriores puntos de este concepto, a los cuales se remite, resulta pertinente complementar los siguientes aspectos, dado el contexto y preguntas formuladas en la consulta:

1.3.1. Se trata de un contrato de carácter bilateral, pues tanto el concedente como el concesionario asumen obligaciones. Así, se ha señalado:

Lo primero que debe preverse es que dentro de la clasificación de los contratos, como lo señala la demandante, se encuentran el contrato unilateral, consistente en aquel en el cual quien se obliga es una sola de las partes mientras que la otra no tiene obligación alguna, y el contrato bilateral, donde ambas partes contraen obligaciones correlativas, además de las impuestas directamente por las leyes generales y especiales, como es el caso del contrato de concesión de servicios públicos, en el cual el concedente se obliga a otorgar al concesionario «la prestación, operación, organización o gestión total o parcial de un servicio público», entre tanto que éste último es obligado, entre otras prestaciones, al pago de la compensación pactada. De manera que desde ningún punto de vista el contrato de concesión de servicios públicos podría tomarse como un contrato unilateral²⁸ [*ibidem*].

Resaltar las obligaciones que leyes especiales imponen a las partes de un contrato de concesión de servicios públicos resulta relevante para el presente concepto, pues como se verá en el punto siguiente sobre el régimen jurídico del contrato de concesión 033 de 2007, las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, imponen un esquema tarifario que vincula a las partes de dicho contrato.

1.3.2. La entidad estatal vigila y controla la actuación del concesionario:

Las potestades de dirección y control de la entidad contratante se enmarcan dentro del **principio de eficacia**, según el cual, los contratos estatales deben lograr su finalidad, esto es la satisfacción del interés público y, en concordancia con el **principio de economía** propender por la obtención de los resultados que se buscan con esta actividad, es decir, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 11 de junio de 2014. Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00156-01(18661)

²⁸ Consejo de Estado. SCA. S.3. Sentencia del 13 de diciembre de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00461-01(45215).

derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), tal como lo sostuvo la Sala en el Concepto 2150 de 2013.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado:

[E]n dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público [...]. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que, en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública)»²⁹ [Paréntesis textuales].

1.3.3. La contraprestación económica a favor del concesionario:

Puede consistir en derechos, **tarifas**, tasas, valorización, participación en la explotación del servicio público, una suma periódica o porcentual, o, en fin, cualquier otra modalidad que las partes acuerden (artículo 32, numeral 4, L.80/93).

Tal como se desprende de los antecedentes, uno de los aspectos esenciales de la consulta formulada lo constituye la tarifa pagada por los usuarios del RUNT. Como se verá en el punto siguiente, dicha tarifa se fija con base en las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, y los valores que se recaudan por tal concepto permiten la sostenibilidad del servicio del RUNT.

1.3.4. La continuidad del servicio:

Como el contrato se celebra para la satisfacción de una necesidad pública, es imperativo proteger la continuidad del servicio, la cual aparece como una finalidad de la contratación estatal. En efecto, el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, establece:

Artículo 3°. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la **continua** y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (Se destaca).

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 250 de 1996.

Obsérvese que la Ley 80 dispone que si mediante un contrato se presta un servicio público, este debe desarrollarse en condiciones generales de eficiencia, continuidad, eficacia y efectividad, aspecto que será analizado por la Sala en el numeral 7 de este concepto.

Como puede apreciarse en este acápite, en el contrato de concesión de servicios públicos deben distinguirse los aspectos puramente contractuales de aquellos normativos del servicio. Estos últimos subordinan los intereses privados al interés público, y por ende, establecen límites a la autonomía de las partes, en materias tales como la remuneración (por ejemplo, cuando las tarifas están reguladas por la ley), o la continuidad del servicio, por solo mencionar algunos aspectos que hacen parte de la consulta y que serán desarrollados por la Sala en este concepto, para lo cual resulta indispensable dilucidar, en primera instancia, el régimen jurídico aplicable al contrato de concesión 033 de 2007.

2. Régimen jurídico del contrato de concesión 033 de 2007 para la prestación del servicio público del RUNT

2.1. Marco normativo

2.1.1. Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006

En las consideraciones del contrato 033 de 2007 y en la cláusula segunda referida a su objeto, se alude expresamente a los artículos 8 y 9 de la Ley 769 de 2002 «por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones», mediante los cuales el legislador ordenó al Ministerio de Transporte la implementación del sistema de información denominado Registro Único Nacional de Tránsito, RUNT.

Así mismo, toma en cuenta lo previsto en la Ley 1005 de 2006, por la cual se adiciona y modifica el Código Nacional de Tránsito Terrestre, ya que, según allí se afirma, «completó la regulación normativa necesaria a efectos de la creación e implementación del RUNT, viabilizando de esta manera, el cumplimiento del mandato legal contenido en la Ley 769 de 2002».

Sin perjuicio del análisis que posteriormente se hará de las estipulaciones contractuales, en el contrato de concesión 033 expresamente se establece que su objeto es «la prestación del servicio público del registro único nacional de tránsito» RUNT, y dado que dicho registro se encuentra regulado por las leyes citadas, resulta ineludible analizar las disposiciones que ellas traen sobre el particular, pues no cabe duda que constituyen la causa que llevó al ministerio a celebrar el contrato de concesión.

a) Creación del RUNT - Ley 769 de 2002

En lo exclusivamente relevante para este concepto, el artículo 8 creó el RUNT en los siguientes términos:

ARTÍCULO 8. REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO, RUNT. El Ministerio de Transporte pondrá en funcionamiento directamente o a través de entidades públicas o particulares el Registro Único Nacional de Tránsito, RUNT, en coordinación total, permanente y obligatoria con todos los organismos de tránsito del país. [Se resalta].

El RUNT incorporaría, por lo menos, los siguientes «registros de información:

1. Registro Nacional de Automotores.
2. Registro Nacional de Conductores.
3. Registro Nacional de Empresas de Transporte Público y Privado.
4. Registro Nacional de Licencias de Tránsito.
5. Registro Nacional de Infracciones de Tránsito.
6. Registro Nacional de Centros de Enseñanza Automovilística.
7. Registro Nacional de Seguros.
8. Registro Nacional de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que prestan servicios al sector público
9. Registro Nacional de Remolques y Semirremolques.
10. Registro Nacional de Accidentes de Tránsito».

Por su parte la Ley 1005 de 2006, determinó que también forma parte del RUNT el Registro Nacional de Maquinaria Agrícola y de Construcción Autopropulsada que sea adquirida, importada o ensamblada en el país, el cual, luego el Decreto Ley 019 de 2012, se denominó Registro Nacional de Maquinaria Agrícola, Industrial y de Construcción Autopropulsada.

La citada ley fijó para el Ministerio de Transporte un plazo de «dos (2) años prorrogables por una sola vez por un término de un (1) año, contados a partir de la fecha de promulgación de este código»³⁰ para poner en funcionamiento el RUNT. (párrafo 1, artículo 8).

b) La concesión del RUNT – Ley 769 de 2002

Los párrafos 3 y 4 del artículo 8 *ibidem*, resultan relevantes para el presente concepto al disponer:

PARÁGRAFO 3o. Los concesionarios, si los hay, deberán reconocer, previa valoración, los recursos invertidos en las bases de datos traídos a valor presente, siempre y cuando les sean útiles para operar la concesión.

³⁰ 6 de agosto de 2002.

PARÁGRAFO 4o. Las concesiones establecidas en el presente artículo se deberán otorgar siempre bajo el sistema de licitación pública, sin importar su cuantía. (Se subraya).

Lo primero que debe mencionarse es que el artículo 8 de la Ley 769 faculta al Ministerio de Transporte para poner en funcionamiento el RUNT directamente, o a través de entidades públicas o particulares.

Ahora, como se dijo al inicio de este concepto, las locuciones «concesión» o «concesionario» no son unívocas, pues pueden aludir a un negocio jurídico - contrato-, o a un acto unilateral bajo la modalidad de autorización o permiso.

Por su parte en el ámbito del derecho público, la licitación pública es un procedimiento de selección de contratistas que se constituye en la regla general aplicable. Al decir de Dromi es un «procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público, en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará o aceptará la más conveniente»³¹.

Revisados los antecedentes de la licitación pública que concluyó con la adjudicación del contrato 033 de 2007, se aprecia que el entendimiento dado a los párrafos citados corresponde a la noción lógico – jurídica del contrato de concesión expuesta en el punto precedente, en el sentido de que corresponde a un negocio jurídico en el que los particulares colaboran con el Estado para, como es el caso, prestar un servicio público por su cuenta y riesgo, a cambio de una contraprestación. Desde el punto de vista de su noción socio económica, se trata de vincular el capital privado a la prestación del servicio público, liberando recursos del presupuesto público que serán destinados para atender necesidades más apremiantes de la población.

En efecto en el «Estudio técnico financiero para la estructuración del sistema de información del RUNT» elaborado por la Unión Temporal Selfinver - Deloitte & Touche Consultores Ltda., se observa lo siguiente:

Como se trata de una función pública atribuida por la Ley al Ministerio de Transporte, es claro que puede implementarse directamente por éste o, en forma indirecta, con la colaboración de un particular, seleccionado a través de una licitación pública, y desde luego bajo el marco normativo analizado en el estudio presentado en el año 2002, el cual no ha sufrido variaciones.

Dicho marco normativo está constituido por la Ley 80 de 1993, así como por las normas mencionadas en este escrito en cuanto regulan aspectos relevantes para la prestación del servicio de registro en cada una de sus modalidades.

³¹ Dromi, R. Licitación Pública. Segunda edición. Ediciones Ciudad Argentina. 1995, p. 76.

Tal y como se había previsto desde el comienzo del proceso, el contrato de concesión (participación privada) fue escogido como alternativa más viable en virtud de la posibilidad de la inversión o aporte del capital privado. Éste se celebraría con el contratista privado adjudicatario de la licitación que se abra, deberá ser suscrito por el Ministro del Transporte o la persona en quien él delegue esta función, pues, como se anotó antes, en la medida en que corresponde al Ministerio como titular de la función de llevar los registros señalados en la Ley (769/02 y la que actualmente fue aprobada por las Cámaras Legislativas), esto es, el servicio público objeto de la concesión, según se precisó anteriormente, acto jurídico para el que se encuentra expresamente facultado por el artículo 2° de la Ley 80 de 1993». [Subraya la Sala. Paréntesis textuales].

En este estado del análisis es claro para la Sala que el Estado, como titular del servicio, a través del Ministerio de Transporte, consideró en su momento (años 2006 – 2007) conveniente acudir a la inversión o aporte del capital privado para la prestación del servicio público del RUNT, para lo cual acudió al contrato de concesión, como vehículo o medio jurídico para vincular ese capital al servicio público, todo lo cual es concordante con la noción lógico – jurídica y económica del negocio jurídico de concesión. En tal sentido, estructuró la licitación pública correspondiente, tal como lo disponen los párrafos arriba transcritos, y como se evidenciará en el numeral siguiente.

En consecuencia, se tiene que el contrato 033 de 2007 es un contrato estatal que se rige de manera especial por las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006.

c) En cuanto a las características de la información del RUNT y su sostenibilidad – Ley 769 de 2002

Al respecto, el artículo 9 de la Ley 769, estableció:

ARTÍCULO 9o. CARACTERÍSTICAS DE LA INFORMACIÓN DE LOS REGISTROS. Toda la información contenida en el RUNT será de carácter público. Sus características, el montaje, la operación y actualización de la misma serán determinadas por el Ministerio de Transporte y su sostenibilidad deberá estar garantizada únicamente con el cobro de tarifas que serán fijadas por el Ministerio para el Ingreso de datos y la expedición de certificados de información. [Subraya la Sala. El texto tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 532 de 2003].

Puede observarse cómo, desde la creación del RUNT, se estableció que su sostenibilidad se garantizaría con el cobro de tarifas a los usuarios, circunstancia que no se modificó con la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la sentencia C – 532 de 2003, pues esta decisión lo que censuró fue la «ausencia de un método a seguir para la determinación de la tarifa a cobrar por el servicio, de los beneficios del mismo[...]». En efecto, sostuvo la Corte Constitucional lo siguiente:

La Corte no encuentra que la Ley 769 de 2002 haya señalado linderos sustantivos a la autoridad administrativa para fijar el valor de las tarifas, lo que conduce al desconocimiento por parte de la norma acusada del mandato del artículo 338 de la Constitución que permite que el Legislador autorice a las autoridades administrativas para la fijación de las tarifas de las tasas, siempre y cuando el sistema y el método para definir los costos sean determinados por la propia ley.

Por las anteriores razones la Corte procederá a declarar la inexecutable de la expresión 'que serán fijadas por el Ministerio', contenida en el inciso 2 del artículo 9 de la Ley 769 de 2002. Ello porque el resto del inciso 2, según el cual la sostenibilidad del RUNT 'deberá estar garantizada únicamente con el cobro de tarifas [...] para el ingreso de datos y la expedición de certificados de información', no presenta problema alguno de constitucionalidad. [Subraya la Sala].

Para la Corte es constitucionalmente admisible que la sostenibilidad del RUNT provenga de las **tarifas** que se cobre a los usuarios de este por el servicio, siempre y cuando la ley determine «el sistema y el método para definir los costos» de tales tarifas.

d) Ley 1005 de 2006

Ante la decisión de la Corte, el Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 163 de 2004, Cámara - 196 de 2005, cuyo objetivo era determinar el sistema y método para la fijación de las tarifas por el servicio del RUNT:

Con la fórmula y criterios propuestos, se pretende la viabilidad del Registro Único Nacional de Tránsito, Runt, toda vez que la tarifa por la inscripción y/o registro, el ingreso de datos y la expedición de certificados de información constituyen el soporte de la sostenibilidad del sistema³² [...]

El propósito del proyecto se materializó en la Ley 1005 de 2006³³, que estableció el método y el sistema «con el fin de garantizar la sostenibilidad del RUNT de que tratan los artículos 8° y 9° de la Ley 769 de 2002» (artículo 1).

El hecho generador «Está constituido por la inscripción, el ingreso de datos, expedición de certificados y la prestación de servicios relacionados con los diferentes registros previstos en el artículo 8° de la Ley 769 de 2002 o las normas que la modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten» (artículo 2).

El sujeto activo de la tasa es la *Nación-Ministerio de Transporte* (artículo 3, Ley 1005), en tanto que **los sujetos pasivos** son «quienes estén obligados a inscribirse ante el RUNT, soliciten el ingreso de información, soliciten la

³² «Proyecto de Ley No. 163 de 2004 Cámara, 196 de 2005, Senado, por la cual se adiciona y modifica el Código Nacional de Tránsito Terrestre, Ley 769 de 2002».

³³ «por la cual se adiciona y modifica el Código Nacional de Tránsito Terrestre, Ley 769 de 2002».

expedición de certificados, o quienes soliciten la prestación de algún servicio relacionado con los diferentes registros previstos en el artículo 8° de la Ley 769 de 2002 o las normas que lo modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten». (Artículo 4).

El recaudo de la tasa «estará a cargo del Ministerio de Transporte, o de quien él delegue o autorice de conformidad con la ley» (Artículo 5).

Por su trascendencia para el presente concepto, la Sala transcribirá los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 1005 de 2006:

Artículo 6. Tarifas. Las tarifas aplicables a la inscripción, ingreso de información, expedición de certificados y servicios prestados por el Registro Único Nacional de Tránsito, RUNT, serán fijadas anualmente, mediante resolución expedida por el Ministerio de Transporte, de acuerdo con el sistema y método adoptados mediante la presente ley.

Artículo 7. Sistema. A efectos de establecer el sistema para la fijación de las tarifas del Registro Único Nacional de Tránsito, RUNT, por parte del Ministerio de Transporte, estas se calcularán teniendo en cuenta, entre otros criterios:

1. Costo de inversión inicial. Es el valor de adquisición de hardware y software, montaje de equipos y redes, derechos de uso y de explotación de licencias de software, migración y validación de la información, contratación y capacitación de personal, pólizas, gastos financieros, actividades de preinversión y otros costos inherentes.
2. Costos de mantenimiento, entendido como el valor de las actividades periódicas necesarias para prevenir y/o corregir el deterioro de redes, bienes o equipos existentes.
3. El costo de mejoramiento, entendido como el valor necesario para mejorar, ampliar, adecuar o actualizar, el hardware, el software, las redes, los bienes y la infraestructura existente.
4. El costo de rehabilitación, entendido como el valor de las actividades necesarias para reconstruir, recuperar o sustituir las condiciones originales de la infraestructura, equipos, bienes existentes y para atender los imprevistos no contemplados en los anteriores conceptos.
5. El costo de la operación de la infraestructura, entendido como el valor para cubrir los gastos directos e indirectos, diferentes de los anteriores, necesarios para garantizar la adecuada prestación del servicio y una interventoría técnica. Estos gastos para operar el Registro Único Nacional de Tránsito, RUNT, incluyen: nómina, operación, conectividad, uso de la infraestructura, reparaciones y otros.
6. El costo para cubrir los programas de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, dirigidas a temas de seguridad en el sector tránsito y transporte.

Artículo 8. Método. Una vez determinados los costos conforme al sistema establecido en el artículo 7° de esta ley, la entidad correspondiente hará la distribución de los mismos entre los sujetos pasivos de los servicios, para lo cual aplicará el siguiente método:

1. Se hará una proyección estadística de la demanda mínima anual para el primer año de funcionamiento del Sistema Único Nacional de Tránsito, RUNT, utilizando la información histórica registrada por el Ministerio de Transporte.
2. Los costos anuales determinados conforme al sistema establecido en el artículo 7°, se distribuirán entre los trámites anuales proyectados estadísticamente, arrojando un valor de ingreso esperado.
3. La tarifa se ajustará calculando la variación de los ingresos totales de registros, frente a los ingresos esperados. El índice de ajuste se calcula como la relación entre la variación en los ingresos totales frente al ingreso esperado de registros, cuyas tarifas son ajustables con el IPC anual, certificado por el DANE.
4. Los usuarios pagarán la tarifa establecida por el registro, validación, autorización, conservación, modificación de la información requerida por el Sistema Único Nacional de Tránsito, RUNT, al efectuar sus trámites, y, la expedición de certificados. [Subraya la Sala]

En consecuencia, el régimen especial previsto en la Ley 1005 predetermina el modelo financiero de la concesión, la propuesta económica y las cláusulas del contrato, en el sentido de que el servicio del RUNT se sostiene mediante el recaudo de las tasas cuya tarifa fija el Ministerio de Transporte a través de acto administrativo, para lo cual debe observar el sistema y método previsto en los artículos 7 y 8 *ibidem*.

2.1.2. Ley 80 de 1993

Tal como se indicó en el literal b) del numeral precedente, el contrato de concesión 033 de 2007 es un contrato estatal que se rige de manera especial por las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, y en lo allí no dispuesto por la Ley 80 de 1993, así como por las normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan.

En efecto, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades enlistadas en el artículo 2° *ibidem* y, además, los previstos en «disposiciones especiales», así como los contratos de obra, de consultoría, **de concesión**, de prestación de servicios y los encargos fiduciarios y fiducia pública, los cuales son señalados a título enunciativo.

Con la simple lectura del texto del contrato se evidencia que el Ministerio de Transporte es una entidad estatal de las señaladas en el artículo 2 de la Ley 80, y que el contrato celebrado es de concesión, es decir, de los definidos en el artículo 32 *ibidem*, como contrato estatal, de lo cual se sigue que, en lo no previsto en las Leyes 769 y 1005, se encuentra sometido a la Ley 80 de 1993.

2.1.3. Conclusiones de este acápite

El análisis de las normas transcritas permite a la Sala arribar a las siguientes conclusiones sobre el régimen jurídico al que se sujeta el contrato de concesión 033 de 2007, toda vez que no solo explican o delimitan aspectos de su

estructuración financiera, sino que son el fundamento de algunas de sus cláusulas, materias que constituyen el objeto de la consulta:

i) El servicio público del RUNT y su titularidad: El RUNT es un servicio público, cuyo titular es el Estado, quien por intermedio del Ministerio de Transporte le corresponde su implementación, así como la determinación de sus características, montaje, operación y actualización. (art. 8 y 9, Ley 769 de 2002).

ii) Funcionamiento del servicio del RUNT: Se le ordenó al Ministerio de Transporte poner en funcionamiento el RUNT -directamente o a través de entidades públicas o particulares-, en coordinación total, permanente y obligatoria con todos los organismos de tránsito del país y se le otorgó un plazo legal para el efecto. (art. 8 *ibidem*).

iii) Sostenibilidad del servicio del RUNT: Por mandato legal el RUNT se sostiene mediante un ingreso tributario -tasa-, que se cobra a los usuarios de este por el servicio, conforme al «sistema y el método para definir los costos» de las tarifas de la tasa.

iv) Sujeto activo de la tasa: Es la *Nación - Ministerio de Transporte* (art. 3, Ley 769), lo cual es concordante con la titularidad del servicio.

v) Competencia para la fijación de la tarifa: Las tarifas que deben sufragar los usuarios por los servicios del RUNT son fijadas anualmente mediante acto administrativo expedido por el Ministerio del Transporte, para lo cual se debe tener en cuenta el sistema y método previsto en los artículos 7 y 8 de la Ley 1005 de 2006.

vi) Determinación de los costos por el servicio: Para el cálculo de las tarifas el artículo 7 *ibidem* señala los costos que deben ser tenidos en cuenta, entre los cuales figuran la inversión inicial, mantenimiento, mejoramiento y operación de todos los equipos, sistemas, programas e infraestructura para la prestación del servicio del RUNT. En cuanto al costo de operación, se destaca que este incluye una interventoría técnica.

Así mismo, la norma en mención incluye el costo para cubrir los programas de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, dirigidas a temas de seguridad en el sector tránsito y transporte.

Determinados los costos, se debe hacer una distribución de estos «entre los sujetos pasivos de los servicios» del RUNT, para lo cual se observará el sistema previsto en el artículo 8 de la Ley 1005.

Para el efecto, la ley ordenó realizar «una proyección estadística de la demanda mínima anual para el primer año de funcionamiento» del RUNT, utilizando la información histórica registrada por el Ministerio de Transporte.

De esta manera los costos anuales determinados conforme al artículo 7 citado, «se distribuirán entre los trámites anuales proyectados estadísticamente, arrojando un valor de ingreso esperado».

Es claro que, por mandato de la ley, el *ingreso esperado* corresponde a una noción relacionada con las tarifas por el servicio del RUNT que deben sufragar los usuarios, que permite calcular el ajuste de tales tarifas, pues así lo establece el numeral 3 del artículo 8 de la Ley 1005 de 2006: «La tarifa se ajustará calculando la variación de los ingresos totales de registros, frente a los ingresos esperados. El índice de ajuste se calcula como la relación entre la variación en los ingresos totales frente al ingreso esperado de registros, cuyas tarifas son ajustables con el IPC anual, certificado por el DANE».

vii) Fondo cuenta: El artículo 9 de la Ley 1005 ordenó la creación de un fondo cuenta, adscrito al Ministerio de Transporte, constituido con los recursos provenientes de la tasa a que se refieren los artículos 8 y 9 de la Ley 769 de 2002 para garantizar la sostenibilidad del sistema, la actualización del software, hardware, los bienes y servicios, necesarios para efectuar el registro, validación y autorización del RUNT.

En consecuencia, el marco legal expuesto predetermina el modelo financiero de la concesión, la propuesta económica y las cláusulas del contrato, en el sentido de que el servicio del RUNT se sostiene mediante el recaudo de las tasas cuya tarifa fija el Ministerio de Transporte a través de acto administrativo.

La posibilidad legal de que sea a través de un contrato de concesión que dicho servicio se preste, y que los usuarios sufraguen una tarifa por este, sin aportes estatales, es plenamente concordante con el objeto y contraprestación prevista en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ya que como se señaló al comienzo de este concepto, la contraprestación prevista en el contrato puede consistir en «derechos, tarifas, tasas [...]».

Lo anterior indica que si bien es la autonomía de la voluntad³⁴ el principio general que preside la actividad contractual (pública o privada), lo cierto es que esta se encuentra claramente limitada por la ley, y para el caso concreto, por las Leyes

³⁴ Entendida por la jurisprudencia como «la facultad de las personas reconocida por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones en procura de la satisfacción de sus fines o necesidades, [...] *en veces atenuada o ausente, ya por ius cogens, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres (artículos 15 y 16, Código Civil)*» Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

769 de 2002 y 1005 de 2006, normas imperativas que regularon en su integridad elementos tales como el objeto del contrato a celebrar y la contraprestación atada a las tarifas que deben sufragar los usuarios del RUNT para la sostenibilidad de ese registro, entre otros aspectos relevantes para este concepto.

3. El contrato de concesión 033 de 2007. Valor del contrato y «valor inicial»

Revisado el régimen legal especial que rige el contrato de concesión 033 de 2007, deberá la Sala analizar el citado contrato, con el fin de dilucidar su valor y lo que en la consulta se denomina «valor inicial» del mismo, para lo cual resulta relevante estudiar, en primer lugar, los documentos precontractuales, para luego interpretar su objeto y las cláusulas que lo desarrollan, así como la contraprestación pactada para esa concesión y sus otrosíes.

3.1. Etapa precontractual

De los antecedentes de la consulta y documentos remitidos por el ministerio consultante, resulta relevante el análisis de los siguientes:

a. Estudio técnico financiero para la estructuración del sistema de información del RUNT

Elaborado por la Unión Temporal Selfinver - Deloitte & Touche Consultores Ltda., señaló que la regulación de las tarifas por el servicio del RUNT le corresponde al Ministerio de Transporte, de conformidad con el sistema y método previsto en lo que posteriormente fue la Ley 1005 de 2006, en ese momento en trámite ante el Congreso de la República. Tales tarifas son las que permiten la sostenibilidad del RUNT.

En cuanto a la determinación del negocio jurídico para la prestación del servicio del RUNT, se determinó que el más conveniente correspondía al contrato de concesión para la prestación de un servicio público, previsto en la Ley 80 de 1993.

El estudio señaló el modelo financiero del contrato y, en consecuencia, planteó tres alternativas para el esquema tarifario. Se transcribe la «Alternativa 3», pues como se verá corresponde a las «tarifas techo» que se incluyeron en la cláusula novena de la minuta de contrato presentada en el pliego de condiciones:

TARIFAS	
Revisión técnico mecánica	\$4.500.00
Trámites automotores otros	
Traspaso	\$4.500.00
Matrícula inicial	\$15.000.00
Inscripción y levantamiento de prenda	\$7.500.00
Revisión	\$3.800.00

Otros	\$1.900.00
Expedición de certificados	\$2.000.00
Trámites conductores particulares	
Expedición	\$7.500.00
Refrendación	\$1.900.00
Otros	\$1.900.00
Personas naturales o jurídica	\$15.800.00
Seguros	\$2.000.00
Trámites de Transporte	
Terminales de Transporte	\$105.000.00
Escuelas de Enseñanza	\$95.000.00
Registro tarjetas de servicio de vehículos de enseñanza	\$2.000.00
Centros de reconocimiento de conductores	\$90.000.00
Empresas de Transporte	\$46.700.00
Centros de Diagnóstico	\$105.000.00
Tarjetas de operación	\$2.000.00
Censo de rutas	\$2.000.00
Talleres de mecánica autorizados para hacer cambios	\$46.700.00
Expedición certificados	\$2.000.00

El estudio citado elaboró el modelo financiero con el cual se proyectaría el contrato de concesión del RUNT, «por un período de 10 años en pesos contantes de 2006, financiado con las tarifas que los usuarios pagarían por concepto del Registro, tarifas que se calcularon de acuerdo con el sistema establecido en el artículo 7 de la Ley 1005 de 2006, al tiempo que estimó la reposición de las inversiones en los términos del artículo 9 de dicha Ley».

b) Licitación Pública No. MT-001 de 2006

El 3 de noviembre de 2006 se expidió la Resolución No. 004920, «Por la cual se ordena la apertura de la Licitación Pública número MT001 de 2006», cuyo artículo 1 dispuso³⁵:

ARTICULO PRIMERO: Ordenar la apertura de la Licitación Pública número MT-001 de 2006, cuyo objeto es la prestación del servicio público del Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT) y expedición de certificados de información, en coordinación total, permanente y obligatoria con todos los organismos de tránsito del país, según lo establece la Ley 769 de 2002 artículos 8 y 9, en concordancia con la Ley 1005 de 2006. Para tal fin deberá realizarse por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO, la planificación, diseño, implementación, administración, actualización, operación y mantenimiento del RUNT, de conformidad con lo

³⁵ Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acto de apertura de la licitación es un acto de trámite por lo que, por regla general, no es objeto de control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo que «contengan decisiones sobre el fondo del asunto o puedan afectar los principios que deben regir la actividad contractual». Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012, Radicación: 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ).

establecido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sobre el contrato de concesión.

Como se aprecia, la parte resolutive transcrita alude al marco legal que ha sido descrito en el numeral anterior, en particular lo relativo a la tarifa.

c) Pliego de condiciones de la licitación

Solo se citarán los aspectos relevantes para el concepto, particularmente aquellos relacionados con el régimen legal, la estructuración financiera, la oferta económica del proponente y los elementos para la determinación del precio o valor del contrato.

En cuanto al régimen legal, se ratifica que corresponde a una licitación y posterior contrato de concesión que se regirá por la Ley 80 de 1993, así como por las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006. (Punto 1.10 del pliego).

Indica que la estructuración financiera corresponde a «Tarifas y Otros Ingresos», así:

1.9.2 Información sobre estructuración financiera (Tarifas y Otros Ingresos) La Ley 1005 de 19 de enero de 2006 estableció el método y el sistema de las Tarifas que serán fijadas anualmente por el MINISTERIO, con el fin de garantizar la sostenibilidad del R.U.N.T.

Los Proponentes deberán analizar la citada ley, así como el suministro de bienes y su amortización. Los Proponentes también deberán tener en cuenta que los ingresos de la Concesión se deberán manejar a través de una sociedad fiduciaria calculando la comisión a que hubiere lugar. [Mayúsculas y paréntesis textuales]

El texto transcrito resulta trascendente, pues indica que las tarifas que fije el Ministerio de Transporte por el servicio del RUNT, y que en virtud del contrato serán recaudadas en su totalidad por el concesionario, son las que garantizan la sostenibilidad de ese registro, lo que ratifica que el Ministerio no realiza aporte económico alguno con destino a la concesión.

Con la propuesta se entregarían dos sobres, el número 1 relacionado con los aspectos «empresariales y técnicos» y el sobre número 2 con la propuesta económica, según el numeral 4.2.2. del pliego, que en lo pertinente dispuso³⁶:

“4.2.2. Contenido del Sobre Número Dos (2) El Sobre Número Dos (2) deberá contener la Propuesta Económica del Proponente, de acuerdo con el formulario 8 del Anexo 2 del presente Pliego.

³⁶ De conformidad con lo dispuesto en la Adenda 3 de la Licitación y la transcripción realizada por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo.

La oferta económica consistirá en el valor de los ingresos que el Proponente aspire a recibir a título de Ingreso Esperado (en Pesos de 31 de Diciembre de 2006) a partir del vencimiento del mes dieciocho (18) contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato y hasta el vencimiento del término establecido en la cláusula TERCERA del Contrato. Asimismo, dicha oferta económica consistirá en las Tarifas que proponga para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento, para este caso, el Proponente expresará su oferta como un porcentaje de las Tarifas fijadas en la cláusula NOVENA del Contrato. Dicha oferta se presentará siguiendo el formulario 8 del Anexo 2 de este Pliego.

Al diligenciar este formulario, los Proponentes deberán tomar en cuenta que los cálculos del Ingreso Esperado del Proyecto deben cubrir e incluir todos los costos directos e indirectos de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato de Concesión y con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanan del mismo, al igual que los porcentajes que de conformidad con la Ley y el presente Pliego corresponden a otros conceptos.

El Ingreso Esperado propuesto para el período comprendido entre el mes 31 contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato y el mes 42 contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato no podrá ser superior al 8% respecto del Ingreso Esperado propuesto para el período comprendido entre el mes 18 contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato y el mes 30 contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato.

A partir del mes 43 contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato, la variación del Ingreso Esperado propuesto de cada año corrido de Concesión debe ser del cuatro por ciento (4%) respecto de los Ingresos Esperados del año corrido inmediatamente anterior.

El Proponente deberá tener en cuenta la cláusula 9.5 del Contrato, donde se establecen la indexación, actualización y/o ajuste de las Tarifas: Por variaciones en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y por variaciones en Ingreso Esperado.

Las sumas propuestas por el Proponente se utilizarán como factor de comparación y evaluación de su Propuesta Económica. El Proponente Ganador será aquel que presente el Ingreso Esperado más bajo una vez aplicado el procedimiento establecido en el numeral 5.6 del presente Pliego.

La propuesta económica no podrá estar sujeta a condición alguna y deberá estar determinada en Pesos constantes de 31 de diciembre de 2006.

Al diligenciar el formulario mediante el cual los Proponentes presentarán su propuesta económica (formulario 8 del Anexo 2 del Pliego), éstos deberán tener en cuenta que en su propuesta económica, los cálculos del Ingreso Esperado del Proyecto deben cubrir e incluir **todos** los costos directos e indirectos de los suministros y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato de Concesión y con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanan del mismo. En consecuencia, es entendido que la oferta económica (el Ingreso Esperado) del Proponente cubrirá todos los costos fijos y variables de la Concesión, mencionados en el artículo 7º de la Ley 1005 de 2006, e incluirá todos los costos

directos e indirectos, generales, financieros, beneficios, utilidades, rentabilidad esperada, impuestos y de cualquier otro tipo en que incurra el CONCESIONARIO para el correcto cumplimiento del objeto de la Concesión y la ejecución de las actividades e inversiones que se requieren de acuerdo con este Pliego y el Contrato. [Subraya la Sala].

Sobre los conceptos que debía tener en cuenta el proponente para su oferta económica, la cual «consistirá en las Tarifas que proponga para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento», según se acaba de transcribir, el pliego³⁷ señalaba:

Los Proponentes al diligenciar el formulario 8 del Anexo 2 de este Pliego, el cual estará contenido en el Sobre Número Dos (2) de sus Propuestas, deberá tener en cuenta los valores que el respectivo Proponente estime por concepto de la inversión del CONCESIONARIO en el Proyecto, es decir, la sumatoria discriminada de los siguientes conceptos:

1. Valor de planificación, diseño, implementación, administración, operación, actualización y mantenimiento y puesta en funcionamiento del R.U.N.T., incluido el valor de la instalación, suministro, montaje y prueba de los equipos necesarios para la infraestructura de operación.

2. Los valores de reposición y actualización tecnológica estimados para todo el término de duración del plazo del Contrato basados en los parámetros dados en el Anexo A. Para dichos valores deberá especificarse el año de inversión previsto. 3. La suma establecida en el Contrato, correspondiente al costo estimado de la Interventoría durante la ejecución del Contrato.

Los anteriores valores se expresarán en Pesos constantes de 31 de Diciembre de 2006.

Se reitera a los Proponentes que el Ministerio no garantiza la recuperación de la inversión estimada. [*Ibidem*]

Se destaca que las tarifas que se recauden, las cuales corresponden al valor de la propuesta, deben financiar o cubrir los «valores de reposición y actualización tecnológica» durante la duración del contrato, así como el «costo» de la interventoría.

En cuanto al procedimiento y criterios de adjudicación, estos fueron determinados en el numeral 5.6.1 del Pliego:

5.6.1 Determinación de la media y la mediana

Con anterioridad a la selección de la Propuesta ganadora, se ordenarán en orden descendente (de mayor a menor ingreso esperado) la totalidad de las propuestas económicas de aquellas consideradas como elegibles.

³⁷ *Ibidem*.

Los Proponentes deberán tener en cuenta que el valor de su propuesta económica no podrá ser inferior a TRESCIENTOS MIL MILLONES de Pesos (COL\$300.000.000.000) de 31 de diciembre de 2006.

Este valor se tendrá en cuenta para efectos de calcular la media y la mediana. Serán rechazadas aquellas Propuestas presentadas por debajo del valor anteriormente establecido. [Mayúsculas y paréntesis textuales].

La Sala considera pertinente resaltar que la limitación sobre el monto de la propuesta económica –«ingreso esperado»-, la cual no «podía ser inferior a TRESCIENTOS MIL MILLONES de Pesos (COL\$300.000.000.000) de 31 de diciembre de 2006», no se encontraba señalada en ninguno de los documentos previos a la licitación, ni en los pliegos inicialmente publicados, pues solo fue introducida al proceso de selección mediante la Adenda No. 3. No obstante, la noción de ingreso esperado sí aparece desde los estudios previos y en varios apartes del pliego de condiciones.

Se reitera que la propuesta económica debe incluir el costo de la interventoría, para lo cual se transcribe lo consignado en la Adenda 2 al pliego de condiciones:

Modifíquese el numeral 5.10 del Pliego de Condiciones, el cual quedará de la siguiente manera:

5.10 INTERVENTORÍA DEL CONTRATO El seguimiento y control del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan del Contrato y de sus Anexos, se hará a través de una interventoría contratada por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, la cual será financiada y/o pagada, de la forma establecida en la cláusula CUADRAGÉSIMO QUINTA del Contrato.

De esta manera, EL CONCESIONARIO deberá fondear con sus propios recursos la cuenta fiduciaria de la Interventoría en el valor de la Interventoría correspondiente a los dos (2) primeros años de ejecución del Contrato de Concesión. Una vez cumplido el término anterior, la Interventoría continuará financiándose con el 3% del total de las Tarifas recaudadas, referido en el numeral 9.3 de la cláusula NOVENA del Contrato, sin perjuicio de lo anterior, si dicho porcentaje resulta insuficiente para financiar la Interventoría, EL CONCESIONARIO deberá fondear con recursos propios la diferencia.

Posteriormente, el pliego transcribe las cláusulas octava y novena de la minuta del contrato que acompañó el pliego de condiciones, referentes al valor del Contrato y a las Contraprestaciones Económicas³⁸. Dado que las cláusulas del contrato celebrado serán analizadas por la Sala en el punto correspondiente, solo se estima indispensable para este punto transcribir lo relacionado con las “tarifas techo” previstas por el pliego, respecto de las cuales el Proponente debía

³⁸ De conformidad con lo dispuesto en la Adenda 3 de la Licitación y la transcripción realizada por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo.

expresar en su oferta el porcentaje de las Tarifas que ofrecería para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento:

9.4 Las siguientes son las tarifas techo previstas para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento. Sin embargo, a partir del segundo año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento estas tarifas podrán ser aumentadas o disminuidas sin atender el techo referido, aplicando los criterios de indexación, actualización y/ o ajuste de Tarifas contenidos en la presente cláusula. En todo caso, las Tarifas que regirán efectivamente durante el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento, de conformidad con el porcentaje de las tarifas techo ofrecidas por el CONCESIONARIO en su Propuesta son:

TARIFAS*			
	Tarifas Techo	% de la Tarifa Techo ofrecida por el concesionario	Tarifas que regirán el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento
Revisión técnico mecánica	\$4.500.00		
Trámites automotores otros			
Traspaso	\$4.500.00		
Matrícula inicial	\$15.000.00		
Inscripción y levantamiento de prenda	\$7.500.00		
Revisión	\$3.800.00		
Otros	\$1.900.00		
Expedición de certificados	\$2.000.00		
Trámites conductores particulares			
Expedición	\$7.500.00		
Refrendación	\$1.900.00		
Otros	\$1.900.00		
Personas naturales o jurídica	\$15.000.00		
Seguros	\$2.000.00		
Trámites de Transporte			
Terminales de Transporte	\$105.000.00		
Escuelas de Enseñanza	\$95.000.00		
Registro tarjetas de servicio de vehículos de enseñanza	\$2.000.00		
Centros de reconocimiento de conductores	\$90.000.00		
Empresas de Transporte	\$46.700.00		
Centros de Diagnóstico	\$105.000.00		
Tarjetas de operación	\$2.000.00		
Censo de rutas	\$2.000.00		
Talleres de mecánica autorizados para hacer cambios	\$46.700.00		
Expedición certificados	\$2.000.00		

*Tarifas a precios de diciembre 31 de 2006. Estas tarifas se ajustarán al inicio de la Concesión con la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2006 y el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato [Subraya la Sala].

Como puede observarse, la oferta de los proponentes debería tener como base el valor de las «tarifas techo» previstas para la minuta del contrato. Respecto del valor de las tarifas (100%), los proponentes debían ofrecer un porcentaje de estas para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento.

Resulta pertinente indicar que las tarifas señaladas en el cuadro corresponden en su integridad a las analizadas para el modelo financiero del contrato, salvo la referida a «Personas naturales o jurídica», que en el modelo financiero registraba un valor de **\$15.800.00** y en la licitación \$15.000.00

d) Preguntas y respuestas sobre el pliego de condiciones

Dentro de las múltiples preguntas formuladas sobre el particular, interesa para los efectos de este concepto la siguiente:

PREGUNTA No. 224: En el numeral 4.2.2 del pliego de condiciones se establece que la oferta económica consistirá en el valor de los ingresos que el proponente aspire recibir a título de Ingreso Esperado. Posteriormente en el mismo párrafo se define que el Ingreso Esperado debe cubrir todos los costos directos e indirectos del proyecto, al igual que los porcentajes que de conformidad con la ley y con el pliego de condiciones corresponden a otros conceptos. De lo anterior inferimos que el ingreso esperado corresponde al 100% de los ingresos por tarifas. Solicitamos que se aclare si efectivamente este es el porcentaje de ingreso esperado, y de no ser así, se especifique cual es, para efectos de diligenciar la propuesta con el Ingreso Esperado.

RESPUESTA: De acuerdo con la definición del numeral 40 de la Cláusula Primera del Contrato el ingreso esperado corresponde al 91% de la tarifa, que es el porcentaje de la tarifa cedido al Concesionario [Mayúsculas textuales. Se subraya].

La anterior respuesta significa que del 100% de las tarifas que se recauden por cuenta del contrato, solo el 91% corresponden al ingreso cedido al concesionario a título de «ingreso esperado».

e) La propuesta económica

El proponente aludió a lo dispuesto en el punto 4.2.2. del pliego de condiciones arriba transcrito y señaló:

De conformidad con lo establecido en el numeral 4.2.2 del Pliego de condiciones de la licitación pública MT -001 de 2006, el valor de los ingresos que el proponente desea recibir a título de Ingreso esperado a partir del vencimiento del mes dieciocho (18) contado a partir del Acta de inicio de Ejecución del Contrato y hasta el vencimiento del término establecido en la cláusula TERCERA del contrato corresponde a los que se relacionan en el siguiente cuadro.

PERÍODOS DE LA CONCESIÓN CONTADOS A PARTIR DEL ACTA DE INICIO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO	INGRESO ESPERADO / PESOS CONSTANTES DE DICIEMBRE 31 DE 2006
Del mes 18 al mes 30	24.136.285.176,2970
Del mes 31 al mes 42	28.067.187.990,4008
Del mes 43 al mes 54	27.109.875.510,0168
Del mes 55 al mes 66	28.194.270.530,4175
Del mes 67 al mes 78	29.322.041.351,6342
Del mes 79 al mes 90	30.494.923.005,6996
Del mes 91 al mes 102	31.714.719.925,9276
Del mes 103 al mes 114	32.983.308.722,9647
Del mes 115 al mes 126	34.302.641.071,8832
Del mes 127 al mes 138	35.674.746.714,7586
TOTAL	300.000.000.000,0000

Las tarifas propuestas para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento serán el 58.899 % de las relacionadas en el cuadro incluido en la cláusula NOVENA de la nómina (sic) del Contrato incluida como anexo 1 de este pliego de condiciones [Mayúsculas textuales].

Como puede apreciarse, el valor total señalado por el proponente asciende a la suma de TRESCIENTOS MIL MILLONES de Pesos (\$300.000.000.000) «de 31 de diciembre de 2006», por ingreso esperado, suma que coincide con la señalada en el punto 5.6.1. del pliego de condiciones.

f) La adjudicación del Contrato

Mediante la Resolución No. 001846 del 16 de mayo de 2007, expedida por el Ministro de Transporte, se da cuenta que se presentó un empate entre cuatro proponentes, quienes obtuvieron 100 puntos, por lo cual fue necesario utilizar el factor de desempate previsto en el literal b) numeral 5.6.3. del pliego de condiciones, a saber:

b. Cuando se presente un empate entre varias Propuestas consideradas como elegibles, presentadas por Proponentes nacionales, se preferirá la Propuesta que haya ofrecido el porcentaje de las Tarifas para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento más bajo, de conformidad con lo establecido en el formulario 8 Anexo 2 del presente Pliego. [Se subraya].

De esta manera, el Contrato fue adjudicado a la Promesa de Sociedad Futura Concesión RUNT S.A., la cual, como atrás ya se vio, ofertó el 58.899% de las tarifas techo previstas para el primer año de la fase de operación, actualización y mantenimiento a las que se refería la Cláusula Novena de la minuta del Contrato de Concesión.

g) La fijación de las tarifas por parte del Ministerio del Transporte

Una vez adjudicada la Licitación y antes de la celebración del Contrato de Concesión, mediante la Resolución 2260 del 6 de junio de 2007, el Ministerio de Transporte fijó las tarifas para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato de Concesión, de conformidad con la Oferta económica presentada por el proponente adjudicatario.

En los considerandos de la resolución se alude a los antecedentes señalados en los puntos anteriores, esto es, a la fijación de las tarifas por el servicio del RUNT por parte de las Leyes 769 de 2020 y 1005 de 2006 y al proceso de licitación descrito, por lo que se resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO: Para efectos de dar cumplimiento a lo establecido en la ley y en el pliego de condiciones de la licitación pública MT-001 DE 2006, se fijan las tarifas para el primer año de la fase de operación, actualización y mantenimiento del contrato de concesión, por registro y expedición de certificados de información en las siguientes sumas, de conformidad con la oferta presentada por el proponente adjudicatario:

CONCEPTO	Tarifas
Revisión técnico mecánica	\$ 2.650
<i>Trámites automotores otros</i>	
Traspaso	\$ 2.650
Matrícula inicial	\$ 8.835
Inscripción y levantamiento prenda	\$ 4.417
Revisión	\$ 2.238
Otros	\$ 1.119
Expedición de certificados	\$ 1.178
<i>Trámites conductores</i>	
Expedición	\$ 4.417

CONCEPTO	Tarifas
Refrendación	\$ 1.119
Otros	\$ 1.119
Personas naturales o jurídicas	\$ 8.835
Seguros	\$ 1.178
Trámites de Transporte	
Terminales de Transporte	\$ 61.844
Escuelas de Enseñanza	\$ 55.954
Registro tarjetas de servicio de vehículos de enseñanza	\$ 1.178
Centros de reconocimiento de conductores	\$ 53.009
Empresas de Transporte	\$ 27.506
Centros de Diagnóstico	\$ 61.844
Tarjetas de operación	\$ 1.178
Censo de rutas	\$ 1.178
Talleres de mecánica autorizados para hacer cambios	\$ 27.506
Expedición certificados	\$ 1.178

ARTÍCULO SEGUNDO: Las tarifas anteriormente fijadas se establecen en pesos constantes de 31 de diciembre de 2006, por lo tanto, las mismas, se indexarán, actualizarán y/ o ajustarán de conformidad con lo establecido en la Ley 1005 de 2006 y en la cláusula novena del contrato de concesión.

ARTÍCULO TERCERO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

Con este acto administrativo se materializa la potestad del sujeto activo de la tasa Nación – Ministerio de Transporte de fijar el valor de la tarifa para la operación y sostenimiento del RUNT, sumas que en su totalidad serán recaudadas por el concesionario seleccionado, conforme a la oferta presentada.

3.2. El contrato de concesión 033 del 7 de junio 2007 y sus cláusulas³⁹

Un día después de la fijación mediante acto administrativo de las tarifas del RUNT señaladas en el numeral anterior, se suscribió el citado contrato.

Al igual que ocurrió con la Resolución 002260, en sus consideraciones alude a los mandatos legales previstos en las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, así como al proceso de licitación y a la Resolución 002260 de 2007, lo que lleva a sostener que: i) ese acto jurídico tiene su origen y motivo determinante en dichas leyes – causa- (CC, artículo 1524), ii) las partes acudieron a él en cumplimiento de un deber legal y, iii) por ende, el alcance de la autonomía de la voluntad se encuentra

³⁹ El texto que se analiza corresponde al archivo digital remitido por el Ministerio de Transporte que contiene el contrato originalmente suscrito.

restringido o limitado por disposiciones de carácter imperativo a las que no pueden sustraerse las partes del contrato 033 de 2007.

a) Definiciones relevantes

En la cláusula primera se establece que «[p]ara la adecuada interpretación de este Contrato, los términos que a continuación se definen tendrán el significado que se les atribuye en la presente cláusula».

«25. Estructura Tarifaria

Son los valores discriminados por cada tipo de registro o expedición de certificados de información, establecidos por el Ministerio de Transporte y aplicados por el Concesionario durante el tiempo que dure la ejecución del Contrato».

«40. Ingreso Esperado

Se entiende como el total de ingresos en Pesos constantes de diciembre 31 de 2006 que el CONCESIONARIO aspira recibir a partir del vencimiento del mes dieciocho (18) contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato y hasta el vencimiento del término establecido en la cláusula TERCERA del Contrato, por concepto de ingreso de datos al R.U.N.T. (por registro de trámites) y de expedición de certificados de información, de acuerdo con lo presentado en la Propuesta Económica del CONCESIONARIO (formulario 8 del Anexo 2, incluido en la Propuesta). Lo cual corresponde al 91% de las Tarifas que aspira recaudar en el término señalado anteriormente. El Ingreso Esperado propuesto para el período comprendido entre el mes 31 contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato y el mes 42 contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato no podrá ser superior al 8% respecto del Ingreso Esperado propuesto para el período comprendido entre el mes 18 contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato y el mes 30 contado a partir del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato. A partir del mes 43 contado desde la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato, la variación del Ingreso Esperado propuesto de cada año corrido de Concesión debe ser del cuatro por ciento (4%) respecto de los Ingresos Esperados del año corrido inmediatamente anterior» [Paréntesis textual. Subraya la Sala].

«60. Propuesta

Es la oferta presentada por cada uno de los Proponentes para participar en la Licitación, en las condiciones y con los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones. La Propuesta constará de dos (2) sobres cuyo contenido se especifica a continuación en las definiciones 67 y 68».

«72. Tarifa(s)

Son los valores fijados anualmente por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, de conformidad con lo establecido por la Ley».

Se aprecia que si bien hay definiciones sobre la estructura tarifaria, las tarifas o el ingreso esperado, el contrato no define lo que corresponde a su valor y mucho menos «valor inicial». Pasará la Sala a analizar otras cláusulas de contrato para dilucidar tales conceptos.

b) Objeto y contraprestación

De conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se perfeccionan con el acuerdo de las partes sobre el «objeto y la contraprestación y éste (sic) se eleve a escrito». Así las cosas, la cláusula segunda del contrato 033 de 2007, dispone:

CLÁUSULA SEGUNDA. - OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente Contrato es la prestación del servicio público del registro único nacional de tránsito (R.U.N.T) por cuenta y riesgo del concesionario, incluyendo su planificación, diseño, implementación, administración, operación, actualización, mantenimiento y la inscripción, ingreso de datos, expedición de certificados de información y servicios relacionados con los diferentes registros, en coordinación total, permanente y obligatoria con todos los organismos de tránsito del país, según lo establece la ley 769 de 2002 en concordancia con la ley 1005 de 2006, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 sobre el contrato de concesión.

Para el efecto, el MINISTERIO otorga al CONCESIONARIO el uso de la Solución Tecnológica del R.U.N.T. por el tiempo de vigencia de este Contrato, para que sea destinado a la prestación del servicio público de registro y expedición de certificados, según el alcance previsto en el parágrafo segundo de la presente cláusula, a cambio de una contraprestación consistente en la cesión de un porcentaje de los derechos económicos del recaudo de las Tarifas que paguen los usuarios del servicio por la inscripción y el ingreso de datos al R.U.N.T. y por la expedición de certificados de información relacionados con los diferentes registros establecidos en las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, de conformidad con lo establecido en la cláusula NOVENA de este Contrato.

Para el cumplimiento del objeto contratado, el CONCESIONARIO deberá realizar o proveer todas las actividades, obras, servicios y bienes requeridos para la planificación, diseño, implementación, administración, actualización, operación y mantenimiento del R.U.N.T. y para la adecuada prestación del servicio público de registro y expedición de certificados de información.

PARÁGRAFO PRIMERO: ALCANCE DEL OBJETO DEL CONTRATO: El objeto del presente contrato deberá ser cumplido por el CONCESIONARIO en forma continua, ininterrumpida, oportuna, eficiente, eficaz, en un todo, conforme con los principios

que orientan el ejercicio de la función pública contenidos en la Constitución Política de Colombia, artículo 209 y en el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo y atendiendo los niveles de servicio y operación establecidos en el Anexo B Condiciones de Operación, en el Pliego de Condiciones y en el presente Contrato.

[...] [Mayúsculas textuales. Subraya la Sala].

Es preciso indicar, en primer término, que en la cláusula transcrita se estipula un párrafo segundo, que hace relación al alcance de los registros del RUNT y a la operación del sistema, sin que de esta pueda deducirse elementos para determinar el valor o «valor inicial» del contrato.

En cuanto a los incisos primero y segundo, se aprecia la referencia directa al marco legal que rige el contrato de concesión de servicio público, y, en particular, a las **tarifas** que los usuarios deben pagar por el servicio de inscripción y el ingreso de datos al RUNT y por la expedición de certificados de información relacionados con los diferentes registros establecidos en las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006. Como se recordará tales tarifas corresponden a un **valor** fijado anualmente por el Ministerio del Transporte (inicialmente materializadas en la Resolución 002260 de 2007), de conformidad con lo dispuesto en dichas leyes, y en el numeral 72 de las definiciones del contrato.

En concordancia con lo señalado por el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la contraprestación del concesionario puede corresponder a un porcentaje de la tarifa autorizada por la ley. En todo caso, dicha contraprestación debe ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en la cláusula novena del contrato, por expresa remisión que allí se hace y según lo dispuesto en el artículo 1622 del Código Civil (C.C.)⁴⁰.

En cuanto al párrafo primero, se establecen las obligaciones del concesionario en relación con el objeto del contrato, dado el servicio público concesionado, y las normas constitucionales y legales aplicables a la función administrativa.

Como puede apreciarse, la cláusula analizada otorga elementos para sostener, en principio, que el valor del contrato puede deducirse de las tarifas que por concepto del RUNT pagan los usuarios de ese servicio público, aspecto que debe ser contrastado con lo referente a la contraprestación pactada para el contrato, la cual deberá ser interpretada en concordancia con la cláusula novena, en cuyo texto original se estipula:

CLÁUSULA NOVENA. - CONTRAPRESTACIONES ECONÓMICAS Como contraprestación por la ejecución de las labores objeto de este Contrato de Concesión y a cargo del CONCESIONARIO, las Partes acuerdan lo siguiente:

⁴⁰ Artículo 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad [...].

9.1 A través del presente Contrato, el MINISTERIO cede al CONCESIONARIO el 91% de los derechos económicos de las Tarifas por ingreso de datos al R.U.N.T. y por expedición de certificados de información.

La cesión del 91% de los derechos económicos de las Tarifas por parte del MINISTERIO está sujeta al cumplimiento de la obligación del CONCESIONARIO de constituir un Fideicomiso en los términos y condiciones establecidos en la cláusula DÉCIMO PRIMERA de este Contrato.

9.2 Del porcentaje de los derechos económicos de la Tarifa cedido, el CONCESIONARIO instruirá al Fideicomiso para que destine exclusivamente el 11% del total de la Tarifa para el Fondo de Reposición de equipos y tecnología. Esta cuenta se incrementará en los casos en que no se logren los estándares acordados de Niveles de Servicio y Operación, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del Anexo B del presente Contrato.

Éste 11% no puede ser dado en garantía en caso alguno y así debe consignarse en el contrato de Fiducia.

9.3 El porcentaje de los derechos económicos no cedidos, esto es el 9% del total de la Tarifa se distribuirá de la siguiente manera:

- El 5% del total de la Tarifa para el Fondo de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías dirigidas a temas de seguridad en el sector tránsito y transporte;
- El 3% del total de la Tarifa para la interventoría del presente Contrato;
- El 1% del total de la Tarifa para sufragar los gastos en que pueda incurrir el MINISTERIO por concepto de administración del presente Contrato. Estos recursos serán manejados a través del fondo cuenta a que se refiere el artículo 9º de la Ley 1005 de 2006.

9.4 Las siguientes son las tarifas techo previstas para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento. Sin embargo, a partir del segundo año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento estas tarifas podrán ser aumentadas o disminuidas sin atender el techo referido, aplicando los criterios de indexación, actualización y/o ajuste de Tarifas contenidos en la presente cláusula. En todo caso, las Tarifas que regirán efectivamente durante el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento, deberán determinarse de conformidad con las tarifas techo fijadas y con el porcentaje de las tarifas ofrecidas por el CONCESIONARIO en su Propuesta, las cuales son

TARIFAS*			
	Tarifas Techo	% de la Tarifa Techo ofrecido por el Concesionario	Tarifas que regirán el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento
Revisión técnico mecánica	\$4,500.00	58.899 %	\$2.650.00
Trámites automotores otros			
Traspaso	\$4,500.00	58.899 %	\$ 2.650.00
Matrícula inicial	\$15,000.00	58.899 %	\$ 8.835.00
Inscripción y levantamiento prenda	\$7,500.00	58.899 %	\$ 4.417.00
Revisión	\$3,800.00	58.899 %	\$ 2.238.00
Otros	\$1,900.00	58.899 %	\$ 1.119.00
Expedición de certificados	\$2,000.00	58.899 %	\$ 1.178.00
Trámites conductores			
Expedición	\$7,500.00	58.899 %	\$ 4.417.00
Refrendación	\$1,900.00	58.899 %	\$ 1.119.00
Otros	\$1,900.00	58.899 %	\$ 1.119.00
Personas naturales o jurídicas	\$15,000.00	58.899 %	\$ 8.835.00
Seguros	\$2,000.00	58.899 %	\$ 1.178.00
Trámites de transporte			
	\$		
Terminales de Transporte	105,000.00		\$61.844.00
Escuelas de Enseñanza	\$ 95,000.00		\$55.954.00
Registro tarjetas de servicio de vehículos de enseñanza	\$ 2,000.00		\$ 1.178.00
Centros de reconocimiento de conductores	\$ 90,000.00		\$53.009.00
Empresas de Transporte	\$ 46,700.00		\$27.506.00
Centros de Diagnóstico	\$105,000.00		\$61.844.00
Tarjetas de operación	\$ 2,000.00		\$ 1.178.00
Censo de rutas	\$ 2,000.00		\$ 1.178.00
Talleres de mecánica autorizados para hacer cambios	\$ 46,700.00		\$27.506.00
Expedición certificados	\$ 2,000.00		\$ 1.178.00

(*) Tarifas a precios de diciembre 31 de 2006.

9.5 La indexación, actualización y/o ajuste de las Tarifas se realizará de acuerdo con lo que se indica a continuación [...]

PARÁGRAFO PRIMERO: Siempre que en este Contrato se haga referencia a los montos efectiva o realmente recibidos por el CONCESIONARIO por concepto de Tarifas, se tendrá en cuenta el número real de certificados de información expedidos y registros realizados por el CONCESIONARIO.

PARÁGRAFO SEGUNDO [...]. [Mayúsculas textuales. Subraya la Sala].

Del texto transcrito puede deducirse lo siguiente:

i) Las tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información fueron fijadas, en cuanto a su sistema y método, por las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, y su valor fue materializado inicialmente en la Resolución 2260 del 6 de junio de 2007. Las tarifas así fijadas se establecieron en pesos constantes de 31 de diciembre de 2006 y coinciden con las señaladas en la cláusula novena del contrato.

ii) Como se recordará, el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispone que dicha contraprestación puede darse a título de tarifas por el servicio prestado, según se explicó en la parte inicial de este concepto.

iii) La contraprestación pactada está prevista en los numerales 9.1, 9.2 y 9.3, cuya sumatoria refleja el 100% de la tarifa por el servicio del RUNT durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato, en concordancia con lo dispuesto en la Leyes 769 y 1005.

Dado que en las definiciones contractuales transcritas por «Tarifa» deben entenderse «los valores fijados anualmente por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, de conformidad con lo establecido por la Ley», lógicamente se infiere que la totalidad de los valores recaudados a título de tarifa durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato, corresponden, a su vez, al valor del contrato.

Recuérdese que el contrato se encuentra estructurado bajo un esquema tarifario fijado por las citadas leyes, que limita o restringe la autonomía de la voluntad de las partes. Asimismo, la totalidad de la tarifa cuyo recaudo corresponde al concesionario, permite la sostenibilidad del RUNT, valores que no pueden ser modificados por las partes, y que tampoco son de libre disposición, pues la Ley 1005 de 2006 establece una destinación específica para tales tarifas, como es el caso del mantenimiento, mejoramiento o reposición de equipos de tecnología, o el costo de la interventoría, según se explicó.

iv) De esta manera es claro que del 100% del valor de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información, las cuales debe recaudar el concesionario, según lo dispuesto en las cláusulas 2, 11 y 19 del contrato, las partes pactaron una distribución interna para efectos de la ejecución y operatividad del contrato, de la siguiente manera:

- 91% de los derechos económicos de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información, son **cedidos** al concesionario a título de remuneración, de manera correlativa por las obligaciones y deberes a los que se comprometió, ya que como se expuso al principio de este concepto, el contrato de concesión es bilateral.

De este porcentaje de los derechos económicos de la Tarifa cedidos al concesionario como contraprestación, este debe instruir al Fideicomiso para que destine exclusivamente el 11% para el Fondo de Reposición de equipos y tecnología, tal como lo dispone la cláusula undécima del contrato⁴¹.

⁴¹ CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA.- APORTES Y MANEJO DE LOS RECURSOS. 11.1 Dentro de los veinte (20) Días Hábiles siguientes a la fecha de firma del Contrato, el CONCESIONARIO deberá suscribir un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, recaudo y pagos con una sociedad fiduciaria debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera, en cuya virtud se constituya un patrimonio autónomo, el cual servirá para el recaudo y la administración de los recursos necesarios para la ejecución del Contrato, entre éstos los dineros provenientes de los aportes del CONCESIONARIO, los créditos que consiga para financiar el Proyecto y los dineros recaudados por: i.) pagos de Tarifas por ingreso de datos al R.U.N.T. y por expedición de certificados de información; ii.) Prestación de los servicios ofrecidos a terceros por el CONCESIONARIO en ejercicio del derecho de explotación económica otorgado en los términos de la cláusula SÉPTIMA. Para el funcionamiento del Fideicomiso, el contrato de fiducia deberá contemplar las siguientes subcuentas: i.) “Subcuenta Principal”, en la que se depositarán los dineros provenientes de los aportes del CONCESIONARIO, los créditos para financiar el Proyecto y el 80% de los derechos económicos de las Tarifas recaudados por ingreso de datos al R.U.N.T. y por expedición de certificados de información. Este porcentaje se reducirá en los casos en que no se logren los estándares acordados de Niveles de Servicio y Operación, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del Anexo B del presente Contrato.

A cargo de esta subcuenta se efectuarán todos los gastos que se deban efectuar en virtud del Contrato, los gastos de administración y operación del R.U.N.T, los pagos correspondientes al servicio de las deudas adquiridas para el diseño, implementación, actualización y operación del R.U.N.T, las comisiones que se causen a favor de la sociedad fiduciaria en virtud del Fideicomiso, los pagos por obligaciones fiscales que se deriven del contrato y del Fideicomiso, los pagos que deban realizarse a favor del MINISTERIO como consecuencia de la imposición de multas, de la cláusula penal pecuniaria y/o de cualquier condena impuesta por las autoridades judiciales con ocasión o como consecuencia del presente Contrato. Una vez se estén operando todos los registros objeto del R.U.N.T, el CONCESIONARIO podrá retirar anualmente los excedentes que quedaren en esta subcuenta después de haber efectuado los pagos anteriores, los cuales serán ordenados por el CONCESIONARIO. Si al momento de la terminación del Contrato existen excedentes en la Subcuenta Principal éstos serán entregados al CONCESIONARIO; PARÁGRAFO: En ésta subcuenta ingresarán también el 80% de los denominados “Otros Servicios”, en ejercicio del derecho de explotación económica otorgado en los términos de la cláusula SÉPTIMA.

ii.) Subcuenta 2 “Fondo de Reposición”, en la que se depositarán el 11% de los derechos económicos de las Tarifas por ingreso de datos al R.U.N.T. y por expedición de certificados de información, y por la explotación económica adicional de la información en virtud de lo establecido en el Contrato, y los dineros provenientes de la venta de los bienes sustituidos en cumplimiento de la obligación de reposición, según se indica en el parágrafo de esta cláusula. Este porcentaje se incrementará en los casos en que no se logren los estándares acordados de Niveles de Servicio y

- El valor restante, esto es, el 9% del total de la Tarifa, corresponde al porcentaje de los derechos económicos no cedidos al concesionario, el cual, originalmente, se distribuía de la siguiente manera:
- El 5% del total de la Tarifa para el Fondo de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías dirigidas a temas de seguridad en el sector tránsito y transporte;
- El 3% del total de la Tarifa para la interventoría del presente Contrato;
- El 1% del total de la Tarifa para sufragar los gastos en que pueda incurrir el MINISTERIO por concepto de administración del presente Contrato. Estos recursos serán manejados a través del fondo cuenta a que se refiere el artículo 9º de la Ley 1005 de 2006.

De lo expuesto se puede evidenciar que el servicio del RUNT se sostiene por el valor de las tarifas que se recaudan por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información, tal como se dispone en la Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, y en el contrato 033.

Ahora, del 100% de las tarifas que se recaudan por el concesionario, se realiza una distribución interna de tales valores, en virtud de la cual se cede al concesionario, originalmente, el 91% de la tarifa a título de remuneración correlativa, y el restante 9% de la tarifa corresponde a derechos no cedidos, los cuales tienen la destinación específica en los términos arriba señalados.

La Sala resalta que las expresiones «*derechos económicos de la Tarifa por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información*» corresponden a la noción tributaria de tasa que fue regulada por la Ley 1005 de 2006, según ya se explicó, cuyo sujeto activo es la Nación – Ministerio de Transporte. Es por ello que en la cláusula que se analiza, se emplean las locuciones «cedidos» y «no cedidos».

En efecto, si el sujeto activo es el titular del 100% del valor de la tasa que se expresa monetariamente en una tarifa, cede («dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho»)⁴² al concesionario el 91% del «derecho económico

Operación, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del Anexo B del presente Contrato. A cargo de esta subcuenta se efectuarán los pagos que surjan por la adquisición, actualización y/o reposición de hardware y software de la Solución Tecnológica. Los recursos se podrán utilizar únicamente para efectuar pagos que deban realizarse con ocasión del cumplimiento de las obligaciones de reposición de equipos y de software a cargo del CONCESIONARIO, según lo establecido para el efecto en este Contrato. Si estos recursos resultan insuficientes, el CONCESIONARIO deberá proveer los recursos adicionales necesarios para el adecuado cumplimiento de las obligaciones de reposición a su cargo.

Los pagos que deban ser efectuados a cargo de esta subcuenta serán ordenados por el CONCESIONARIO, con el visto bueno de la Interventoría y del Ministerio. [Mayúsculas textuales, subraya la Sala].

⁴² Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua, <https://dle.rae.es/>

de la tarifa», mientras que el 9% restante no lo cede al concesionario, pues lo distribuye de la forma originalmente prevista en la cláusula novena.

Así las cosas, el 100% de la tarifa debe corresponder, a su vez, al valor del contrato de concesión 033 de 2007.

Pasa la Sala a constatar las conclusiones a las que arribó sobre la cláusula novena, frente a lo pactado en la cláusula octava de dicho contrato.

c) Valor del contrato de concesión 033 de 2007

El capítulo V del contrato corresponde al «*valor y forma de pago*» y en este se incluye la cláusula octava que se transcribe enseguida y la cláusula novena analizada en precedencia, relativa a las contraprestaciones económicas:

CLÁUSULA OCTAVA. VALOR DEL CONTRATO.

El valor de este Contrato es indeterminado pero determinable el cual corresponderá a:

8.1 El porcentaje de los derechos económicos de las Tarifas cedidos a favor del CONCESIONARIO por el MINISTERIO durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato por registro, y expedición de certificados de información.

8.2 Las demás compensaciones a favor del CONCESIONARIO durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato, expresamente previstas en este Contrato.

Este valor efectivo remunera todos los costos y gastos -directos e indirectos- en que incurra el CONCESIONARIO por la celebración y ejecución del Contrato, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución (o con ocasión de la suscripción) del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del CONCESIONARIO y, en general, incluye el valor de la contraprestación por el cumplimiento de todas las obligaciones que adquiere el CONCESIONARIO en virtud del presente Contrato. El valor efectivo de este Contrato remunera también la asunción de los riesgos que se desprenden de las obligaciones del CONCESIONARIO o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato.

Una lectura aislada de la cláusula octava llevaría a sostener que entre esta y las cláusulas segunda y novena del contrato existiría una aparente inconsistencia, según la cual el valor del contrato solo corresponde a los «derechos económicos de las Tarifas cedidos a favor» del concesionario, así como las demás «compensaciones» a su favor.

No obstante, la Sala estima que no existe tal inconsistencia, pues las diferentes reglas de interpretación previstas en los artículos 1618 a 1624 del C.C., permiten

dilucidar la voluntad de las partes respecto al reducido ámbito de autonomía delimitado por las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006.

De tiempo atrás se ha sostenido por la Corte Suprema de Justicia que «[n]o es razonable seguir en la interpretación de los contratos el método exegético, o sea, el análisis sucesivo de sus cláusulas, olvidándose de que en todo acto de voluntad hay siempre un pensamiento principal, generador y lazo de unión de las varias cosas sobre que el acto recae».

Como lo señaló la Sala en el punto 2 de este concepto, el régimen jurídico del contrato de concesión 033 de 2007 está delineado por las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006. De esta manera, el sentido o «pensamiento» principal de las partes sobre el valor del contrato, no puede apartarse del régimen legal allí previsto, cuyas conclusiones fueron expuestas en el numeral 2.1.3. de este concepto, relativas a la sostenibilidad del servicio del RUNT mediante tarifas cobradas a los usuarios por dicho servicio, así como al cálculo de tales tarifas.

Como se recordará, el artículo 7 de la Ley 1005 señala los costos para tener en cuenta para la fijación de la tarifa, entre los cuales figuran la inversión inicial, mantenimiento, mejoramiento y operación de todos los equipos, sistemas, programas e infraestructura para la prestación del servicio del RUNT. En cuanto al costo de operación, se destaca que este incluye una interventoría técnica.

La norma en mención también incorpora el costo para cubrir los programas de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, dirigidas a temas de seguridad en el sector tránsito y transporte.

Determinados los costos, se debe hacer una distribución de estos, vía tarifa, «entre los sujetos pasivos de los servicios» del RUNT, para lo cual se observará el sistema previsto en el artículo 8 de la Ley 1005.

En consecuencia, la contraprestación por el otorgamiento de la concesión que se pacte en el contrato debe reflejar el 100% de la tarifa por el servicio del RUNT, en concordancia con lo dispuesto en las Leyes 769 y 1005, tal como se verifica con lo dispuesto en los numerales 9.1, 9.2 y 9.3 de la cláusula novena, cuya sumatoria corresponde al 100% de dicha tarifa, según ya se explicó.

Así las cosas, el valor del contrato no puede fijarse en el porcentaje de los derechos económicos de las Tarifas cedidos a favor del concesionario, pues este solo corresponde originalmente al 91%, según lo previsto en la cláusula novena.

Se dirá que al anterior porcentaje deben sumarse «las compensaciones» a favor del concesionario⁴³. No existe una definición de estas en el contrato, pero en su

⁴³ En la cláusula séptima del contrato de concesión 033 de 2007, se «autoriza al CONCESIONARIO la explotación económica de la información contenida en los registros incluidos

texto la locución «compensación» aparece principalmente en la cláusula novena, numeral 9.5 que alude a la «La indexación, actualización y/o ajuste de las Tarifas» la cual debe realizarse de conformidad con los factores y fórmulas que se fijan en dicho numeral.

Allí se dispone que se hará una revisión anual de las «Tarifas para compensar las variaciones que se presenten en la facturación del CONCESIONARIO en la Subcuenta Principal del Fideicomiso, por diferencias entre el Ingreso Esperado anual propuesto por el CONCESIONARIO y el Ingreso real obtenido durante el año corrido inmediatamente anterior (a precios de diciembre 31 de 2006)».

Nótese que el factor fundamental de la «compensación» prevista la constituye la diferencia entre el ingreso esperado y ingreso real obtenido por el concesionario, ingresos que tiene como factor común las tarifas fijadas por el servicio prestado. Lo que sucede es que en el ingreso esperado se trata de una tarifa que el concesionario «aspira recaudar», según el numeral 40 de las definiciones del contrato, en tanto que el ingreso real por tarifas corresponde al efectivamente recaudado.

Según la cláusula bajo estudio, al 91% de las tarifas cedidas, más los valores por compensación por las tarifas, los denomina «valor efectivo». Pues bien, según el párrafo primero de la cláusula novena «Siempre que en este Contrato se haga referencia a los montos efectiva o realmente recibidos por el CONCESIONARIO por concepto de Tarifas, se tendrá en cuenta el número real de certificados de información expedidos y registros realizados por el CONCESIONARIO» [Mayúsculas textuales. Subraya la Sala].

Dado que «valor efectivo remunera todos los costos y gastos -directos e indirectos- en que incurra el CONCESIONARIO por la celebración y ejecución del Contrato, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución (o con ocasión de la suscripción) del presente Contrato, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del CONCESIONARIO y, en general, incluye el valor de la contraprestación por el cumplimiento de todas las obligaciones que adquiere el CONCESIONARIO en virtud del presente Contrato», según se establece en la cláusula octava, resulta claro que dicho valor también cubre las siguientes obligaciones que se derivan del texto del contrato:

en el R.U.N.T. desde la Fecha de Inicio de Ejecución de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento y hasta la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato, con las condiciones y limitaciones establecidas en el presente Contrato». Al respecto, la Sala debe precisar que el ministerio consultante no informó sobre los resultados de esta autorización durante la ejecución del contrato o si el concesionario celebró los contratos o acuerdos con las entidades o personas naturales o jurídicas allí mencionadas para la explotación económica correspondiente y el posible monto de los mismos. En todo caso, dicha cláusula establece que «Los ingresos brutos que obtenga EL CONCESIONARIO con ocasión o como consecuencia de la explotación económica de la información contenida en los registros incluidos en el R.U.N.T hará parte del Ingreso Esperado». [mayúsculas textuales].

- El 5% del total de la Tarifa para el Fondo de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías dirigidas a temas de seguridad en el sector tránsito y transporte;
- El 3% del total de la Tarifa para la interventoría del presente Contrato;
- El 1% del total de la Tarifa para sufragar los gastos en que pueda incurrir el MINISTERIO por concepto de administración del presente Contrato.

En consecuencia, la interpretación de las cláusulas segunda, octava, novena del contrato de concesión 033 de 2007, en armonía con las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, permite concluir que el valor del contrato se determina por el 100% del valor de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato.

Dado que la cláusula novena del contrato de concesión fue modificada por los otrosíes 1 y 6, corresponde a la Sala determinar si la conclusión a la que arribó en precedencia se mantiene o se altera.

3.3. Modificaciones al contrato a través de los otrosíes 1 y 7

Mediante el Otrosí No. 1 (Cláusula Primera), suscrito el 8 de agosto de 2007, las partes acordaron modificar los numerales 9.1, 9.2 y 9.3 de la cláusula NOVENA del Contrato de Concesión, los cuales quedaron así:

9.1 A través del presente Contrato, el MINISTERIO cede al CONCESIONARIO el 94% de los derechos económicos de las Tarifas por ingreso de datos al R.U.N.T. y por expedición de certificados de información. De estos derechos económicos cedidos, únicamente el noventa y uno por ciento (91%) hará parte del Ingreso Esperado.

La cesión del 94% de los derechos económicos de las Tarifas por parte del MINISTERIO está sujeta al cumplimiento de la obligación del CONCESIONARIO de constituir un Fideicomiso en los términos y condiciones establecidos en la cláusula DÉCIMO PRIMERA de este Contrato.

9.2 Del porcentaje de los derechos económico de las Tarifas cedido, el CONCESIONARIO instruirá al Fideicomiso para que destine exclusivamente el 11 % del total de la Tarifa para el Fondo de Reposición de equipos y tecnología, y el 3% del total de la Tarifa, a la Subcuenta 3 - 'Interventoría', para el pago, a partir del tercer año de ejecución del Contrato de Concesión, de los gastos de la Interventoría que contrate el MINISTERIO de forma autónoma, todo según lo previsto en la cláusula CUADRAGÉSIMO QUINTA del presente Contrato.

El Fondo de Reposición de equipos y tecnología se incrementará en los casos en que no se logren los estándares acordados de Niveles de Servicio y Operación, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del Anexo B del presente Contrato.

Los porcentajes del 3% y el 11 % aquí descritos, no podrán ser dados en garantía en caso alguno y así debe consignarse en el contrato de Fiducia.

Parágrafo. - El tres por ciento (3 %) del total de la Tarifa, que será trasladado a la Subcuenta 3 - "Interventoría" del Fideicomiso para el pago de gastos de la Interventoría del Contrato, no hará parte del Ingreso Esperado, y por tanto no afectará el cálculo del mismo para ninguno de los efectos de este Contrato.

En consecuencia, solo el noventa y uno por ciento (91%) de los derechos económicos de las Tarifas, cedidos de conformidad con el numeral 9.1 anterior de esta cláusula, hará parte de dicho Ingreso Esperado.

9.3 El porcentaje de los derechos económicos no cedidos, esto es el 6% del total de la Tarifa se distribuirá de la siguiente manera:

- El 5% del total de la Tarifa para el Fondo de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías dirigidas a temas de seguridad en el sector tránsito y transporte;
- El 1 % del total de la Tarifa para sufragar los gastos en que pueda incurrir el MINISTERIO por concepto de administración del presente Contrato, y del contrato de Interventoría, de conformidad con el numeral 5 del artículo séptimo de la Ley 1005 de 2006.

Estos recursos serán manejados a través del fondo cuenta a que se refiere al Artículo 9° de la Ley 1005 de 2006.

Como puede observarse, el otrosí 1 del 8 de agosto de 2007 realiza una redistribución interna para efectos operativos y de ejecución del contrato, en el sentido de que del 100% de las tarifas que se recaudan por el concesionario, ahora se cede al concesionario el 94% de la tarifa: 91% que se mantiene como «ingreso esperado», y el 3% del total de la Tarifa que se debe destinar a la Subcuenta 3 - 'Interventoría', para el pago, a partir del tercer año de ejecución del Contrato de Concesión, de los gastos de la Interventoría que contrate el MINISTERIO de forma autónoma, todo según lo previsto en la cláusula CUADRAGÉSIMO QUINTA del Contrato.

Por su parte, el 6% restante que constituye un porcentaje de la tarifa no cedido al concesionario, se distribuye para la destinación específica allí señalada. Se aprecia que la variación fundamental alude a que originalmente el porcentaje no cedido al concesionario ascendía al 9%, de los cuales el 3% debía destinarse al pago de la interventoría, mientras que con el otrosí 1, el mencionado 3% es cedido al concesionario para el pago de la interventoría.

Esta redistribución de los valores cedidos y no cedidos, para los solos efectos del valor del contrato, en nada modifican la conclusión a la que arribó la Sala, pues es claro que este continúa determinándose por el 100% del valor de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información durante

la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato, sin que dicho valor se vea afectado por los porcentajes cedidos o no cedidos al concesionario. Lo mismo puede decirse respecto de la modificación efectuada mediante el oficio 7 del 31 de marzo de 2010, pues se limita a señalar que el 6% de la totalidad de la tarifa, que corresponde al porcentaje de los derechos económicos no cedidos al concesionario, se destinará para la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías dirigidas a asuntos de seguridad en el sector del tránsito y transporte y, para sufragar los gastos en que pueda incurrir el MINISTERIO por concepto de administración del presente Contrato; y del contrato de Interventoría, de conformidad con el numeral 5 del artículo séptimo de la Ley 1005 de 2006.

3.4. La noción de «valor inicial» en el contrato estatal

3.4.1. Ubicación del tema

Al respecto, sea lo primero señalar que no existe en el ordenamiento una definición legal de lo que debe entenderse por «valor del contrato» y por «valor inicial» del contrato estatal ni de los contratos de concesión. Menos aún, en torno al cálculo del límite para adicionar el valor de los contratos estatales.

En consecuencia, corresponderá a la Sala realizar una labor hermenéutica para dilucidar esos aspectos y poder resolver las preguntas formuladas.

En términos generales, el valor de un contrato se entiende referido a la contraprestación que se fija a favor de una de las partes por la realización de la prestación prevista en el objeto contractual. Así, en un contrato de compra venta, el valor del contrato corresponde al pago que realiza una de las partes por la cosa vendida (art. 1849 C.C.).

Por su parte, el valor del contrato de obra corresponderá en términos generales a la suma que se pague por la obra contratada. Sin embargo, cuando se trata de un contrato estatal de obra a precio unitario, el tema adquiere una mayor complejidad.

3.4.2. Valor inicial y final en el contrato estatal de obra

La doctrina y la jurisprudencia que se expondrá distingue entre el valor inicial del contrato -previsto al momento de celebración del negocio de acuerdo con una fórmula que tiene en cuenta las variables «cantidad de obra» y «precios unitarios»- y el valor final, que es el resultado de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, por el valor por unidad previsto en el negocio.

En la doctrina de la Sala, respecto al alcance de la adición de un contrato de obra pactado a precios unitarios, se diferencia claramente entre el valor inicial del contrato y el valor final del mismo, a efectos de aplicar el límite a la adición del valor de los contratos, previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, tanto en el Concepto 1439 del 18 de julio de 2002 como en el Concepto 1920 del 9 de septiembre de 2008, la Sala consideró como valor inicial del contrato el estimado al momento de la celebración del contrato y, como valor final, aquel que resulta de aplicar la fórmula originariamente prevista para la determinación del valor del contrato, a las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, así:

a) Concepto 1439 de 2002:

En todas las modalidades de contratación de obra es muy importante la inclusión de la cláusula sobre el valor del contrato⁴⁴; sin embargo, según se trate de una u otra modalidad de contratación, esta cláusula tiene una función o importancia distinta. En efecto, en el contrato por **precio global**, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado.

Por el contrario, en los contratos a **precio indeterminado** pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.

[...]En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del **objeto contractual**, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un "**estimativo**" del mismo, pero en la cual, por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar.⁴⁵

Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas (sic) de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. **En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del**

⁴⁴ Sobre este mismo tema y el papel que cumple la cláusula relacionada con el valor dentro de los contratos, esta Sala se pronunció en Consulta de fecha 26 de agosto de 1.998, Radicación N°1121.

⁴⁵ *ibidem*.

contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino. [Negrilla, paréntesis y notas al pie originales. Subrayado fuera de texto].

En resumen, la Sala entiende que en los contratos de obra a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), el valor estimado del mismo hecho por las partes corresponde al *valor inicial*, sin que pueda sostenerse que lo estimado corresponda al «verdadero valor del contrato».

b) Concepto 1920 de 2008:

La Sala identificó el problema jurídico de la siguiente manera:

El asunto jurídico de la consulta elevada por el señor ministro de Transporte, se centra en determinar el alcance de la expresión "valor inicial" del contrato estatal para efectos de calcular el tope máximo permitido para adicionar su valor, según la regla consagrada en el inciso segundo del párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993. Procederá la Sala a revisar el ordenamiento vigente, con referencia específica al contrato de obra en el que se pacta el pago bajo la modalidad de precios unitarios, que es la adoptada en el contrato No. 557 de 2004 celebrado por INVÍAS y sobre el que se concreta la consulta.

En efecto, recordó la Sala que el Decreto Ley 222 de 1983 establecía «las formas de pago en los contratos de obra, a saber, el precio global, los precios unitarios, los sistemas de administración delegada y de reembolso de gastos y pago de honorarios, y las concesiones; y definía el contrato a precio unitario como aquél en el cual «se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije».

A diferencia del Decreto 222, la Ley 80 de 1993 dejó a las partes del contrato estatal la posibilidad de convenir la forma de pago. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina conservan los términos de la definición legal transcrita para caracterizar el contrato de obra pública en el que se conviene como forma de pago el precio unitario, y en el mismo sentido se incorpora en los contratos. Dijo la Sala:

Se acepta entonces, sin necesidad de definición legal, que el contrato de obra a precio unitario es aquél en el que el precio del objeto contractual a cargo del contratista se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y un precio por cada unidad; siendo claro que lo más

probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución, como pasa a explicarse.

Los elementos descritos pueden observarse en el proceso de selección, pues este debe estar precedido de los estudios de necesidad y oportunidad, en los cuales la entidad contratante analiza y determina las condiciones de costos, calidad, plazo, etc., que incorporará a los pliegos de condiciones o sus equivalentes una vez inicie el proceso en mención, en el que, al concluir con la adjudicación correspondiente, se precisará, entre todas las condiciones, el valor por el cual se celebrará el contrato.

Tratándose de contratos de obra, que en el proceso previo al de selección se determina adelantar bajo la modalidad de pago por precios unitarios, los pliegos o su equivalente, la adjudicación y el consiguiente contrato, recogerán una suma como precio, que corresponde a un «valor inicial» en la medida en que resulta de multiplicar las cantidades de obra contratadas por el precio unitario convenido.

Pero a lo largo de la ejecución del contrato, ese precio inicial sufrirá variaciones, bien porque las partes hayan acordado reajustar periódicamente cada precio unitario, bien porque la cantidad de obra contratada aumente o disminuya, o bien por la concurrencia de ambas situaciones. Entonces, finalizado el contrato, porque se concluyó su objeto o por otra circunstancia, el resultado de multiplicar los precios unitarios reajustados por la cantidad de obra efectivamente ejecutada, determinará el «valor final» [Se subraya].

Sin perjuicio del análisis que se realizará más adelante en relación con la adición del contrato estatal, en el Concepto 1920, en cita, al interpretar el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80, sostuvo que las expresiones «adicionar» y «valor inicial», tienen un significado común:

[e]s el caso de un contrato que requiere de modificaciones que inciden en su valor original, no porque correspondan al simple resultado de multiplicar cantidades de obra y precios originalmente pactados, sino porque se trata de obras nuevas o distintas respecto de las contratadas, y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante:

Dada esta necesidad, no obstante el valor de lo adicionado sólo puede llegar a la mitad del valor originalmente establecido, aunque actualizado mediante la variación del salario mínimo legal mensual. Esta limitación impuesta por el legislador se constituye en una medida de control para prevenir el desconocimiento de los procesos licitatorios en razón de la cuantía, así como para garantizar la transparencia, la selección objetiva y el principio de planeación en la contratación estatal.

Para la Sala no hay duda acerca de que el vocablo «adicionar» que emplea la norma supone que se trata de un contrato al que debe agregarse algo; y su límite está expresado en un porcentaje del «valor inicial», que corresponde a la suma convenida en el contrato como valor de éste, expresada en salarios mínimos

mensuales legales, pues éstos permiten una actualización de ese valor, con lo cual es factible que la suma que se adicione al precio pactado en el contrato original exceda el monto de dicho «valor inicial» expresado en términos absolutos.

Tratándose de contratos de obra con pago a precios unitarios, el «valor inicial» es aquél, estimado o aproximado, por el que se firmó el contrato, según se explicó atrás, representado en salarios mínimos legales mensuales. El uso de la expresión «valor inicial», que hace el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, excluye los mayores valores que se hayan dado a lo largo de la ejecución de la obra por razón de mayores cantidades de obra a los precios unitarios pactados, sin perjuicio de que la conversión a salarios mínimos legales mensuales, vigentes para la época de la adición, permita que la obra objeto del contrato adicional exceda el 50% del valor inicial representado en términos absolutos [*Ibidem*].

En concordancia con los anteriores razonamientos, en el referido concepto la Sala respondió:

1.- En los contratos de obra pública pactados a precios unitarios, ¿se entiende que el valor del mismo es aquel estimado inicialmente? O por el contrario ¿su valor es el que resulte una vez se vayan conociendo las verdaderas cantidades de obra que se han ejecutado para cumplir el objeto contractual convenido?

En los contratos de obra pública con pago pactado a precios unitarios, el valor del contrato es el que resulta de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por sus precios unitarios; pero, para su celebración, el precio se expresa en un valor estimado, que corresponde a un valor inicial, y que está dado por las cantidades de obra y los precios unitarios por los cuales se hizo la respectiva adjudicación.

“2.- ¿Como debe calcularse, para efectos del límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, el valor del contrato en los contratos de obra pública pactados a precios unitarios?

Debe tomarse el valor inicial o estimado y convertirlo a salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época en que se celebró el contrato, y luego llevarlo a valor presente al momento en que ha de acordarse la respectiva adición. [...]

Ahora, si bien en materia de los contratos de obra a precio unitario existen criterios que permiten ilustrar casos difíciles, en el contrato de concesión, el tema del valor del contrato resulta especialmente complejo.

3.4.3. El valor inicial en el contrato de concesión

Según ya se ha manifestado en este concepto, **el valor del contrato de concesión** está determinado por la aplicación de diversas variables financieras que inciden en su ejecución, las cuales son individualizadas por la Administración al momento de fijar el valor estimado del contrato y luego son expresadas en la

fórmula sobre el valor del contrato previstas en el contrato y aplicadas a lo efectivamente ejecutado durante la concesión.

En criterio de la Sala, **el valor de los contratos de concesión** corresponde, en términos generales, a los ingresos totales recibidos por la realización del objeto de la concesión y que se generan durante el plazo contractual. No obstante, en cada caso, es necesario determinar lo que establecieron las partes, pues de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estos contratos, por su naturaleza, se caracterizan por tener un valor del contrato indeterminado pero determinable.

Así las cosas, es importante indicar que el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 399 del 13 de abril de 2021, establece que en los estudios y documentos previos elaborados para adelantar el proceso de contratación debe señalarse el valor estimado del contrato y su justificación.

La norma precisa además que, «[c]uando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración».

Ahora bien, las distintas variables que configuran el valor de un contrato de concesión cambian de un negocio a otro, pero, en general, tienen en cuenta los ingresos y egresos que se proyectan realizar en el contrato y el plazo o duración de la concesión.

A título de ejemplo, se destacan los siguientes términos de los estudios previos de un proceso de selección del Instituto Nacional de Concesiones (INCO)⁴⁶:

5.2. Valor Estimado del Contrato

5.2.1. El Sector 3 del proyecto Ruta del Sol requiere una disponibilidad presupuestal total de \$2.431.667 millones de pesos constantes del 31 de diciembre de 2008, como se detalla en los cuadros a continuación.

[...]

5.3.3. Análisis técnico: A continuación, se explican las variables consideradas para el cálculo del valor estimado del Contrato del Sector 3.

(a) Egresos del proyecto: [...] (i) Ingeniería: [...]. (ii) [...] cantidades de obra para las principales actividades de construcción. (iii) [...] los precios que

⁴⁶Cfr. En la página web de la Agencia Nacional de Infraestructura: <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/hiring/1251/396/ESTUDIOS%20PREVIOS.pdf>.

servieron de base para elaborar el presupuesto con las cantidades de obra. (iv) [...] los costos de construcción de nueva carretera, mejoramiento y rehabilitación de la carretera existente [...]. [...] la construcción y equipamiento de las zonas de pesajes [...]. (v) Predios y gestión predial: [...].

b) Ingresos del Proyecto: (i) Las fuentes de ingresos del proyecto son dos, los aportes del INCO y los peajes. Para el Sector 3, los concesionarios recibirán la totalidad de los peajes recaudados, además de los aportes INCO, hasta que obtengan el VPIT o se venza el plazo estimado del Contrato. [...]

Como se observa, en este caso, los estudios previos indicaron el valor estimado del contrato, de conformidad con una fórmula que tiene en consideración los ingresos del proyecto y por otra los egresos.

Por su parte, en el Laudo arbitral del trámite convocado por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI en contra de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y otros, el cual fue citado en documentos anexos a la consulta, el Tribunal realizó un análisis a fin de determinar el valor del contrato de concesión de infraestructura vial de segunda generación. Al respecto, indicó lo siguiente:

Ahora bien, si como concluye el Tribunal ese límite era aplicable, para efectos de determinar si efectivamente se incurrió en la transgresión de la norma, debe acudir a las cláusulas contractuales en las cuales se establece la remuneración para determinar, con base en su análisis, cuál sería el valor inicial del contrato y partir de allí hacer el cálculo. Comoquiera que se trata de aplicar una norma restrictiva que contiene una prohibición expresa, su interpretación se hará estrictamente ajustada al tenor literal de la disposición en la búsqueda de que la norma cumpla su finalidad y para ese propósito, el Tribunal acogerá el cuadro que obra a folio 29 del cuaderno de pruebas No. 20 dentro del dictamen pericial para comparar valores comparables, con base en cifras que obran en el expediente así:

“CLÁUSULA 15. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO: El valor del presente Contrato se estima en la suma agregada de \$386.919.000.000.oo, correspondiente **a la inversión** del Concesionario en el Proyecto, es decir, la sumatoria de los siguientes conceptos: (...)

(...) El monto propuesto como **INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO** (forma de pago), es de: Novecientos ochenta y nueve mil quinientos treinta y siete millones de pesos colombianos = \$989.537'000.000=, a precios del mercado de diciembre de 1997;

(...) De acuerdo con el texto en el Adicional 13 sin modificatorios el valor estimado y a precios del mercado de diciembre de 1997 por la suma de: doscientos treinta y un mil ochocientos cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos colombianos de diciembre de 1997 = \$231.855'098.397=, corresponde a la **INVERSIÓN ADICIONAL DEL CONCESIONARIO** en el Proyecto, la cual esta discriminada de la siguiente manera:

(...) De acuerdo con el texto citado anteriormente, el incremento en el valor estimado del Adicional 13 sin modificatorios por concepto de INGRESO ESPERADO POR EL CONCESIONARIO (forma de pago), por efecto de este contrato adicional es de: Tres billones ochocientos cuarenta mil doscientos sesenta y cinco millones catorce mil ciento cuarenta y nueve pesos = \$3.840.265'014.149= a precios del mercado de diciembre de 1997;

(...) CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. - VALOR: El valor del presente Contrato Adicional se estima en la suma de doscientos treinta y un mil ochocientos cincuenta y cinco millones noventa y ocho mil trescientos noventa y siete pesos de diciembre de 1997 (\$231.855'098.397), correspondiente a la inversión que ejecutará EL CONCESIONARIO en cumplimiento del objeto señalado en su Cláusula Primera, el cual se discrimina de la siguiente forma: (...).

El Tribunal ha elaborado el análisis comparativo así: [...]

Se concluye entonces que, cualquiera que sea el valor que se tome para definir el Valor del Contrato Inicial, y aplicando criterios objetivos, el Contrato Adicional No. 13 superó el límite del 50% exigido por el artículo 40 de la ley 80 de 1993 en contra de una expresa prohibición legal.

(...) En consecuencia, considerando que se cumplen los tres supuestos necesarios para la declaratoria de la nulidad, por cuanto además de estar (sic) probada la causal a este proceso se encuentran vinculados tanto las partes como sus causahabientes, el Tribunal procederá de conformidad con el artículo 141 del CPACA a declarar de oficio la nulidad del Contrato Adicional No. 13 del año 2006 y de los Otrosíes 1, 2, 3 y 4 firmados al Adicional No. 13 por violación de la prohibición expresa establecida en el numeral 2do del artículo 44 de la ley 80 de 1993 al haberse celebrado contra una prohibición expresa.

A este punto del análisis, vale la pena tomar en consideración lo señalado en la Directiva 2014/23/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El artículo 8 de la referida directiva señala:

Artículo 8. Umbrales y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones

1. La presente Directiva se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5 186 000 EUR.

2. El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios.

Esta estimación deberá ser válida en el momento en que se publique el anuncio de concesión o, cuando no se prevea tal anuncio, en el momento en que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora inicie el procedimiento de adjudicación de la

concesión, por ejemplo, cuando proceda, entrando en contacto con los operadores económicos en relación con las concesiones.

A efectos del apartado 1, si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera en más de un 20 % su valor estimado, la estimación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación.

3. El valor estimado de la concesión se calculará empleando un método especificado en los documentos relativos a la concesión. Para la estimación del valor de la concesión, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en su caso, tendrán en cuenta, en particular:

- a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión;
- b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora;
- c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública;
- d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión;
- e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión;
- f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios;
- g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores. [Se subraya].

Como se aprecia, el valor estimado de la concesión se calcula según el método especificado en los documentos relativos a la contratación. Fue por ello que la Sala acudió a los documentos precontractuales de la concesión 033 de 2007 para encontrar allí elementos que le permitan establecer el valor estimado. Asimismo, en relación con las tarifas por el servicio del RUNT, es preciso recordar que estas se encuentran predeterminadas por las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006.

Ahora, desde el punto de vista del derecho comparado, esta interpretación también coincide con lo dispuesto en la ley española sobre los contratos del sector público -Ley 9/2017, de 8 de noviembre a través de la cual se incorporó en el ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, previamente citadas.

Dicha ley distingue entre el “valor estimado” y el “precio” del contrato, así:

Artículo 101. Valor estimado.1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos será determinado como sigue:

[...] b) En el caso de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el órgano de contratación tomará el importe neto de la cifra de negocios,

sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios.

[...]

Artículo 102. Precio.

1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida.

Por su parte, desde el punto de vista de la jurisprudencia, las cortes españolas han señalado lo siguiente:

Es más, el valor estimado del contrato es un parámetro que se emplea en la normativa contractual para determinar cómo configurar el pliego y el procedimiento de licitación, pero no es el precio del contrato, el precio es la retribución del contratista, siendo un precio cierto, que se abonará en función de la prestación ejecutada y según lo pactado, el que en este caso señala literalmente el propio Pliego atendiendo a una anualidad⁴⁷.

Igualmente, en otra oportunidad, el Juzgado Contencioso Administrativo 2 de Barcelona señaló:

Así, el precio es la retribución que corresponde abonar al contratista, que dependerá de la oferta que éste haya hecho, mientras que el presupuesto de licitación es el máximo que puede abonar la Administración en función de la autorización del gasto para ese concreto programa⁴⁸.

Así las cosas, es claro que en el derecho comparado se distingue entre el valor estimado y el precio del contrato de concesión.

3.4.4. El «valor inicial» en el contrato de concesión 033 de 2007

Lo primero que debe señalarse es que ni el Ministerio de Transporte en el proceso de licitación ni las partes en el contrato 033, indicaron o definieron lo que podría entenderse como «valor inicial» del mencionado contrato de concesión. De esta manera, surge la necesidad de dilucidar esa locución.

En atención a la doctrina de la Sala expuesta, a la jurisprudencia arbitral y a las menciones al derecho comparado, el cálculo del «valor inicial» es un asunto particularmente complejo y, además, en lo atinente a la jurisprudencia nacional,

⁴⁷ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia núm. 1302/2021.

⁴⁸ Juzgado Contencioso Administrativo 2 de Barcelona. Sentencia nº317/2014.

las referencias existentes no aluden al contrato de concesión, sino al contrato de obra, lo que lleva a la Sala a realizar una labor interpretativa inédita.

En consecuencia, los siguientes criterios pueden orientar el análisis para dilucidar el «valor inicial» del contrato de concesión 003 de 2007:

- a. **Las tarifas por el servicio del RUNT respecto de cada uno de sus registros están determinadas por la Ley:** recuerda la Sala que tales tarifas deben tener en cuenta el sistema y método previsto en los artículos 7 y 8 de la Ley 1005 de 2006. Asimismo, para el cálculo de las tarifas el artículo 7 *ibidem* señala los costos, entre los cuales figuran la inversión inicial, mantenimiento, mejoramiento y operación de todos los equipos, sistemas, programas e infraestructura para la prestación del servicio del RUNT, interventoría, e investigación y desarrollo.
- b. **Estudios técnicos:** en los estudios adelantados para el proceso de selección se identificó el denominado «Estudio técnico financiero para la estructuración del sistema de información del RUNT», en el que se alude al contexto legal anteriormente citado como base del estudio.⁴⁹

El estudio señaló el modelo financiero del contrato de concesión a celebrar y, en consecuencia, planteó tres alternativas para el esquema tarifario. Como se dijo en el numeral 3.1. de este concepto, la «Alternativa 3», sirvió de base para establecer las “tarifas techo” que se incluyeron en la cláusula novena de la minuta de contrato que se anexó al pliego de condiciones, pero el estudio adelantado no indicó el valor estimado del contrato.

Este vacío cobra relevancia, pues la norma reglamentaria vigente para el momento que se adelantó el proceso de la Licitación MT 001 de 2006, era el Decreto 2170 de 2002, que en su artículo 8, al referir al contenido de los estudios previos establecía que:

[l]os estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato⁵⁰. [Se subraya].

⁴⁹ Por ejemplo, la Ley 1005 ordenó realizar «una proyección estadística de la demanda mínima anual para el primer año de funcionamiento» del RUNT, utilizando la información histórica registrada por el Ministerio de Transporte.

⁵⁰ Actualmente, en la Sección 2 del Decreto 1082 de 2015, que regula la «Estructura del proceso de contratación»; en específico, lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. *ibidem*, modificado por el artículo 1º del Decreto 399 del 13 de abril de 2021, se establece que en los estudios y documentos previos elaborados para adelantar el proceso de contratación debe señalarse el valor estimado del contrato y su justificación.

A pesar de lo dispuesto en la norma transcrita, ni en los estudios previos ni en el pliego de condiciones de la Licitación MT 001 de 2006, se incluyó el *valor estimado* del contrato. Es por lo anterior que el vacío mencionado debe ser llenado por la Sala, labor hermenéutica propia de la función consultiva.

- c. El pliego de condiciones:** en el numeral 4.2.2. del pliego de condiciones se estableció que «la oferta económica consistirá en las Tarifas que proponga para el primer año de la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento, para este caso, el Proponente expresará su oferta como un porcentaje de las Tarifas fijadas en la cláusula NOVENA del Contrato».

A su vez, en el numeral 5.6.1 del pliego de condiciones se estableció que «los Proponentes deberán tener en cuenta que el valor de su propuesta económica no podrá ser inferior a TRESCIENTOS MIL MILLONES de Pesos (COL\$300.000.000.000) de 31 de diciembre de 2006». Este condicionamiento se incluyó con la Adenda 3 al pliego de condiciones.

- d. La propuesta económica:** el actual concesionario formuló propuesta por la suma de TRESCIENTOS MIL MILLONES de pesos (\$300.000.000.000) «de 31 de diciembre de 2006», por «ingreso esperado», valor que coincide con el señalado en el numeral 5.6.1. del pliego de condiciones.

- e. El «ingreso esperado»:** el entendimiento que las partes dan a la locución «*ingreso esperado*» corresponde al numeral 40 de las definiciones del contrato, el cual fue transcrito en el acápite 3.2. de este concepto. En síntesis, lo entienden como lo que recibe el concesionario por el servicio del RUNT durante el plazo allí señalado, que «corresponde al 91% de las Tarifas que aspira recaudar» en dicho término.

Así las cosas, no puede identificarse el valor total del contrato con el «ingreso esperado», por la simple pero poderosa razón de que las partes no lo entendieron así, ya que este constituye una entrada o beneficio⁵¹ para el concesionario que solo corresponde al 91% de la tarifa. De esta manera, dado que el contrato de concesión es bilateral, su valor no puede corresponder al beneficio de una de las partes -el concesionario-, sin tener en cuenta las otras contraprestaciones previstas en la cláusula novena del contrato.

⁵¹ «Incrementos en los beneficios económicos, producidos a lo largo del periodo sobre que se informa, en forma de entradas o incrementos de valor de los activos, o bien como decrementos de las obligaciones, que dan como resultado aumentos del patrimonio y no están relacionados con las aportaciones de los propietarios de este patrimonio. El concepto de ingreso comprende tanto los ingresos de actividades ordinarias como las ganancias». Normas NIIF 15, disponible en www.contaduria.gov.co.

Bajo las consideraciones planteadas, recobra importancia lo sostenido por la Sala en el concepto 1920 de 2008, en el sentido de que el «valor inicial» es aquél, estimado o aproximado, por el que se firmó el contrato. En consecuencia, como las partes aceptaron la suma de TRESCIENTOS MIL MILLONES de Pesos (\$300.000.000.000), como equivalente al 91% de las tarifas del contrato, este monto servirá de base para obtener el «valor inicial», que deberá corresponder al 100% del valor de las mencionadas tarifas.

Para arribar a una conclusión, también debe tomarse en cuenta el antecedente del Laudo arbitral del trámite convocado por la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI en contra de la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca, en el que las partes incluyeron en la estipulación del valor estimado, el «ingreso esperado».

La interpretación realizada por la Sala encuentra sustento adicional en reciente jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que al resolver una demanda sobre un contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público, cuyo valor era «*de cuantía indeterminada pero determinable en el tiempo de ejecución del mismo*», sostuvo:

En atención al escenario fáctico y normativo planteado, no podía perder de vista el Tribunal que para la apreciación de los flujos de caja del contrato de concesión, en orden a medir la utilidad neta dejada de percibir en esta tipología negocial, debía atender tanto al esquema financiero plasmado en el negocio como al contexto legal que le sirvió de marco jurídico, y en ese orden debía considerar la diferencia existente entre ingresos y egresos proyectados por el plazo de ejecución de la concesión, con inclusión de todos sus componentes económicos.

No bastaba para ese propósito simplemente con tener en cuenta la utilidad esperada respecto de dos de los rubros concebidos en la propuesta, dado que con esta manera fragmentada de valorar la propuesta no resultaba posible técnicamente definir o calcular el rubro destinado al pago de la retribución por la inversión del concesionario, así como por su operación y mantenimiento.

[...]

Se recuerda que, de conformidad con el modelo financiero planteado en el contrato, la sociedad ELEC S.A percibiría los recursos destinados para la operación y mantenimiento de la infraestructura destinada para la prestación del servicio de alumbrado público, del recaudo del impuesto con el que se gravaría ese servicio, actividad que igualmente fungiría como fuente de obtención de las utilidades proyectadas.

En ese sentido, de acuerdo con lo pactado en el contrato, sería el municipio el encargado de ajustar las tarifas de impuestos de alumbrado público, con el fin de garantizar al concesionario los recursos mensuales necesarios para la operación eficiente del sistema⁵². [Subraya la Sala].

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2020. Radicación número: 23001-23-31-000-2002-01703-02(63524).

Con base en las anteriores consideraciones, en los documentos precontractuales aportados y en el contrato de concesión 033 de 2007, la Sala concluye:

- a) El valor total del contrato se determina por el 100% del valor de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información durante la «Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato».
- b) La suma de TRESCIENTOS MIL MILLONES de pesos (\$300.000.000.000) «de 31 de diciembre de 2006» (oferta económica aceptada por el Ministerio de Transporte), corresponde al 91% del valor de las tarifas del contrato, el cual aparece como el estimado o aproximado por el que las partes suscribieron el contrato.

Ahora, usualmente en los pliegos de condiciones se establece que, sobre las sumas consideradas en los procesos de selección, se deben realizar los ajustes de valor que correspondan en el momento del perfeccionamiento del contrato.

No obstante, en el presente caso se aprecia que las tarifas que sirvieron de base para la oferta económica también correspondían a pesos de «diciembre 31 de 2006», y expresamente se ordenó que debían ajustarse al «inicio de la Concesión con la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2006 y el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato», según el numeral 9.4 del pliego de condiciones.

Por lo anterior, se muestra evidente que dicho ajuste también debería operar respecto del valor inicial del contrato resultante de la operación aritmética propuesta, aspecto que será observado por la Sala en la medida que constituye la «ley del proceso de selección».

El valor inicial del contrato ajustado en los términos anteriores deberá expresarse en salarios mínimos mensuales legales vigentes.

4. La adición del valor del contrato estatal

La adición del contrato estatal representa un tema jurídico de amplias aristas, razón por la cual, la Sala se limitará en este acápite a mencionar los aspectos relevantes para el objeto de la consulta: esto es, lo relativo al límite previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y el alcance del valor inicial de los contratos estatales como parámetro para determinar el referido límite legal.

Al respecto, sea lo primero señalar que la Ley 80 de 1993 no regula, como tampoco lo hacía el Decreto Ley 222 de 1983, qué es un contrato modificador ni una adición del contrato, de tal manera que la labor de determinar al alcance de

estas figuras ha quedado en manos de la jurisprudencia, de la función consultiva del Consejo de Estado⁵³ y de la doctrina nacional.

Las entidades estatales, en observancia de los principios de transparencia, publicidad, libertad de concurrencia e igualdad de concurrencia que rigen la contratación estatal, deben prever, al celebrar los contratos estatales, que el valor acordado cubra, de forma completa y adecuada, el objeto del contrato, según la obra o el servicio de que se trate, de acuerdo con los cálculos y proyecciones hechas para alcanzar la realización plena de dicho objeto.

Sin embargo, a pesar de la planeación y los estimativos efectuados, en ocasiones surgen circunstancias especiales ajenas al contratista, que ameritan ser tenidas en cuenta para lograr los fines del contrato estatal y por tanto, si dado el caso, se observa la insuficiencia del valor acordado, es claro que se presenta la necesidad de adicionar el valor del respectivo contrato y se debe proceder a la aplicación de esta figura legal.

En esta medida, la Sala quiere precisar que el concepto de adición del valor del contrato estatal se refiere, en términos generales, a un aumento del valor pactado en el contrato, que implica una modificación a las condiciones originariamente previstas.

Desde este punto de vista, es importante señalar que, conforme a la doctrina de la Sala y la posición mayoritaria de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el poder de modificación de los contratos estatales debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto. En otras palabras, la modificación de los contratos estatales tiene como límite el cambio de objeto o el tipo de contrato⁵⁴.

4.1. Evolución del régimen normativo

4.1.1. Decreto Ley 222 de 1983

El anterior estatuto de contratación de la Administración Pública, el Decreto Ley 222 del 2 de febrero de 1983, «Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones», establecía en su artículo 58 la celebración de contratos adicionales para modificar el plazo o el valor del contrato, con el cumplimiento de determinados requisitos legales⁵⁵.

⁵³ Cfr. Sobre el concepto de modificación y adición de contratos puede verse el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de marzo de 2016. Exp. 2263. C.P. Edgar González López.

⁵⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de junio de 2012. Exp. 23966 y Sentencia del 29 de mayo de 2013. Radicación núm. 76001-23-31-000-1997-25178 01(27926). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁵ **Artículo 58. De los contratos adicionales.**

En el caso de la adición del valor del contrato administrativo se exigía para su perfeccionamiento, la suscripción del contrato adicional y la realización del correspondiente registro presupuestal, de tal suerte que, si faltaba uno de estos requisitos, dicho contrato era inexistente.

Además, se requería su publicación en el Diario Oficial y eran necesarios para la ejecución del contrato adicional, la adición y prórroga de las respectivas garantías y el pago de los impuestos causados.

La adición del valor tenía como límite de que no podía exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

Tal límite no era aplicable a los contratos de interventoría, de obra pública por el sistema de administración delegada y de consultoría.

El citado artículo no se aplicaba a los contratos de empréstito distintos de los créditos de proveedores.

Cabe anotar que además de este tipo de contratos adicionales, existían los contratos accesorios de obras públicas que se celebraban para la debida ejecución de otro contrato que aparecía como principal, de conformidad con el artículo 114 del anterior estatuto contractual.

Las adiciones no podían modificar sustancialmente ni desnaturalizar el objeto del contrato. A este respecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera,

Salvo lo dispuesto en el título IV⁵⁵, cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.

Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial.

En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.

Parágrafo. Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo. [Subraya la Sala]

Subsección A, del 20 de noviembre de 2020, Radicación núm. 05001-23-31-000-2002-02323-01 (47201), expresó lo siguiente:

El Decreto 222 de 1983 en su artículo 58 empleó la expresión *contratos adicionales* para referirse a los acuerdos de voluntades celebrados con el objeto modificar el plazo o el valor convenido. Tales adiciones no pueden introducir modificaciones que no que (sic) guarden una estrecha relación con el objeto del contrato; por ello, se entiende que siguen la suerte de éste, en tanto que dependen del contrato principal al que pertenecen, lo que conduce a que el régimen que se les aplica, según lo previsto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, es el de la ley vigente a la celebración del contrato primigenio. [notas al pie suplidas].

Como se verá enseguida, la Ley 80 de 1993 en el artículo 40 estableció un régimen menos detallado y con una terminología diferente que el del anterior estatuto para las adiciones de los contratos estatales.

4.1.2 Ley 80 de 1993

Dicha ley estableció en el inciso segundo del párrafo del artículo 40, lo siguiente:

Artículo 40.- Del contenido del contrato estatal. [...] Parágrafo.- [...]

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales. [Subraya la Sala].

Esta norma se refiere, de manera general, a los contratos estatales⁵⁶, entendiendo por estos los que se encuentran comprendidos dentro de la definición que trae el artículo 32 de la misma ley, entre los que se incluye al contrato de concesión.

⁵⁶ Cabe anotar en este punto, que con motivo de la pandemia ocasionada por el COVID-19, el Gobierno nacional exceptuó del límite de adición, los contratos estatales dirigidos a atender y mitigar la situación presentada por dicho fenómeno. En efecto, el artículo 8° del Decreto Legislativo 440 de 2020, «Por el cual se adoptan medidas de urgencia en materia de contratación estatal, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la Pandemia COVID-19», dispuso lo siguiente:

«Artículo 8°. Adición y modificación de contratos estatales. Todos los contratos celebrados por las entidades estatales que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia, podrán adicionarse sin limitación al valor. Para este propósito, la Entidad Estatal deberá justificar previamente la necesidad y la forma como dichos bienes y servicios contribuirán a gestionar o mitigar la situación de emergencia.

Igualmente, esta disposición se aplicará a los contratos que se celebren durante el término de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica y durante el término que dicho estado esté vigente.

Una vez termine el estado de emergencia económica, social y ecológica, no podrán realizarse nuevas adiciones en relación con estos contratos, salvo aquellos que no hayan superado el tope establecido en el inciso final del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993».

La Corte Constitucional declaró exequible este artículo, mediante la sentencia C-162 del 4 de junio de 2020.

Así las cosas, el límite establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 rige, por regla general, para todos los contratos estatales, sin perjuicio de la existencia de reglas especiales o de excepciones previstas para determinados tipos de contratos.

4.1.3. Ley 1508 de 2012

Si se trata de contratos de concesión celebrados a través de una Asociación Público-Privada (APP), se deberá tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 13, 18 y 21 de la Ley 1508 de 2012⁵⁷, que establecen límites a la adición y prórrogas de los contratos celebrados bajo esta modalidad:

Dado que el caso consultado no corresponde a ese tipo de negocios jurídicos, se desea resaltar que la Ley 1508, al referirse a la adición o prórroga de los contratos celebrados a través de APP, utiliza el vocablo «valor del contrato originalmente pactado», el cual podría considerarse un equivalente al «valor inicial» utilizado por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

De esta manera, se evidencia una tendencia sistemática en el ordenamiento, que distingue entre el «valor inicial» o «valor originalmente pactado», por un lado, y valor del contrato, por el otro, circunstancia que avala la interpretación realizada por la Sala en acápites anteriores de este concepto.

Asimismo, se debe tener presente que la regulación de las adiciones o prórrogas de los contratos celebrados por medio de APP establece que el valor del contrato para efectos de la adición debe estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión **o en los criterios que se establezcan en los proyectos** que tienen por objeto la prestación de servicios públicos.

4.1.4. Ley 1474 de 2011

Es importante precisar que para el contrato de interventoría, dada su naturaleza, la normativa prevé una clara y expresa excepción en materia de adición a los contratos.

En efecto, el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 señala que a los contratos de interventoría no les aplica la regla contenida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que limita la adición de los contratos a un tope máximo del 50% del valor inicial del contrato.

⁵⁷ «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones».

De acuerdo con la misma disposición, la regla para estos contratos es la de la «continuidad de la interventoría» y, por tanto, dichos contratos «podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría [...]».

Esta disposición tiene como finalidad mantener la función de vigilancia y control por parte de la Administración frente al contrato estatal que se prorroga o adiciona, sin que este control se vea afectado por el tope establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En estos casos surge un imperativo para que el contrato de interventoría mantenga su vigencia, dado que las prórrogas de este contrato necesariamente afectan su valor, pues se trata realmente de una prestación de servicios especializados.

4.2. Alcance del término «adición del contrato estatal»

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en diversas oportunidades, se ha pronunciado sobre la interpretación de la «adición del contrato estatal» en torno a la aplicación del límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 para los contratos de obra pública a precio unitario.

El criterio que se ha establecido al respecto, desde el año 2002 y que la Sala hoy reitera, es que en un contrato de obra a precio unitario las mayores cantidades de obra realmente ejecutadas no son una modificación o adición del contrato. En este orden de ideas, se presenta la diferencia entre valor inicial o estimado del contrato y el valor final que resulta de multiplicar la cantidad de obras efectivamente ejecutadas por los precios pactados, tal como lo expresó en el Concepto 1439 del 18 de julio de 2002, citado en el numeral anterior.

Esta posición fue reiterada en el Concepto 1920 de 2008 en el cual se resolvieron asuntos similares a los que son objeto de análisis en el presente caso, esto es, sobre la determinación del límite del 50% previsto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 para la adición de los contratos. En este concepto, analizado en el numeral anterior, la Sala hizo claridad sobre lo que debe entenderse por valor inicial del contrato, a efectos de aplicar el referido límite, e indicó que este corresponde al valor estimado previsto en el contrato original.

Ahora, como lo ha sostenido la Sala en los conceptos citados, el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establece un límite o tope para la adición, por lo tanto es una norma de carácter prohibitivo, que además está delimitada por los principios que gobiernan la contratación pública, por lo que no puede ser interpretada como una autorización abierta o general para adicionar los contratos estatales.

El carácter prohibitivo de la norma citada puesto de presente por la Sala es compartido por diferentes autores. Al respecto, se destaca el siguiente criterio:

Una primera conclusión a que se llegaría después de la lectura de esta disposición es que más que una autorización para suscribir contratos adicionales, lo que ella contiene es una prohibición para adicionar el valor inicial del contrato en más de un 50%. Esta forma normativa de presentación no es casuística sino que denota algo fundamental. Ello es que la adición de los contratos es excepcional porque lo lógico y normal es que el objeto pactado cubra todo lo que la entidad requiere y que el precio corresponde a ese objeto. En estricto rigor la adiciones por falta de previsión o adecuados estudios repugnan a un adecuado principio de planeación, y si bien en aras de la tutela del interés público podrían ser de recibo, deben generar también responsabilidad para los servidores públicos comprometidos. Esa excepcionalidad debe presidir el análisis de la figura⁵⁸.

La doctrina de la Sala sobre el alcance que tiene la adición en un contrato de obra pactado a precio unitario también es acogida de manera mayoritaria⁵⁹ por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Así, por ejemplo, en Sentencia del 15 de julio de 2004⁶⁰, esta Corporación manifestó:

“[N]o puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, **la adición del contrato a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, de las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios** las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente... Se destaca al respecto el fallo proferido el día 18 de julio de 2002, en el cual se diferenció entre el concepto de obras adicionales y mayores cantidades de obra ejecutada:

⁵⁸ Dávila, L. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera Edición. 2016. Editorial Legis, Bogotá. p. 589.

⁵⁹ Una segunda posición, en todo caso minoritaria, señala que las mayores cantidades de obra que se generan en un contrato de obra pactado a precio unitario sí generan un contrato adicional. Cfr. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2003. Radicación No 47001-23-31-000-1996-04800-01 (17554) en el que se concluye lo siguiente: “Se tiene entonces que, en la medida en que surgiera mayor cantidad de obra necesaria para la ejecución del objeto contractual, ella representaba un costo superior al previsto y calculado, por lo cual para su reconocimiento, había necesidad de efectuar aumentos al valor inicialmente pactado, mediante la celebración de contratos adicionales, que lo son precisamente el valor a pagar, no en el objeto a ejecutar”. En el mismo sentido, Sentencia del 23 de abril de 2008. Radicación número: 27001-23-31-000-1997-02953-01(16491). C.P. Ruth Stella Correa.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de julio de 2004. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 76001-23-31-000-2002-1164-02 (AP). De manera adicional, esta posición reasumida por la Sala de Consulta había sido planteada en la Sentencia del 31 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). C.P. Ruth Stella Correa.

'Para la Sala no es claro si tales obras son realmente obras adicionales o corresponden más bien a mayores cantidades de obra ejecutada, circunstancia que no puede ser desconocida puesto que unas y otras obedecen a hipótesis distintas y, por ende, adquieren implicaciones jurídicas propias. En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, **la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada** pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una 'prolongación de la prestación debida', **sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual...** En cambio, **la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. (...)**⁶¹.
[Subrayado fuera de texto]

Con base en el Concepto 1439 y en la Sentencia del 15 de julio de 2004, citada en precedencia, la Sala mediante el concepto 2148 de 2013, concluyó lo siguiente:

De la jurisprudencia y la doctrina citadas se puede concluir que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal, para: (i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración acordada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.).

En síntesis, existe una posición mayoritaria en la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil y en parte de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que concluye que la adición del valor de los contratos estatales, a que se refiere el inciso segundo del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se admite en dos casos: **i)** para agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, en las condiciones mencionadas en la celebración del negocio, y/o **ii)** para modificar el precio del contrato, también en las condiciones establecidas en dicha celebración.

En consecuencia, no procede hablar de contrato adicional cuando existen mayores cantidades realmente ejecutadas en los contratos de obra a precio unitario. En estos casos, existirá un valor inicial o estimado del contrato y un **valor**

⁶¹ Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en la Sentencia del 31 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). C.P. Ruth Stella Correa.

real que es el que resulte de multiplicar las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por las cantidades pactadas.

5. El plazo en los contratos estatales, en particular en el contrato de concesión de servicios públicos y su prórroga

5.1. Concepto de plazo en las obligaciones y en los contratos, en general

Como punto de partida, conviene recordar que la doctrina, en materia de obligaciones, distingue entre las que se denominan «puras y simples» y aquellas otras que se encuentran sujetas a «modalidades». Dentro de estas últimas, se encuentran las obligaciones sujetas a condición, a plazo o a modo.

El artículo 1551 del Código Civil define el plazo como «la época que se fija para el cumplimiento de la obligación», el cual «puede ser expreso o tácito». Este último es el indispensable para cumplir la obligación.

En relación con el plazo, la doctrina y la jurisprudencia han señalado, de antaño, dos características esenciales que debe tener y que permiten distinguirlo de otras figuras jurídicas, como la condición: *i)* debe ser un hecho futuro, esto es, no puede ser un acontecimiento presente ni pasado, y *ii)* ha de ser cierto, es decir, debe consistir en un hecho que indefectiblemente vaya a suceder, aunque no se sepa cuándo (como la muerte de una persona).

Desde este punto de vista, el plazo puede ser determinado (como una fecha futura) o indeterminado, pero determinable. No obstante, en ambos casos, debe existir certeza sobre su acaecimiento.

Con respecto al plazo *extintivo*, *resolutorio* o *final*, la doctrina acepta que dicho plazo existe, aunque no esté mencionado ni regulado en el Código Civil, y se refiere al hecho futuro y cierto que extingue o pone fin a la obligación, es decir, el momento *hasta el cual* el deudor se encuentra obligado a ejecutar la prestación. Como es entendible, esta clase de plazo se aplica, generalmente, en aquellas obligaciones denominadas de *ejecución o tracto sucesivo*, o de *ejecución diferida*, que son aquellas en las que la prestación no se agota en un solo acto, sino en una secuencia de actos sucesivos y homogéneos, como sucede con las derivadas de los contratos de arrendamiento, de obra o de prestación de servicios, entre otros, o con las obligaciones negativas (de abstención). En tales casos, la obligación del deudor subsiste *hasta* la llegada del plazo acordado o previsto en la ley, y se extingue a partir de ese momento, sin que ello implique, en ningún caso, [valga la

pena aclarar] la condonación o terminación de las obligaciones que han debido cumplirse, con anterioridad⁶².

Lo explicado hasta ahora, pone de manifiesto que la definición y las características generales del plazo, derivadas de las normas del Código Civil, deben complementarse con los preceptos especiales que en esta materia contiene la Ley 80 de 1993, junto a lo explicado sobre aquellas por la jurisprudencia y la doctrina.

5.2. El plazo en los contratos estatales

Al revisar la Ley 80 de 1993, con las modificaciones efectuadas por las Leyes 1150 de 2007⁶³ y 1474 de 2011⁶⁴, principalmente, en relación con las normas generales sobre los contratos estatales, se puede deducir que regula directamente el plazo para la liquidación de los contratos estatales que requieren de dicha diligencia⁶⁵, pero solo se refiere tangencialmente al plazo de ejecución o cumplimiento del contrato. En relación con este último, permite vislumbrar, en todo caso, que se relaciona con el término de ejecución de las obligaciones derivadas de ese acuerdo de voluntades.

No obstante, para la Sala resulta indispensable recordar, en este punto, lo prescrito por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993⁶⁶, que autoriza expresamente a las entidades estatales para celebrar los contratos y demás acuerdos (convenciones) que permite el principio de la autonomía de la voluntad y que se requieran para el cumplimiento de los fines estatales. También las faculta para incluir, en dichos actos jurídicos, las «modalidades», condiciones y demás cláusulas que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, a la ley, al orden público, a los principios y finalidades previstos en la Ley 80, ni a los de la buena administración; todo ello, sin perjuicio de las estipulaciones que deben entenderse incorporadas, por virtud de la ley, en cada tipo de contrato, de acuerdo con las normas civiles, comerciales

⁶² HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, tomo I. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia, 2007. Páginas 911 y 912.

⁶³ 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.

⁶⁴ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

⁶⁵ Artículo 11 Ley 1150.

⁶⁶ **Artículo 40. Del contenido del contrato estatal.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. [...] [Se subraya].

y demás que los regulen, por tratarse de elementos de su esencia o de su naturaleza.

Dentro de esas cláusulas que las partes pueden pactar en los contratos públicos, para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, y, particularmente, dentro de las «modalidades» que la norma menciona, debe entenderse incluido el plazo de ejecución del contrato que, como ya se mencionó, corresponde al plazo de ejecución de las obligaciones derivadas de dicho acto jurídico, que, tal como se explicó, puede ser suspensivo o extintivo, y constituye una de las modalidades en las que puede pactarse el cumplimiento de las obligaciones, junto con la condición y el modo.

Acerca de las clases de plazo y sus efectos sobre la ejecución de las obligaciones contractuales y la extinción del vínculo jurídico que ata a las partes, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente, en reciente sentencia⁶⁷, en la cual también hizo alusión a la jurisprudencia previa de la misma corporación:

Legalmente -art. 1551, C.C.- el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. Y según sus efectos, el mismo puede ser suspensivo o extintivo, siendo el primero aquel cuyo cumplimiento marca la exigibilidad de la obligación y el ejercicio del derecho, pues antes se suspenden tanto la una como el otro, pero una vez llega el término fijado, se puede ejercer el derecho y se torna exigible la obligación; y el segundo, aquel durante el cual el derecho puede ser disfrutado pero una vez se cumple, el mismo desaparece o se extingue, como sucede, a título de ejemplo, con el contrato de arrendamiento. En los contratos estatales, como el que es objeto de la presente controversia, por lo general el plazo es de la primera modalidad, es decir, suspensivo, pues obedece al término que se pacta para ejecutar las prestaciones objeto del contrato, y las obligaciones se hacen exigibles una vez culmina el mismo. De igual manera, el cumplimiento del plazo acordado por las partes, que es el que se considera como necesario y suficiente para la ejecución del objeto contractual, marca el momento de la terminación del contrato y el inicio de la etapa de liquidación. En relación con el plazo de ejecución de los contratos, ha dicho la jurisprudencia:

(...) la estipulación de un plazo de ejecución del contrato es de vital importancia para el cumplimiento puntual de su objeto y, por tanto, en orden a atender y satisfacer la necesidad pública que dio lugar a su celebración; además, responde a estrictos principios de la contratación pública, como los de economía y planeación, y resulta congruente con las normas presupuestales que reclaman precisar en el tiempo los compromisos contractuales que las entidades públicas adquieran en las respectivas vigencias fiscales, con cargo a las apropiaciones que conforman su presupuesto anual.

[D]e otra parte, no se desconoce que en los contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo (verbigracia el de obra pública), el vencimiento del plazo contractual no representa la extinción ipso jure de los mismos, por lo cual la ley prevé un

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de febrero de 2021, radicación 25000-23-26-000-2010-00975-01(47774).

plazo para liquidarlos, precisamente, con el objetivo de extinguirlos, pues una cosa es que termine el plazo de ejecución y otra, muy distinta, que termine el vínculo contractual.

Tampoco pasa inadvertido que a la terminación del plazo de ejecución, la Administración debe verificar si la obligación de dar, hacer o no hacer sobre la que versa el contrato se ha cumplido en su totalidad, para dar paso a su liquidación, etapa en la que se realizará una verificación o control del cumplimiento del objeto contractual y se efectuará el balance económico a que haya lugar, de mutuo acuerdo por las partes o unilateralmente por la Administración en caso de renuencia del contratista para hacerlo⁶⁸.

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que la administración, con posterioridad al vencimiento del plazo pactado, acceda a que el contratista continúe realizando distintas labores, no se traduce en una prórroga o adición de dicho término; como lo ha dicho la jurisprudencia, “(...) *el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo*”⁶⁹, razón por la cual, una vez finaliza, sin haber sido formalmente adicionado -recuérdese que el contrato estatal es solemne, y por lo tanto las prórrogas y adiciones deben constar por escrito-, el contrato se termina y se da inicio a la etapa de liquidación [...] [Se resalta].

Como corolario de lo expuesto, puede afirmarse que, en materia de contratación estatal, uno es el plazo de ejecución del contrato, que coincide con el término de ejecución de las obligaciones surgidas de dicho acto jurídico (generalmente con efectos suspensivos), y otro es el plazo de liquidación (en los contratos que legalmente la requieren, como los de ejecución sucesiva, o en aquellos otros en que las partes lo hayan pactado).

El primero determina la exigibilidad de las obligaciones y la mora del deudor (si este no ha cumplido), cuando se trate de un plazo suspensivo, o la terminación, hacia el futuro, de las obligaciones de ejecución sucesiva, cuando se trate de un plazo extintivo, resolutorio o final. En ambos casos, genera también la terminación del contrato, pero no la extinción total y definitiva del vínculo jurídico nacido de dicho acto, entre las partes (pues este pervive, para efectos de su liquidación, incluyendo los arreglos o acuerdos que pueden celebrarse en esta etapa e incorporarse en el acta respectiva).

Por su parte, el plazo de liquidación determina la época en la que el contrato debe ser liquidado, ya sea bilateral o unilateralmente, luego de haberse producido su terminación, por cualquier causa, con el fin de hacer un balance final de la ejecución contractual y extinguir definitivamente el vínculo jurídico entre las partes.

5.3. El plazo en el contrato estatal de concesión

⁶⁸ «[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio».

⁶⁹ «[13] *Ibidem*».

El artículo 32, numeral 4°, de la Ley 80 de 1993 al definir el contrato estatal de concesión, no dispone cuál es el plazo de este, ni cómo deben fijarlo las partes, motivo por el cual resultan aplicables, en principio, las reglas sobre plazo señaladas en precedencia, en particular las referidas al plazo extintivo en los contratos de tracto sucesivo.

En este sentido, resulta pertinente reiterar la doctrina de la Sala vertida en el Concepto 2150 de 2013, en el que sostuvo por su naturaleza, función y finalidad los contratos son efímeros o transitorios. Ello significa que no tienen vocación de perpetuidad, tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

“(…) los contratos (…) son instrumentos para una función práctica o económica social, no tienen vocación perpetua y están llamadas a extinguirse mediante el cumplimiento o demás causas legales.

La perpetuidad, extraña e incompatible al concepto de obligación, contraría el orden público de la Nación por suprimir *ad eternum* la libertad contractual (artículos 15, 16 y 1602, Código Civil; 871 y 899, Código de Comercio).

(…)

La Constitución Política de 1991, incorporó al derecho interno los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, consagró disposiciones de principio, enunció un catálogo mínimo de derechos fundamentales, libertades y garantías, enfatizó en la persona como centro motriz del ordenamiento, en su dignidad, libertad e igualdad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, profesión u oficio, garantía de la propiedad privada, función social de los derechos, iniciativa económica y libertad de empresa, cuya sola mención excluye toda relación perpetua al aniquilar *per se* la libertad, cuestión ésta de indudable orden público por concernir a principios ontológicos de la estructura política, el ordenamiento jurídico y a intereses vitales para el Estado y sociedad. Por demás, la transitoriedad de la relación jurídica y la prohibición de relaciones contractuales u obligatorias perpetuas, deriva de los principios generales de las obligaciones”⁷⁰.

En cuanto a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera⁷¹, se ha indicado que en los contratos estatales se pueden distinguir los modos normales y anormales de terminación de los contratos. «[s]egún la doctrina y la jurisprudencia. En la primera categoría, esto es entre los *modos normales de terminación de los contratos de la Administración*, suelen y pueden incluirse las siguientes causales: **a).**- cumplimiento del objeto; **b).**- vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; **c).**- terminación o vencimiento del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato y **d).**- acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes».

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01

⁷¹ Sentencia del 9 de mayo de 2012, Radicación: 85001233100020000019801. Exp. 20.968.

Los anteriores criterios orientarán el análisis de la Sala sobre la prórroga del contrato estatal de concesión solicitada en la consulta, sin perjuicio de las consideraciones que más adelante realizará sobre la relación existente entre la prórroga y los principios constitucionales y legales de la contratación estatal.

5.4. Noción de prórroga y sus límites

La expresión prorrogar, según el Diccionario de la Lengua Española, alude a continuar, dilatar o extender algo por un tiempo determinado⁷².

La prórroga, según la teoría general de los negocios jurídicos, se ha entendido, en líneas generales, como la figura a través de la cual se extienden las obligaciones contenidas en un contrato, sin que se altere la estructura ni las condiciones esenciales que dieron lugar a su configuración o estructuración.

La Ley 80 de 1993 ni el régimen obligacional y contractual del derecho privado se refieren, en específico, al significado de la prórroga del contrato, como tampoco a su alcance, contenido y límites. En general ha sido la jurisprudencia y la doctrina, las que siguiendo, entre otros, al derecho comparado, se han encargado de precisar las particularidades de este supuesto.

En la contratación pública, el originario artículo 36 de la Ley 80 de 1993⁷³ establecía una regla sobre la prórroga de las concesiones que se celebraban para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, la cual permitía la extensión automática del término de diez años por el cual se suscribían dichos contratos. El artículo antedicho fue derogado por la Ley 1150 de 2007.

En todo caso, es importante resaltar que en el Concepto 2252 del 2015, esta Sala definió a la prórroga del contrato como una modificación de los elementos del negocio jurídico, sin hacer una calificación o condicionamiento específico. Veamos:

Así entendida, la prórroga del contrato puede definirse como la modificación que las partes acuerdan de uno de los elementos (generalmente accidentales) del contrato, como es el plazo, en el sentido de ampliarlo o extenderlo. Sin embargo, en la medida en que una vez prorrogado el contrato, este continúa generando obligaciones (y derechos correlativos) entre las partes por un tiempo adicional, la prórroga del contrato puede entenderse, desde una perspectiva más profunda,

⁷² Real Academia de la Lengua, <https://dle.rae.es/prorrogar>.

⁷³ Artículo 36.- De la duración y prórroga de la concesión. (Derogado por el art. 32, Ley 1150 de 2007). El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, no podrá exceder de diez (10) años, prorrogable automáticamente por un lapso igual. Dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión.

como la renovación del consentimiento o acuerdo de voluntades que las partes expresaron inicialmente al celebrar el contrato, en relación con el objeto del mismo. [Se Subraya].

Tal renovación del acuerdo de voluntades debe constar por escrito, dado el carácter solemne del contrato estatal (artículo 41, Ley 80 de 1993). Entonces, prorrogar un contrato significa la ampliación temporal de las obligaciones en él contenidas, o de la voluntad que tuvieron las partes al celebrarlo, lo cual implica que se mantenga y ejecute en las mismas condiciones que lo originaron, pero no implica, *per se*, un cambio adicional o alteración del sustrato obligacional primigenio.

Comoquiera que en el derecho privado los contratos se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se ha entendido que nada impide que se estipulen cláusulas que contengan o prevean este instituto, aunque en tanto ello no derive en un vínculo perenne o perpetuo, toda vez que los negocios jurídicos tienen una finalidad práctica y económica, mas no una vocación *ad eternum*, como ya se dijo.

Cuestión diferente ocurre en el campo de los contratos del sector público. En este sentido cabe precisar que ni la Ley 80 de 1993 ni las demás leyes que regulan la actividad contractual del Estado prohíben la prórroga, pero la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado, por ejemplo, que no resultan viables las prórrogas automáticas en esta especie de negocios jurídicos.

Vale la pena destacar que, del estudio jurisprudencial efectuado en el Concepto del 2252 de 2015, varias veces citado, la Sala arribó a las siguientes conclusiones sobre la prórroga en los contratos estatales:

(i) La prórroga de tales contratos no resulta en sí misma ilegal ni inconstitucional, porque la ley no la prohíbe, salvo en casos especiales, ni es contraria a los principios y las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública y, en particular, la contratación estatal.

(ii) Sin embargo, resulta inconstitucional e ilegal la prórroga automática de los contratos estatales, porque desconoce varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de las personas a participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre otros.

(iii) Por las mismas razones, resultarían inconstitucionales las normas y las cláusulas que permitan la prórroga sucesiva e indefinida de esta clase de contratos, pues se reitera «la perpetuidad es extraña e incompatible al concepto de obligación, [y] contraría el orden público de la Nación por

suprimir *ad eternum* la libertad contractual», tal como lo dijo la Sala en el concepto 2150 de 2013.

(iv) En cualquier caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública, como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato.

(v) En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes elevada a escrito, sino en especial, a la decisión informada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras.

(vi) No puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un derecho del contratista.

De lo explicado se concluye que la prórroga es un supuesto permitido por la ley, que implica la extensión del contenido obligacional de un contrato estatal siempre que se mantengan las condiciones o elementos esenciales que dieron lugar a su suscripción, es decir, sin que se alteren o modifiquen las cláusulas que motivaron a las partes a ponerse de acuerdo respecto del objeto, contenido y contraprestación, pero que, en todo caso, no puede ser estipulada como una cuestión automática. *Mutatis mutandi*, en líneas generales, la prórroga es una figura jurídica que impacta el aspecto temporal de un negocio jurídico, que puede o no implicar un cambio en el aspecto económico del mismo.

5.5. Relación entre el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y la prórroga de los contratos estatales de concesión

Vale la pena recordar el texto de la norma citada, en su parte pertinente:

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

Ahora, tal como se explicó en el acápite anterior, la prórroga de los contratos estatales y de los contratos, en general, constituye, técnicamente, un acuerdo de voluntades (convención) que tiene por objeto modificar uno de los elementos del contrato -el plazo-, en el sentido de ampliarlo o extenderlo (hacia el futuro).

Así, la adición y la prórroga de los contratos estatales son dos instituciones o fenómenos jurídicos distintos, que pueden darse de manera separada o de manera conjunta. Es decir, en principio puede haber prórroga sin adición, o adición sin prórroga; pero también puede modificarse un contrato estatal, en el sentido de prorrogarlo y adicionarlo, de manera simultánea.

A este respecto, vale la pena mencionar, a título ilustrativo, que el Régimen General de Contratación del Banco de la República, contenido en la Resolución Interna 2 de 2010, modificada por la Resolución Interna 4 de 2019, expedidas por su Junta Directiva⁷⁴, regula, de forma separada, los límites para la prórroga y para la adición de los contratos celebrados por dicha entidad, en sus artículos 20 y 21:

Artículo 20. Plazos y prórrogas: Los contratos tendrán un plazo inicial máximo de tres (3) años, a menos que el Comité de Compras, previa justificación en cada caso, autorice un plazo inicial superior.

Los contratos podrán **prorrogarse** por escrito, **por períodos que, sumados, no excedan dos veces el plazo inicialmente pactado**, salvo para los contratos celebrados con contratistas del exterior.

Artículo 21o. Adiciones: Ningún contrato podrá **adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial**. Para efectos de calcular el límite mencionado, no se tendrán en cuenta los factores o porcentajes de ajuste que el Banco determine periódicamente para mantener el valor real de los contratos. [Se resalta].

En efecto, es importante observar que, tanto en los contratos de ejecución instantánea como en los ejecución sucesiva o continuada, la prórroga del plazo pactado para la ejecución del contrato, o de alguna o algunas de sus obligaciones, no tiene, en principio, incidencia alguna sobre el objeto del contrato, ni genera necesariamente un efecto sobre su valor, tal como se demuestra con los siguientes ejemplos:

- En un contrato de compraventa (típico contrato de ejecución instantánea), si las partes acuerdan prorrogar el plazo para la entrega del bien al comprador y, correlativamente, el término para el pago del precio acordado (o su saldo) al vendedor, dicha modificación no implica cambio alguno en el objeto del contrato ni en su valor, y no constituye, por lo tanto, una adición.
- En un contrato de obra, de prestación de servicios, de mandato o de sociedad (típicamente, de ejecución sucesiva), si las partes deciden prorrogar el plazo del contrato, dentro del cual debe terminarse la obra contratada, ejecutarse los servicios o las gestiones encomendadas al contratista o seguir existiendo la sociedad, según el caso, dicho ajuste

⁷⁴ Fuente: <https://www.banrep.gov.co/es/marco-normativo-adquisiciones> .

tampoco implica modificación alguna en el objeto ni, por sí mismo, en el valor del contrato (a menos que las partes lo acuerden expresamente).

Lo explicado permite deducir que, en principio, la prórroga de los contratos estatales no tendría relación con la limitación prevista en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en tanto que esta se refiere a la *adición* de los contratos, en lo atinente a su valor y, eventualmente, a su objeto, mientras que la prórroga solo se refiere, por sí misma, al plazo.

Sin embargo, es necesario reconocer que otras situaciones resultan menos claras, como la que se presenta con aquellos contratos estatales de ejecución sucesiva en los que la contraprestación o remuneración al contratista o a la entidad contratante, según el caso, se pacta en forma periódica y proporcional a los bienes o servicios suministrados por la otra parte, también de forma continua. Tal es el caso del contrato de concesión.

En efecto, en este caso la prórroga del contrato de concesión no conlleva solamente a la extensión del plazo en el que deben seguirse ejecutando las obligaciones de las partes, sino también la continuidad de las contraprestaciones pactadas. Se observa claramente que la prórroga del contrato implica, para una de las partes, la necesidad de continuar realizando gastos e inversiones, y, para la otra parte, honrar la contraprestación acordada. Es evidente, entonces, que, en tales hipótesis, la prórroga del contrato produce un claro efecto económico, que podría ser interpretado, en principio, como una *adición* al valor inicial del contrato.

La anterior afirmación no solo se deriva de las cláusulas usuales del contrato estatal de concesión, sino que también se apoya en su finalidad práctica y su estructura económica o financiera.

Debe tenerse en cuenta que las entidades públicas acuden a la celebración de un contrato de concesión cuando pretenden obtener la realización de una obra pública; el mantenimiento, la administración y/o la operación de un bien público, o la prestación de un servicio público, que los particulares pueden realizar de manera eficiente, pero que el Estado, en cambio, no podría hacerlo, por limitaciones técnicas, administrativas o presupuestales, o que solo podría realizarlo mediante la inversión de ingentes recursos públicos, durante un tiempo prolongado.

Dado lo anterior, se faculta a un particular para que, por su cuenta y riesgo (incluido el operacional), efectúe las inversiones requeridas (total o parcialmente) con sus propios recursos, o con recursos obtenidos de terceros, con el fin de acometer las obras, administrar, mantener u operar los bienes, o prestar directamente el servicio público, y para que recupere tales inversiones con los ingresos públicos provenientes, generalmente, de la misma obra, bien o servicio concesionado, obteniendo, incluso, una utilidad.

Al terminar el plazo acordado, el concesionario debe entregar al Estado la totalidad de los bienes vinculados a la concesión, con el objeto de que la entidad pública respectiva, si lo considera viable y conveniente, pueda seguir administrando directamente el bien o el servicio público de que se trate (reversión), bien sea por mandato legal o por convención según la naturaleza de la concesión celebrada.

Este esquema permite obtener beneficios económicos a las dos partes:

i) A la entidad pública contratante, le permite ahorrar importantes recursos públicos, durante un tiempo más o menos prolongado, que puede destinar a otros fines de interés general más prioritarios, que el Estado no puede dejar de cumplir. Adicionalmente, le permite obtener o recuperar, según el caso, a la terminación del contrato, los bienes y los servicios vinculados a la concesión, en el estado de desarrollo y funcionalidad en que los haya dejado el contratista.

ii) Al concesionario le otorga, durante un tiempo más o menos prolongado la explotación (generalmente, exclusiva) de una obra, de un bien o de un servicio público, y la posibilidad de obtener unos ingresos que le permitan recuperar la inversión efectuada y obtener una utilidad.

En esa medida, como ya se ha explicado, la estructuración financiera de un contrato de concesión atiende, principalmente, a los siguientes elementos: *i)* el valor de las inversiones requeridas para alcanzar la finalidad de interés público proyectada; *ii)* cuál o cuáles de las partes deben efectuar tales inversiones, en qué momentos y en qué porcentajes; *iii)* los ingresos que se obtendrán de la obra, bien o servicio concesionado, y qué porcentaje le corresponde a cada parte; *iv)* el valor de los bienes que deben ser revertidos al Estado, y *v)* el plazo de la concesión, que debe ser suficiente para que el contratista pueda realizar las inversiones necesarias y amortizarlas o recuperarlas.

De lo anterior se infiere, entonces, que, en los contratos estatales de concesión, el plazo está estrechamente ligado al valor de las inversiones que deben efectuarse y al monto de los ingresos que se espera obtener, incluyendo el porcentaje que tenga derecho a percibir el concesionario, para recuperar tales inversiones y obtener la utilidad esperada.

Es por esta razón que varias normas especiales que han regulado o regulan actualmente el contrato de concesión establecen la relación que existe, en esta clase de negocios jurídicos, entre el valor y el plazo, y la forma como ambos elementos pueden o deben conjugarse para aplicar los límites fijados por la ley para la modificación de estos contratos, tal como se explicó en el numeral 4 de este concepto al aludir las Leyes 1474 de 2011 y 1508 de 2012.

Sobre el alcance y la razón de ser de los artículos 13 y 18 de la Ley 1508, la Sala realizó un análisis exhaustivo en el Concepto 2149 de 2013⁷⁵ en el que concluyó que la estructura económica de los contratos de concesión implica que exista una estrecha e inseparable relación entre el valor del contrato y su plazo de ejecución, de tal manera que el valor puede traducirse en plazo y el plazo puede ser cuantificado en dinero.

Por esta razón, las normas mencionadas, especialmente aquellas de la Ley 1508 de 2012 establecen límites a la adición y a la prórroga de los contratos para la realización de proyectos de asociación público-privada que involucran simultáneamente los dos elementos.

Todo lo anterior permite concluir que, en los contratos de concesión, dada su naturaleza y estructura económica - financiera (ligada al valor de las inversiones que deben efectuarse y al monto de los ingresos que se espera obtener, entre otros), las prórrogas deben ser cuantificadas o valorizadas, y generan, por regla general, una adición al valor inicial del contrato (sin perjuicio de las otras adiciones que se pacten, simultánea o posteriormente), para efectos del cumplimiento del límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Además del señalado límite, la adición en los contratos de concesión debe observar los principios de la contratación estatal, según se profundiza a continuación.

5.6. Principios constitucionales y legales aplicables a la adición y prórroga de los contratos estatales. Reiteración de la doctrina de la Sala

En relación con los citados principios, es pertinente recordar lo sostenido por la Sala de manera reiterada⁷⁶ en el sentido que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional, razón por la cual toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación (cuando sea procedente) de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 y 209 C.P, que se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición), debido proceso (art. 29), buena fe⁷⁷ (art. 83

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2149 del 2 de agosto de 2013.

⁷⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2148, 2150 y 2156 de 2013, 2227 de 2014, 2260 de 2015 2312 de 2017, solo por citar los más recientes.

⁷⁷ Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (artículos 1603 C.C. y 871 C.Co.). En el ámbito de la contratación estatal la buena fe, principio general del derecho elevado a canon constitucional en el artículo 83 C.P., se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el

C.P), responsabilidad (art. 90 C.P), moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.) y transparencia^{78 79}.

Hará énfasis la Sala en esta oportunidad en el deber de planeación, igualdad de oportunidades, libre concurrencia y libre competencia.

5.6.1. El principio constitucional de planeación y el deber contractual de planeación

En los conceptos 2150 de 2013 y 2260 de 2015 la Sala sostuvo que en el Estado social la necesidad de una política anticipadora – preventiva (con el fin de que el daño o los prejuicios ni siquiera lleguen a producirse), tiene pleno sustento en los artículos 1, 2, 334, 339, 341 y 365 CP.

En este sentido, al decir de Benda⁸⁰, la no decisión o inactividad de la Administración no es la solución. Por ello cobra creciente peso la cláusula del Estado social como categoría jurídica *orientada al futuro* dándole sentido al mandato constitucional para la planeación⁸¹ que en este contexto significa la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto. Señala el autor alemán que la planeación se basa en prognosis, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la

cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

⁷⁸ El principio de transparencia (art. 24 de la Ley 80 de 1993, art. 2 Ley 1150 de 2007) es de imperativa aplicación en los contratos celebrados por las entidades estatales sometidas al derecho privado, pues si bien a través de estos negocios jurídicos -en los que se compromete su gestión y los recursos del patrimonio público para facilitar el cumplimiento de las funciones a ellas asignadas- se flexibiliza el régimen jurídico contractual en algunos aspectos -por ejemplo, la modalidad de selección o la exigencia de garantías, entre otros-, su celebración y ejecución, además de ser imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier motivo de carácter subjetivo (político, económico o familiar, etc.), es decir, objetiva, debe hacerse en forma visible, diáfana, clara, motivada, pública, abierta y accesible a los interesados y a la comunidad, quienes así pueden controvertirla y ejercer un control de esta forma de contratación.

⁷⁹ Cabe mencionar que estos principios de la contratación estatal “...no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice”, según los señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-508 de 2002, citada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. n.º 24715.

⁸⁰ BENDA, Ernesto. Manual de Derecho Constitucional, segunda edición. Editorial Marcial Pons, Barcelona. 2001. Páginas 553 y ss.

⁸¹ “El derecho no es impotente frente a las relaciones sociales, sino que puede influir en ellas y cambiarlas. Si la cláusula del Estado social no comprende únicamente la preocupación por los actuales ciudadanos, sino que también contempla a sus hijos y nietos en sus futuras condiciones de existencia, entonces es posible hablar de un mandato constitucional en pro de una política anticipadora...Se ha inferido así de la cláusula de Estado social una habilitación constitucional para la planeación”. Benda, Op. Cit. Página 554.

tarea de integración que compete al Estado social, referido a la planificación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor puede conducir a una compensación de los intereses y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta⁸².

Bajo este contexto constitucional resulta pertinente traer al caso la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado que ha resaltado la importancia creciente del deber de planeación en la contratación estatal. Ciertamente, en la sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031, sostuvo:

[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinarse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional –artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal – artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007 [...]

⁸² Op. Cit., página 557

Como puede advertirse, el deber de planeación no sólo es importante en la etapa precontractual, sino durante toda la vida del contrato, lo que incluye su modificación e incluso su terminación y liquidación.

Así las cosas, la observancia del deber de planeación en un contrato de concesión, dado su carácter de ejecución sucesiva, permitirá a la Administración anticipar o prevenir aquellas situaciones que produzcan variaciones o alteraciones al interés o servicio público que dio origen al contrato, para lo cual podrá promover o diseñar medidas que le permitan remediar tales acontecimientos sobrevinientes.

5.6.2. Libre concurrencia y libre competencia

Recordó la Sala recientemente, en el Concepto 2448 de 2021, que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 del texto superior, los particulares tienen el derecho a participar en la actividad económica de la Nación, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa. El ejercicio de este derecho debe ser garantizado en igualdad de condiciones. Sobre el particular, en la Sentencia C-815 de 2001, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la [A]dministración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

[...]

3.3 La libre competencia económica

La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.

De acuerdo con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad.

Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo [...]

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado [Se subraya].

Como una manifestación de los anteriores principios, especialmente el de igualdad, el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, entiende la licitación como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

En esta medida, las entidades deben garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia, para hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,⁸³ la publicidad de todo el *iter* contractual, la selección objetiva del contratista, esto es, del concesionario del servicio público correspondiente, así como el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración⁸⁴.

Por su parte, el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011⁸⁵ dispone, a su vez, que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.

La Sala prohíja los argumentos expuestos en la jurisprudencia de esta Corporación⁸⁶ en los que se ha resaltado cómo el deber de selección objetiva constituye uno de los más importantes de la contratación estatal, dada su capacidad de asegurar el cumplimiento de los demás, en tanto con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la Administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una

⁸³ Consejo de Estado, SCA, S.3, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037.

⁸⁴ Consejo de Estado, SCA, S.3, sentencia de 27 de enero de 2016. Radicación 76001-23-31-000-2005-02371.

⁸⁵ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

⁸⁶ Consejo de Estado, SCA, S.3, sentencia de 27 de enero de 2016. Radicación citada.

motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad⁸⁷.

En cuanto a las adiciones y prórrogas automáticas a los contratos estatales, además de las limitaciones señaladas en este concepto, llevan como consecuencia que no se permita participación de terceros interesados en presentar ofertas en un concurso abierto y público, lo que impide la libre concurrencia, y también la libre competencia económica, razón por la que es dable concluir que tales prácticas vulneran las disposiciones superiores, las cuales encuentran desarrollo en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, es importante reiterar que en los contratos de concesión, dada su naturaleza y estructura económica - financiera (ligada al valor de las inversiones que deben efectuarse y al monto de los ingresos que se espera obtener, entre otros), las prórrogas generan, por regla general, una adición al valor inicial del contrato (sin perjuicio de las otras adiciones que se pacten, simultánea o posteriormente), lo que lógicamente implica un mayor valor del contrato, y por lo mismo están sujetas al límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80.

Dentro de este marco, la prórroga de los contratos de concesión de servicios públicos no solo es excepcional, sino que, insiste la Sala, debe observar la restricción contenida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según la cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

6. Condena por lucro cesante frente al valor del contrato

Respecto de la condena por lucro cesante decretada por el Tribunal Arbitral mediante Laudo del 9 de agosto de 2018, la Sala no considera que deba realizar mayores elucubraciones, pues se trata de una providencia judicial que hizo tránsito a cosa juzgada. En efecto, en la parte resolutive del laudo se aprecia lo siguiente:

“Trigésimo primero: Para indemnizar los perjuicios causados por los incumplimientos del Ministerio de Transporte, se le condena a pagar a la sociedad Concesión RUNT S.A., dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de la ejecutoria del presente Laudo, la suma de veinticinco mil quinientos noventa y dos millones, cincuenta y ocho mil, ochenta y ocho pesos (\$25.592'058.088) debidamente indexados en el IPC al mes de diciembre de 2017. En tal sentido prospera la pretensión subsidiaria a la pretensión 30a de la reforma de la demanda.”. De lo anterior resulta claro que el pago de lo ordenado en el Laudo corresponde a una indemnización a favor de la Concesión por habersele privado de obtener el ingreso esperado derivado de

⁸⁷ Consejo de Estado. SCA, S.3, sentencia de 3 de diciembre de 2007. Procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-. ver también sentencia del 30 de enero de 2013. Exp 21.492.

algunas actividades contractuales y del incumplimiento del Ministerio en la fijación de tarifas, mas no al cobro efectivo de las mismas a los usuarios del Runt por la prestación de estos servicios.

Como puede verse, comprobado el incumplimiento del Ministerio de Transporte, teniendo en cuenta que se trata de una obligación prevista inicialmente en el contrato, se genera la responsabilidad civil por el daño causado al concesionario. En consecuencia, se le condena por la suma señalada, a título de indemnización de perjuicios (artículos 1613 – 1617 C.C.).

Si como se ha dicho el valor del contrato se deduce de las tarifas que pagan los usuarios por los servicios del RUNT, y la condena es para resarcir el daño causado durante la ejecución del contrato, debe concluirse que dicha suma no hace parte del valor inicial del contrato.

7. La continuidad del servicio público del RUNT

7.1. El servicio público del RUNT. Importancia y la obligación del Estado de garantizar su prestación

En la exposición de motivos al Proyecto de Ley número 90 de 2000 Senado⁸⁸, *por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre*, que posteriormente se convirtió en la Ley 769 de 2002, el legislador planteó la importancia de implementar en Colombia un registro único nacional de tránsito, con el propósito de, entre otros, tener un control de automotores, accidentes de tránsito, conductores e infractores, seguros obligatorios, empresas de transporte, organismos de tránsito, remolques y semirremolques, permisos para transportes de cargas peligrosas, así como también para eliminar problemas de corrupción en el ramo del transporte.

Lo anterior se concretó, principalmente, en los artículos 8 y 9 de la Ley 769, que, en su orden, hacen referencia al registro único nacional de tránsito (RUNT) y a las características de dicho registro, según ya se ha explicado, en particular el carácter público de dicho registro.

También se ha dicho que el RUNT es un servicio público que el Ministerio de Transporte puede prestar de forma directa, o indirectamente a través de entidades públicas o de particulares.

Se resalta que la Sala sostuvo que el RUNT, de conformidad con la ley, es un servicio público, debido a que «se encuadra dentro de la función administrativa de registro, o actividad de registro, cuya esencia es la de brindar información y dar seguridad a los actos jurídicos realizados por los asociados, para lo cual debe proceder, a inscribir o abrir las matrículas para tales actos, anotar las circunstancias que afecten o modifiquen las inscripciones iniciales, y certificar en favor de los

⁸⁸ Gaceta del Congreso de la República núm. 382 de 22 de diciembre de 2000.

interesados o del mismo Estado, sobre los hechos y actos sometidos a registro». Y, adicionalmente, porque «cuando la ley le entrega al Ministerio de Transporte la obligación de construir un Registro Único Nacional de Tránsito, en el cual se deban inscribir los actos jurídicos relacionados con los automotores, los conductores, las empresas, las sanciones etc., está organizando un servicio público mediante la coordinación total, permanente y obligatoria con todos los organismos de tránsito del país con el fin de inscribir, informar, certificar y custodiar la documentación e información que le suministren los asociados y las mismas autoridades sobre los actos y los hechos relevantes para el transporte terrestre en todo el territorio nacional, unificando los archivos e informaciones de las diferentes dependencias de policía local con esta función»⁸⁹.

En esta oportunidad, frente a sus pronunciamientos previos, la Sala agrega que, desde una óptica de principios y valores superiores, el RUNT al que se refieren los citados artículos 8 y 9 de la Ley 769 de 2002 encaja dentro del concepto de servicio público al que se refiere el texto constitucional, especialmente los artículos 365⁹⁰ y 366⁹¹, en tanto que representa una actividad que contribuye a la convivencia pacífica, al mejoramiento de la calidad de vida de la población y al bienestar general⁹².

Para la prestación del servicio público del RUNT, el Ministerio de Transporte no optó por la operación directa, sino por la modalidad del contrato de concesión a través de un colaborador de la Administración, posibilidad permitida por la Carta Política en el

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de diciembre de 2005, radicación 1629.

⁹⁰ Artículo 365. 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.

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. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

⁹¹ Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

⁹² En Sentencia C-041/03, la Corte Constitucional señaló que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado y que tienen una estrecha relación con el Estado social de derecho: Dentro de ese contexto el Constituyente otorgó especial importancia a los servicios públicos al establecer que los mismos son inherentes a la finalidad social del Estado y consagró dentro de los deberes de éste el de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 C.P.). El Capítulo 5 del Título XII de la Carta se ocupa del tema de los servicios públicos y de su estrecha relación con el Estado social de Derecho, de tal forma que no se puede concebir la existencia de éste sin que dentro de sus tareas se encuentre la de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, a través de una prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos.

artículo 365 *ibidem*, por la Ley 80 de 1993, y por el artículo 8 de la Ley 769 de 2002, aspectos que ya han sido analizados en este concepto.

En suma, de las normas constitucionales citadas, así como de la Ley 80 de 1993, artículo 3, se colige que la óptima prestación o ejecución de un servicio público supone la plena observancia de un elenco de postulados o principios, tales como la continuidad, la eficacia, la eficiencia y la efectividad.

7.2. La continuidad del RUNT y la obligación de garantizar su prestación

La Sala centrará la atención en el principio de continuidad, entendido este como un elemento cardinal del tema de los servicios públicos y la contratación de los mismos, debido a que es uno de los asuntos que interesan al Ministerio consultante.

Para definir la continuidad en materia de servicios públicos, se puede acudir, en primer lugar, a la acepción gramatical, de lo cual resulta que continuo es sinónimo de constante o, según lo define la Real Academia de la Lengua, algo que *dura, obra, se hace o se extiende sin interrupción*⁹³.

Desde una óptica de los derechos superiores, la Corte Constitucional se ha referido al principio de continuidad de la siguiente forma:

El principio de continuidad característico de los servicios públicos garantiza la posibilidad real de que la prestación del servicio sea oportuno y de él se desprende que quienes prestan el servicio no puedan realizar actos u omitir obligaciones que puedan comprometer su continuidad porque con ello limitan la efectividad en la prestación. Por ello todo lo que atente contra la debida prestación del servicio se entenderá como un acto contrario a derecho porque atenta contra el principio de la eficiencia y continuidad propio de los servicios públicos y además, el artículo 2 de la Constitución establece como uno de los fines del Estado el de garantizar la efectividad de los principios⁹⁴.

De lo dicho por la Corte, se extraen tres cuestiones de relevancia para lo que nos ocupa: *i)* la continuidad es un principio de origen constitucional aplicable a todos los servicios públicos, sin distinción alguna; *ii)* de su cumplimiento se deriva la concreción de otros principios sobre la materia, como la oportunidad y la regularidad y *iii)* el desconocimiento del principio de continuidad implica una conducta *contra legem*.

⁹³ Real Academia de la Lengua, <https://dle.rae.es/continuo?m=form>.

⁹⁴ Sentencia T-633/02, expediente T-607234. Asimismo, en sentencia SU-1010/08, la Corte estableció: Tal como se observa, la jurisprudencia constitucional establece una serie de elementos que le son propios al concepto de servicios públicos: (i) se trata de un conjunto de actividades a través de las cuales se busca satisfacer necesidades de interés general; (ii) el Estado tiene el deber de asegurar su prestación eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones para toda la sociedad y (iii) la obligación estatal puede ser satisfecha de forma directa o mediante el concurso de los particulares o de comunidades organizadas.

La doctrina también se ha encargado de definir la continuidad en el espectro jurídico que nos ocupa. Sobre el punto resulta relevante lo expuesto por el profesor Agustín Gordillo:

En razón de que trata de satisfacer una necesidad pública, el servicio público debe estar dotado, se afirma entonces, de «medios exorbitantes al derecho común», es decir, de un régimen de derecho público que asegure *la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad* del mismo.

El poder público se hace así presente a través de un régimen jurídico especial que subordina los intereses privados al interés público, fundamentalmente en razón de proteger la *continuidad* del servicio.

En efecto, de estos cuatro caracteres que hacen al *funcionamiento* del servicio público, el más importante es el de la continuidad, el cual no significa que la actividad sea *ininterrumpida*, sino tan sólo que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente. La continuidad del servicio público reside, pues, en que se satisfaga *oportunamente* —sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate— la necesidad pública. En los servicios públicos de defensa nacional, electricidad, gas, aguas corrientes, etc., la continuidad se traduce en la ininterrupción del servicio; en el servicio público de la enseñanza primaria, en cambio, la continuidad consiste en que la actividad se realice durante el año lectivo y se suspenda durante las vacaciones.

La *generalidad* significa que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio, y se comprende en una característica que a veces se menciona aisladamente: La *igualdad o uniformidad*, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones. *Regularidad* quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas⁹⁵ [Cursivas textuales].

De este modo, se concluye que la continuidad en materia de servicios públicos puede ser entendida de dos maneras: por una parte, como un principio esencial instituido en pro de los usuarios, que apunta a que se garantice una óptima prestación de las actividades correspondientes, y por otra, como un deber de la Administración, la cual puede acudir a «medios exorbitantes al derecho común», en los términos expuestos por el profesor argentino citado, así como también de los contratistas del Estado, que solo es posible excusar ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, y cuyo incumplimiento se considera como una conducta contraria al orden constitucional y legal.

De la anterior premisa queda claro que en lo que atañe al tema consultado la obligación de observar y garantizar la continuidad del RUNT, en tanto deber, no solo recae en el Ministerio de Transporte como titular del servicio, sino también en el contratista Concesión RUNT S.A., quien mediante el Contrato de Concesión No. 033 de 2007, se obligó a cumplir con un el desarrollo de un servicio público, a través del cual se concretan unas finalidades de rango constitucional (C.P. art. 365) y legal (Ley 80. Art. 3°).

⁹⁵ Disponible en [://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.gordillo.com%2Fpdf_tomo8%2Fcapitulo11.pdf&chunk=true](http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.gordillo.com%2Fpdf_tomo8%2Fcapitulo11.pdf&chunk=true). Consultado el 20 de enero de 2022.

Dado que en la consulta se pregunta sobre los «mecanismos jurídicos» para garantizar la prestación del servicio público del RUNT, procede la Sala a dilucidar dicho asunto.

7.3. «Mecanismos jurídicos» para garantizar la prestación del servicio público del RUNT

Si se llegare a la conclusión de que ha ocurrido el límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, debe resolverse la duda, sobre los mecanismos jurídicos que puede adoptar el Ministerio de Transporte para garantizar la continuidad del servicio del RUNT que no constituyan una prestación directa, bajo los supuestos consistentes en que aún no exista un nuevo operador, el cual será escogido a través del proceso de selección objetiva que adelanta el ministerio; es decir, se revisarán las posibilidades de acudir temporalmente a una figura legal, mientras el Ministerio culmina la licitación, celebra el nuevo contrato y se lleva a cabo el empalme necesario entre el actual y el futuro operador previsto en el Contrato de Concesión 033 de 2007.

Como lo dispone el artículo 8 de la Ley 769 de 2002 el Ministerio puede acudir a terceros, sean ellos un particular o una entidad estatal para el funcionamiento del RUNT, último caso que supone la aplicación del principio de colaboración interinstitucional y armónica como eje articulador de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades del Estado, previsto en los artículos 113 y 209 de la Constitución Política, que a la letra disponen:

ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

[...]

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Una de las maneras de concretar el mandato constitucional de colaboración interinstitucional es la celebración de contratos y convenios interadministrativos, figuras alternativas a las que podría recurrir el ministerio consultante para dar continuidad a la prestación del servicio del RUNT, a las cuales se refiere la Sala a continuación:

7.3.1. Los contratos interadministrativos

En aras de la brevedad, debe reiterar la Sala su doctrina sobre los contratos interadministrativos, vertida principalmente en el Concepto 2257 de 2016, que ratifica en esta oportunidad.

Teniendo en cuenta el régimen jurídico mixto que lo caracteriza, podría decirse que el contrato estatal, en sentido amplio, es el negocio jurídico de la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado, esto es, un acto bilateral en el que una parte (el contratista particular u otra entidad estatal) se obliga para con otra (entidad estatal contratante) a dar, hacer o no hacer alguna cosa en su favor, también puede ser un acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica.

El contrato estatal, en general, tiene el carácter de bilateral, oneroso, conmutativo y sinalagmático, de suerte que la entidad estatal contratante y el particular o entidad estatal contratistas, según el caso son al tiempo acreedoras y deudoras entre sí.

En el contrato estatal, sin desmedro de los fines de la contratación del Estado y de su función social, las partes son titulares de sus propios intereses a tal punto que al nacimiento del vínculo conocen el provecho que pretenden obtener y la equivalencia de las prestaciones que emanan del mismo.

Por un lado, la entidad estatal contratante persigue un interés público que consiste en la consecución de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (art. 3 Ley 80 de 1993) a través de la prestación a su favor de un servicio, la realización de una obra o el suministro de bienes.

Por otro lado, el contratista, no obstante que colabora en el logro de esos fines, busca satisfacer un interés particular, que consiste en un beneficio o provecho económico o lucro en su favor, mediante el pago de una contraprestación, precio o remuneración razonable por la satisfacción de la prestación a la que se obliga.

Ahora bien, dentro de los contratos estatales se encuentran los contratos interadministrativos que en general son los negocios jurídicos celebrados entre dos entidades públicas, mediante los cuales una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio.

De manera, que debe entenderse que el contrato interadministrativo, cuyo objeto bien podría ser ejecutado por los particulares, genera obligaciones recíprocas y patrimoniales a ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su formación

con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.

En la redacción original de la Ley 80 de 1993 no se definen los contratos interadministrativos; sin embargo, la locución «interadministrativos» se ha mencionado en diferentes disposiciones, a saber:

En primer lugar, en desarrollo del principio de transparencia, en el artículo 24, núm. 1 literal c, ordenaba que «[L]a escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: c) *Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.*»⁹⁶

En segundo lugar, en lo atinente a la garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, señalaba en el artículo 25, núm. 19, que «[L]as garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros».⁹⁷

En tercer lugar, en relación con la inclusión o no de las cláusulas excepcionales al derecho común, de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos, como medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual y los fines de la contratación, en el artículo 14, numeral 2, parágrafo se indica que «[e]n los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; (...) se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales».

En este punto, la Ley 80 de 1993 -original- ha sido objeto de modificaciones sustanciales por parte de las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, en particular en relación con el mecanismo de selección, pues si bien se mantuvo la regla general de la modalidad de contratación directa para los «contratos interadministrativos», se exceptuó para algunos tipos contractuales que se celebren con ciertas entidades públicas, entre los cuales no se encuentra el contrato de concesión⁹⁸.

⁹⁶ Numeral subrogado por el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

⁹⁷ Subrogado por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

⁹⁸ La Ley 1150 de 2007, modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, estableció lo siguiente en el literal c del numeral 4 de su artículo 2: «Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...)// 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: // c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011:> Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.//Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de

Empero, en realidad no se han definido los contratos interadministrativos, lo cual no es óbice para que pueda ser deducida su noción mediante la interpretación de las normas respectivas, con el fin de perfilar sus características.

Es así que la noción «*contrato interadministrativo*» involucra necesariamente una relación jurídica patrimonial, en la cual la Administración (entidad contratante) pretende satisfacer los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos (art. 3 Ley 80), en la medida en que estos son de su competencia exclusiva (o están a su cargo), y para el efecto se relaciona con una «*entidad ejecutora*» (contratista estatal) que colabora voluntariamente con la Administración contratante y, en tal sentido, ocupa la misma posición jurídica de un particular.

El hecho de que el contratista sea una entidad estatal y que por la calidad de las partes el contrato sea interadministrativo, en manera alguna puede cambiar la naturaleza, objeto y finalidad de la relación jurídica patrimonial.

La incidencia en la esfera patrimonial de las partes relacionadas en el contrato interadministrativo, reitera el carácter oneroso⁹⁹ de tales contratos.

Por consiguiente, con la entidad estatal contratista que se vincula de manera libre y voluntaria como colaborador de la entidad estatal contratante existirá una relación comercial de contenido patrimonial bajo la figura de un contrato y no de un convenio.

Con posterioridad a la vigencia de la Ley 1150 de 2007, se vislumbra con mayor claridad que la locución contrato interadministrativo tiene una naturaleza, alcance y finalidad diferentes a la de los convenios interadministrativos y, por ende, no son la misma figura¹⁰⁰.

Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.//<Inciso 2o. modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011:> En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad. //En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. //Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales; [...]».

⁹⁹ El contrato es oneroso «...cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro» (Código Civil, artículo 1497).

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2257 de 2016.

7.3.2. Los convenios interadministrativos

Retomando el Concepto 2257 de 2016, es claro que la Constitución Política consagra el principio de colaboración interinstitucional como eje articulador de las actuaciones estatales. De esta manera, la nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto del cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales¹⁰¹.

Se da pues un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias.

Como se ha indicado, se habla de cooperación porque la entidad pública celebra el convenio *«cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas»*.¹⁰²

Reitera la Sala¹⁰³ que esa finalidad común y ánimo de cooperación se da en el ámbito de un *«paralelismo de intereses»*¹⁰⁴, por lo que no existe preeminencia del contratante respecto del contratista, sino más bien las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o equivalencia, esto es, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

En el Concepto 1881 de 2008 esta Sala afirmó que es de la esencia del convenio interadministrativo que cada una de las entidades parte realice los cometidos estatales a su cargo, *«[p]ues es obvio que ninguna puede buscar fines públicos diferentes de aquellos que le fueron expresamente encomendados. En desarrollo de estos convenios, cada uno de los contratantes buscará ejecutar las tareas que le fueron asignadas, sin que esto signifique que necesariamente sea la misma, pues frecuentemente se trata de fines complementarios»*.

¹⁰¹ *“El objeto de los convenios de la administración implica siempre la conjunción de voluntades en torno a intereses que son mutuos compartidos por ambos contratantes. Se trata de lograr la realización de objetivos o fines que son comunes a todas las partes que celebran el negocio jurídico. Lo anterior significa excluir de esta clase de acuerdos aquellos compromisos que implican una contradicción de intereses, en los cuales las partes buscan la satisfacción de objetivos que no les son comunes”*. CHAVES Marín, Augusto Ramón. *Los Convenios de la Administración*. Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual. Editorial Temis, Bogotá. D.C., Tercera Edición. 2015. Pág. 76.

¹⁰² Vid. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1982 de 2010.

¹⁰³ Ver Concepto 2257 de 2016.

¹⁰⁴ *“El paralelismo de los intereses, del que nace el mencionado paralelismo de voluntades (y de las correspondientes declaraciones), debe considerarse, desde el punto de vista de la estructura, como el carácter diferencial básico del acuerdo con respecto al contrato, donde los intereses en conflicto reciben composición”*. MESSINEO, Op. Cit. p. 63.

Desde luego que en los convenios interadministrativos propiamente dichos es posible que cada entidad incurra en costos y gastos para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos o el pago de un precio o una remuneración.

En todo caso, es preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros).¹⁰⁵

En síntesis, los convenios interadministrativos son mecanismos de gestión conjunta de competencias administrativas que se instrumentan a través de acuerdos celebrados entre dos o más entidades públicas, en los cuales las contrayentes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación sin que ello suponga la cesión de la competencia encomendada a cada una de ellas.¹⁰⁶

De este modo, los convenios interadministrativos puros o genuinos no tienen por objeto prestaciones patrimoniales propias de los contratos o intereses puramente económicos¹⁰⁷ (es decir, destinados a obtener una ganancia). Por eso, según la jurisprudencia de la Corporación:

[...] los Convenios Institucionales, se podrían definir como todos aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2410 de 2019.

¹⁰⁶ «Los convenios se reservan en forma exclusiva para regular mediante acuerdo el cumplimiento de los fines impuestos en la Constitución y la ley. Son convenios interadministrativos los que se celebran entre entidades estatales para aunar esfuerzos que le permitan a cada una de ellas cumplir con su misión u objetivos. Cuando las entidades estatales concurren en un acuerdo de voluntades desprovisto de todo interés particular y egoísta, cuando la pretensión fundamental es dar cumplimiento a obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico, la inexistencia de intereses opuestos genera la celebración de convenios. Los convenios celebrados de esta forma deben tener un régimen especial y, por consiguiente, distinto al de los contratos». PINO Ricci, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pág. 463.

¹⁰⁷ Consejo de Estado. SCA, S3, Sentencia de 23 de mayo de 2012, Exp. 1998-01471.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

Así, es viable distinguir entre «convenios interadministrativos» de contenido patrimonial, los cuales se someterán al régimen de los contratos interadministrativos, y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia), al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común.

Dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso.¹⁰⁹

En tal sentido, deberá analizarse cada caso concreto, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no.

7.3.3. El Concepto 1629 de 2005

Con ocasión de una consulta formulada por el Ministerio de Transporte, la Sala en el concepto citado analizó los parágrafos 3 y 4 del artículo 8 de la Ley 769 de 2002. En esa oportunidad, frente a las preguntas formuladas la Sala respondió:

1. ¿Cómo se entiende la disposición del parágrafo 4 del artículo 8 de la Ley 769 de 2002, frente a la posibilidad de contratos interadministrativos o contratación directa?

En aplicación de la regla 1ª del artículo 10 del Código Civil según la cual "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general," no es posible utilizar el procedimiento de la contratación directa de la concesión del servicio público administrativo de registro denominado Registro Único Nacional de Tránsito, pues siempre debe hacerse por licitación pública y por contrato de concesión. Las entidades estatales que lo deseen, dentro del marco de su competencia, podrán concurrir a la licitación en igualdad de condiciones con los

¹⁰⁹ *"En el convenio nadie tiene interés patrimonial, en el contrato sí, quien hace las veces de contratista quiere ganar. De ahí que podamos decir que mientras que en el convenio los dos intereses son públicos, en el contrato uno de ellos es privado, como que la motivación para contratar es el lucro (...) en el contrato siempre el interés patrimonial es su motor..."* HERRERA Benjamín, citado por EXPÓSITO Vélez, Op. Cit. pág. 363.

particulares, y si se les adjudica el contrato éste será un contrato de concesión de servicio público, de carácter interadministrativo.

2. ¿Cómo se entiende la aplicación de la norma especial y posterior de la Ley 769 de 2.002 frente al estatuto general de contratación Ley 80 de 1993?

La norma especial de la ley 769 de 2002 prima sobre la general, por lo que su aplicación prevalece sobre la ley 80 de 1993.

3. ¿Si el Ministerio de Transporte puede contratar directamente la puesta en marcha por el sistema de concesión del Registro Único Nacional de Tránsito, con una entidad de carácter estatal o debe en todo caso realizar una licitación pública?

No es jurídicamente viable seleccionar el concesionario que preste el servicio público de Registro Único Nacional de Tránsito mediante contratación directa. Si las entidades públicas lo desean (siempre que esté dentro de su competencia) pueden participar en la licitación que al efecto abra el Ministerio de Transporte.

4. ¿De ser posible la contratación directa, el Ministerio de Transporte puede y debe convocar a una licitación solamente entre entidades de derecho público?

Como se ha dicho, no es posible la contratación directa en este caso

Del concepto rendido se apartó uno de los Consejeros de Estado integrante de la Sala, mediante el correspondiente salvamento de voto.

La posición restrictiva que puede inferirse del Concepto 1629, puede morigerarse si se consideran las siguientes circunstancias sobrevinientes a dicho dictamen:

- a. Como lo indica el salvamento de voto y se puede evidenciar en conceptos posteriores de la Sala, entre ellos, el 2450 de 2020, las locuciones «concesión» o «concesionario» no son unívocas, pues pueden aludir a un negocio jurídico -contrato-, o a un acto unilateral bajo la modalidad de autorización o permiso.

De esta manera, no resulta acertado sostener que los párrafos 3 y 4 del artículo 8 de la Ley 769, establezcan como única y excluyente modalidad de gestión del servicio público del RUNT, el contrato de concesión.

Lo anterior si se considera que el primer inciso del mismo artículo 8 dispone que el «El Ministerio de Transporte pondrá en funcionamiento directamente o a través de entidades públicas o particulares» el RUNT, lo cual vaciaría de efecto útil la norma.

Es claro que si el artículo 8 permite que el servicio del RUNT se preste además por una «entidad pública», no puede cercenarse la posibilidad de celebrar un contrato interadministrativo, bajo el solo argumento de que la

ley prevé en todos los casos la escogencia del contratista mediante licitación pública y la celebración de un contrato de concesión.

Recuerda la Sala que la interpretación de las normas jurídicas debe ser sistemática y armónica, por lo que debe preferirse aquella interpretación que les permita desplegar todo su efecto útil, esto es, que entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro no produzca efecto alguno, debe preferirse el primero, pues no debe suponerse que los textos legales son superfluos.

En consecuencia, el efecto útil del artículo 8, aunado a una interpretación conforme al principio constitucional de colaboración armónica, indica que es posible celebrar un contrato interadministrativo para la operación del RUNT.

- b. Se considera además, que no es lo mismo que el Estado quiera vincular capital privado para la prestación de un servicio público, que por razones justificables o de conveniencia pública, por ejemplo para asegurar de manera transitoria la seguridad y continuidad del servicio, acuda a otra entidad pública, pues así lo autoriza el artículo 8 de la Ley 769, para que preste u opere el RUNT.

En el primer caso, es que debe entenderse la limitación prevista en el Concepto 1629, de escoger al contratista mediante licitación pública y celebrar un contrato de concesión, pues la materialización de los principios de igualdad, transparencia, libre competencia y libre concurrencia vinculan a la Administración para escoger de manera objetiva, dentro de las diferentes propuestas de colaboración y vinculación del capital privado al servicio público, la que mejor consulte el interés público.

Además, la noción lógico – jurídica y naturaleza y fines económicos del contrato de concesión, son los que realizan de mejor manera la vinculación del capital privado a los fines del servicio público estatal.

- c. Para la época del concepto 1629 de 2005 no había entrado en vigencia la Ley 1150 de 2007. Este aspecto es importante, pues dicha ley modificó de manera sustancial las modalidades de selección, y si bien mantuvo la regla general de la modalidad de contratación directa para los «contratos interadministrativos», se exceptuó para algunos tipos contractuales que se celebren con ciertas entidades públicas, entre los cuales no se encuentra el contrato de concesión¹¹⁰.

¹¹⁰ La Ley 1150 de 2007, modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011, estableció lo siguiente en el literal c del numeral 4 de su artículo 2: «Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección

- d. Asimismo, para la época del concepto tampoco había entrado en vigencia la Ley 1508 de 2012, que permite la participación de las entidades públicas o mixtas en el esquema comercial previsto en dicha ley, que incluye los contratos de concesión.
- e. El Concepto 1629 de 2005 analizó problemas jurídicos diferentes a los que originan la presente consulta, pues en la actualidad se busca atender circunstancias relacionadas con la continuidad del RUNT frente al contrato de concesión 033 de 2007, el cual no se había perfeccionado para la época de ese concepto. Igualmente, para la fecha en que se emite este concepto se adelanta el proceso de selección para la escogencia de un nuevo concesionario, aspecto que, por obvias razones, tampoco fue considerado en aquel momento.

En conclusión, dadas las especiales connotaciones prácticas y de complejidad del servicio del RUNT, se estima que desde el punto de vista jurídico y fáctico sería posible celebrar un contrato interadministrativo, con una entidad que cuente con la capacidad técnica, jurídica y financiera para desarrollar la operación del RUNT, lo cual, en todo caso sería estrictamente temporal -plazo limitado mientras se concluye la licitación pública a través de la cual ha de escogerse el nuevo operador00-.

En forma adicional, le corresponderá al Ministerio de Transporte analizar, para la fecha en que pueda optar por el uso de estas causales, la situación jurídica de vigencia de las leyes especiales sobre las garantías electorales que impongan restricciones adicionales transitorias para el uso de las causales de contratación directa. Lo anterior, teniendo en cuenta las recientes decisiones judiciales que se han proferido al respecto, y los posibles pronunciamientos futuros del Consejo de Estado y de una eventual revisión de las decisiones de tutela por la Corte Constitucional¹¹¹, así como de la acción pública de inconstitucionalidad que también cursa en esta última corporación.

de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...)// 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: // c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011:> Contratos interadministrativos (...). Ver transcripción completa en el pie de página 98.

¹¹¹ La Ley 996 de 2005, en su artículo 33 estableció restricciones a la contratación directa durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, con las excepciones allí establecidas. Posteriormente, la Ley 2159 de 2021, en su artículo 124, facultó a la Nación para celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas correspondientes al Presupuesto General de la Nación y modifica parcialmente la Ley 996 de 2005. Mediante sentencia de tutela, el juez tercero administrativo de Bogotá ordenó a las autoridades que se abstuvieran de dar aplicación a esta última norma. Con posterioridad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 29 de noviembre de 2021, decretó la nulidad de todo lo actuado en el trámite de la acción de tutela y ordenó dar traslado del expediente al Consejo de Estado, conforme al artículo 1 del Decreto 333 de 2021, el cual está radicado bajo el

Pasa a examinar la Sala lo referente a la urgencia manifiesta, como último tema de la consulta formulada.

8. La urgencia manifiesta, noción y alcance. Relación de la urgencia manifiesta con el caso concreto

Ley 80 de 1993, en el artículo 42 establece que existe urgencia manifiesta:

[c]uando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o públicos.

Seguido de dicha disposición el artículo 43 de la misma norma establece:

[i]nmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Dichas normas fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-949 de 2001, al considerar que la declaratoria de urgencia manifiesta constituye una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva si se tiene en cuenta que su aplicación se encuentra sujeta a la existencia de situaciones evidentes de calamidad pública o desastre, que afecten de manera inminente la prestación de un servicio, que son circunstancias que por su propia naturaleza hacen imposible acudir al trámite de escogencia reglada del contratista. Adicionalmente dijo la Corte que la exigencia de declarar la urgencia manifiesta mediante acto administrativo motivado y remitir dicho acto, el contrato y demás antecedentes, al organismo de control fiscal, morigerará los posibles excesos que genere la aplicación práctica de la misma.

número 1100103150002021117500, según información disponible en el sistema SAMAI del Consejo de Estado. En cuanto a las demandas de inconstitucionalidad actualmente en curso, se encuentran acumuladas en el expediente D – 14522, según información obtenida de la página web de la Corte Constitucional, disponible en: www.corteconstitucional.gov.co.

A su vez, el Decreto 1082 de 2015, Por el cual se expide el Decreto único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, en el artículo 2.2.1.2.1.4.1. establece que para la contratación directa, la Entidad Estatal debe *«señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo dicha modalidad, indicando la causal, el objeto del contrato, el presupuesto para la contratación», y en caso que la causal de contratación directa sea la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declare hará las veces del acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos»*.

Sobre la urgencia manifiesta la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, contempla distintas hipótesis fácticas, específicas y autónomas, que permiten declararla, dentro de las cuales se encuentra la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación de un servicio y, la ocurrencia de situaciones excepcionales que demanden actuaciones inmediatas e imposibiliten acudir a los procedimientos de selección.

También ha aclarado el Consejo de Estado que se acude a la urgencia manifiesta, previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y que estarán sujetas al control fiscal respecto de los *hechos y circunstancias que determinaron tal declaración, a que se refiere el artículo 43 de la misma norma*. Así lo ha señalado esta Alta Corporación:

La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43 incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas. En otras palabras, si analizada la situación de crisis se observa que la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia manifiesta. Así las cosas, la imposibilidad de acudir a un procedimiento ordinario de selección de contratistas constituye un requisito legal esencial que debe ser respetado por las autoridades cuando se encuentren frente a situaciones que aparentemente puedan dar lugar a la utilización de este instrumento contractual.

En este orden de ideas, “la urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o

cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño.

Por otra parte, para la Sala resulta claro que uno de los elementos esenciales de la urgencia manifiesta lo constituye la obligación de verificar que el objeto del contrato necesita su permanencia, es decir, que se requiere garantizar por parte de la Administración la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicio. En cuanto a los requisitos formales de la declaración de urgencia manifiesta, considera la Sala que ellos se desprenden nítidamente de la lectura de los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993.

[...]

Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados¹¹².

De acuerdo con las disposiciones normativas ya señaladas, la Sala ha destacado los elementos de la urgencia manifiesta, así¹¹³:

- (i) es una excepción a los procedimientos que como regla general rigen para la selección de los contratistas del Estado;
- (ii) aplica solo cuando debe garantizarse la continuidad del servicio o conjurarse situaciones de calamidad pública, y con las reglas generales se hacen imposibles tales propósitos;
- (iii) debe ser declarada mediante acto administrativo debidamente motivado; se trata de la explícita y fundamentada voluntad unilateral de la autoridad

¹¹² Consejo de Estado. Sección Tercera sentencia del 7 de febrero de 2011, expediente: 34425.

¹¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 19 de febrero de 2019. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00229-00(C)

competente que tiene como efecto jurídico su habilitación para la celebración directa de los contratos requeridos por las situaciones que deben resolverse;

(iv) con la excepción de las reglas atinentes a su formación, perfeccionamiento y requisitos de ejecución, propios de la urgencia manifiesta que demanda el servicio, los contratos que se suscriban deben reunir los requisitos establecidos en el Estatuto General de Contratación, puesto que la figura de la urgencia manifiesta no prevé alteración alguna a tales requisitos;

(v) el mal uso de la figura es causal de mala conducta.

En síntesis, el Estatuto de la contratación estatal, su reglamento y las interpretaciones y aplicaciones jurisprudenciales y doctrinales, permiten concluir, que en el ordenamiento jurídico, las autoridades disponen de un instrumento excepcional de contratación directa para dar respuesta oportuna a los requerimientos de bienes y servicios en aquellas situaciones de interés general que, por sus características hacen apremiante su atención, siempre que se cumplan los supuestos ya señalados, lo cual deberá ser evaluado por la entidad, al momento de declararlo, y estará sujeto a control fiscal respectivo.

Bajo las consideraciones expuestas, a continuación, se analiza la figura de la urgencia manifiesta con el caso objeto de consulta.

Para el efecto, es pertinente remitirse a la transcripción que se hizo en este concepto de la cláusula 2 del contrato de concesión 033 de 2007, que corresponde a:

- i) «la prestación del servicio público del registro único nacional de tránsito (R.U.N.T)»;
- ii) que incluye «planificación, diseño, implementación, administración, operación, actualización, mantenimiento y la inscripción, ingreso de datos, expedición de certificados de información y servicios relacionados con los diferentes registros» relacionados en el parágrafo segundo de la misma cláusula;
- iii) y que debe ser prestado «...en forma continua, ininterrumpida, oportuna, eficiente, eficaz...».

Por consiguiente, se configura la primera de las hipótesis del artículo 42 de la Ley 80, para que pueda darse aplicación a la figura de la urgencia manifiesta, así:

ARTÍCULO 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro [...].

Ahora bien, el RUNT, por mandato legal recogido en el párrafo segundo de la citada cláusula, incorpora un conjunto de registros que resultan esenciales para garantizar la continuidad del servicio público de transporte dada su relación directa con los bienes, actividades y sectores de tránsito y transporte. Es pertinente resaltar la importancia de los registros públicos del RUNT en función de la seguridad de la información que se encuentra intrínsecamente vinculada al servicio público de transporte: Se lee en el laudo arbitral del 9 de agosto de 2018 (página 62):

Los registros públicos deben cumplir unas características fundamentales en función de la seguridad y la certeza que deben brindar, lo mismo que en función de la publicidad u oponibilidad de los actos, contratos, negocios y convenciones que en él se registran, todo de acuerdo con cada una de las leyes que los regulen de manera particular y concreta. Así, dependiendo de su objeto y finalidad, la ley configura las características de cada una de las clases de registros públicos y la manera de proveer su información que, como se puede apreciar, es distinta en cada caso.

La seguridad y certeza junto con la publicidad y oponibilidad, que caracterizan a estos registros públicos determinan la necesidad de garantizarlos, sin solución de continuidad, pues son de la esencia para la prestación del servicio público de transporte y para su debido funcionamiento y configuran su razón de ser, como elemento de juicio para la eventual declaratoria de la urgencia manifiesta, cuya valoración sobre su procedencia corresponde al Ministerio de Transporte.

No obstante, la revisión del ordenamiento jurídico hecha en los puntos precedentes permite concluir que la declaratoria de urgencia manifiesta para contratar directamente resulta excepcional.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala

RESPONDE:

1. «Preguntas relacionadas con el valor del Contrato 033 de 2007 suscrito entre el Ministerio de Transporte y la Sociedad Concesión RUNT S.A.

- i) *En tanto el valor del contrato es indeterminado pero determinable, y no se pactó valor inicial ni estimado del mismo, ¿cuál es la metodología que deberá emplearse para determinar su valor inicial, y sobre qué porcentaje de derechos económicos cedidos por concepto de registro y expedición de certificados debe calcularse?»*

Al no haberse pactado valor inicial o estimado en el contrato de concesión 033 de 2007, la Sala entiende que dicho valor puede determinarse así:

- a) El valor total del contrato se determina con base en el 100% del valor de las tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información durante la «Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato».
- b) La suma de TRESCIENTOS MIL MILLONES de pesos (\$300.000.000.000) «de 31 de diciembre de 2006» (oferta económica aceptada por el Ministerio de Transporte), corresponde al 91% del valor de las tarifas del contrato, el cual aparece como el estimado o aproximado por el que las partes suscribieron el contrato.

Ahora, dado que las tarifas que sirvieron de base para la oferta económica están expresadas en pesos de diciembre 31 de 2006, y que según el numeral 9.4 del pliego de condiciones de la licitación MT-001 de 2006, estas debían ajustarse al «inicio de la Concesión con la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2006 y el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato», es lógico concluir que dicho ajuste debe operar también respecto del valor inicial del contrato, el cual puede ser determinado por el Ministerio de Transporte, de conformidad con lo consignado en la presente respuesta, y en concordancia con los documentos precontractuales.

El valor inicial del contrato, ajustado en los términos anteriores, se expresará en salarios mínimos mensuales legales vigentes en la fecha del acta de inicio de ejecución del contrato.

«ii) ¿El valor inicial debe calcularse con base en el salario mínimo mensual legal vigente a la firma del Contrato –2007– o aquel vigente al momento de su estructuración financiera –2006–?»

El valor inicial del contrato de concesión 033 de 2007 determinado conforme a la respuesta anterior, debe ajustarse al «inicio de la Concesión con la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2006 y el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato». El valor así ajustado se expresará en salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha del acta de inicio.

«iii) Como el Contrato de Concesión es de tracto sucesivo, ¿para calcular el valor inicial se deben tener en cuenta los ingresos corrientes de cada año de ejecución deflactados a la fecha de celebración del contrato?»

No. En consideración a las respuestas anteriores, para el cálculo del valor inicial no se deben tener en cuenta los ingresos corrientes de cada año de ejecución deflactados a la fecha de celebración del contrato.

«iv) ¿Cómo debe calcularse el 50% del valor inicial del Contrato de Concesión No. 033 de 2007 como límite para la adición en los términos del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993?»

La Sala se remite a la respuesta dada a la pregunta i) de este numeral. En consecuencia, el valor inicial del contrato, ajustado en los términos indicados en esa respuesta, se debe convertir a salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época fecha del acta de inicio de ejecución del contrato. Ninguna adición o prórroga que se acuerde puede superar el 50% del valor inicial del contrato, así determinado.

«v) Para efectos de no superar el límite del 50% del valor inicial del contrato en los términos del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y dado que el 29 de abril de 2019 se efectuó una primera adición y prórroga al Contrato, ¿cómo deben calcularse el valor de la primera adición y el valor disponible para futuras adiciones, expresados en salarios mínimos legales mensuales?»

«vi) Para efectos de atender lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y de cara a una posible adición del Contrato, ¿cómo debe efectuarse el cálculo del valor proyectado de futuras adiciones expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes?»

Las preguntas de los numerales v) y vi) se responden de manera unificada, así:

El valor de la primera adición, así como el de cualquier otra adición o prórroga posterior, debe determinarse en la misma forma señalada para calcular el valor inicial del contrato, esto es, por el 100% del valor de las tarifas por ingreso de datos al RUNT y por la expedición de certificados de información durante el período de la respectiva prórroga.

El valor de la primera adición, celebrada el 29 de abril de 2019, y el de las demás posibles adiciones o prórrogas al contrato deben convertirse a salarios mínimos legales mensuales al momento de la celebración de tales modificaciones, y se encuentra sujeto al límite del 50% previsto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

«vii) En el laudo arbitral de [sic] 9 de agosto de 2018, se declaró a favor de la Concesión Runt S.A. la suma de \$25.592.058.088 como indemnización a título de lucro cesante y tarifas que debieron ser fijadas por el Ministerio y en consecuencia percibidas por la Concesión. En ese sentido, agradecemos se nos indique si la referida suma hace o no parte del valor inicial del contrato».

La condena por lucro cesante decretada por el Tribunal Arbitral, mediante laudo del 9 de agosto de 2018, hizo tránsito a cosa juzgada.

La referida suma no hace parte del valor inicial del contrato.

Lo anterior, porque se trata, según el laudo, de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato (artículos 1613 – 1617 C.C.), lo que implica que se deriva de una obligación prevista inicialmente en este. Por lo tanto, las sumas respectivas corresponden a valores de ejecución del contrato y no al valor inicial, establecido en la forma señalada en este concepto.

2. «Preguntas relacionadas [sic] con la prórroga del Contrato

- i) Con el propósito de no superar el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ¿cómo debería calcularse el plazo límite de prórroga del Contrato de Concesión número 037 [sic] de 2007?»*

La Sala remite a las respuestas de las preguntas iv) y v) del numeral 1.

En forma adicional, se precisa que las prórrogas a los contratos de concesión de servicios públicos son de carácter excepcional e implican, por regla general, una adición al valor del contrato. En esa medida, deben ser valoradas en dinero, de la forma explicada en este concepto, y están sujetas al límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esta regla debe interpretarse de forma estricta, en armonía con los principios constitucionales y legales de la contratación estatal.

3. «Preguntas relacionadas con la continuidad de la prestación del servicio público del Registro Único Nacional de Tránsito – RUNT

- i) ¿Qué mecanismos jurídicos puede adoptar el Ministerio de Transporte entidad estatal contratante, que no constituya una prestación directa del servicio por su parte, para garantizar la prestación del servicio público del RUNT en caso de ocurrir el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y bajo el supuesto que aún no existe nuevo operador designado para operar el RUNT y/o que no haya culminado el empalme del actual contratista con el futuro operador?»*

En caso de ocurrir el límite legal consagrado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y bajo el supuesto de que aún no exista un nuevo concesionario del RUNT designado y en operación, se prevén en el ordenamiento jurídico dos causales de aplicación excepcional y transitoria para garantizar la continuidad de este servicio público, a saber: *i)* la celebración de un contrato interadministrativo y *ii)* la declaratoria de urgencia manifiesta, teniendo en cuenta, además, las leyes especiales que impongan restricciones adicionales, de acuerdo con las consideraciones de este concepto.

- «ii) Considerando un eventual riesgo en la continuidad del servicio público, de cara al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, ¿el Estado puede declarar la*

urgencia manifiesta para hacer una contratación directa con el operador actual u otro prestador?»

La entidad estatal puede declarar la urgencia manifiesta bajo el supuesto de que se cumplan o configuren las precisas causales que establece el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, cuyo alcance fue explicado en este concepto. La valoración sobre su procedencia, en el caso que nos ocupa, corresponde al Ministerio de Transporte.

Remítase al Ministerio de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Presidenta de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LOPEZ
Consejera de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala