



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN A
Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez

Radicado: 25000233600020150234601 (62.508)

Actor: Secretaría Distrital de Movilidad y otro

Demandado: Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad y otros

Asunto: Controversias contractuales

ACLARACIÓN DE VOTO

De manera respetuosa paso a exponer las razones que me llevaron a aclarar mi voto frente a la decisión del 18 de marzo de 2024, así:

1. Correspondió a la Sala determinar la nulidad absoluta del otrosí n.º 4 a la concesión n.º 071 de 2007. Dicho contrato entregó el servicio de registro distrital de automotores, conductores y tarjetas de operación al consorcio Servicios Integrales para la Movilidad - SIM-.

2. Aunque comparto la decisión de fondo de anular el referido modificatorio y negar las restituciones mutuas, me permito referirme a algunos aspectos que hacen parte de las justificaciones de dicha decisión.

3. En particular, considero necesario aclarar mi posición sobre los siguientes apartes y todos aquellos que contenga una idea similar:

35. Por sus características más destacadas el rol del concesionario se concibe como el sujeto que adquiere la calidad de “dueño del proyecto” -sin perjuicio de que la concesión se ejecuta “bajo la vigilancia y control de la entidad concedente” art. 32 ib.- y, por ende, asume los riesgos técnicos y operativos asociados a esta condición como, en particular, la responsabilidad de realizar su cierre financiero. (...)

72. En este punto, la Sala recuerda la característica de que el contrato de concesión se celebra por cuenta y riesgo del concesionario, de modo que éste se obliga a la ejecución operativa, financiera y técnica del proyecto en el marco legal de este tipo de negocio jurídico y le corresponde asumir los riesgos asociados al mismo.

4. Aunque comparto que el elemento por “cuenta y riesgo” es fundamental en la construcción de un concepto sobre el contrato de concesión, considero, a diferencia de lo

que sugiere la mayoría, que no es el punto central y determinante del mismo. Un análisis aislado de dicho elemento lleva a unas conclusiones muy generales y amplias, tales como la de catalogar al concesionario como “*dueño del proyecto*” y, además, que “*se obliga a la ejecución operativa, financiera y técnica del proyecto (...) y le corresponde asumir los riesgos asociados al mismo*”.

5. Considero que el análisis del elemento por “*cuenta y riesgo*” debe acompañarse con el de la “*vigilancia y control de la entidad estatal concedente*”, que también incorpora el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior pone de presente una colaboración de parte de quien nunca se desvincula del servicio, bien u obra, la entidad estatal contratante y de su concesionario.

6. Por lo tanto, es muy genérico afirmar que el concesionario es el “*dueño del proyecto*” o, lo que es lo mismo, que asume todo el peso del mismo. Como la mayoría lo puso de presente, el contrato de concesión es un negocio financiero. La doctrina, aunque en el marco de la concesión de obra, pero cuyas conclusiones resultan pertinentes, ha señalado que la expresión por “*cuenta y riesgo*” se concreta en que “*todo, en principio, lo debe poner el concesionario, pero todo, igualmente, lo debe recuperar el mismo*”¹. Considero que este alcance debería ser, en principio, el de la expresión en comento, sin llegar al punto de catalogar al concesionario como dueño y único responsable del proyecto.

7. Aunque los elementos distintivos del contrato de concesión no son del todo claros, hasta el punto de catalogarse de “*imposibles*”², estos parecen descansar en que el concesionario “*toma a su cargo la obligación de poner a funcionar la obra [en este caso el servicio] y mantenerla en funcionamiento*”³, claro está, bajo la continua y permanente vigilancia y control de la entidad estatal concedente. De manera que no se puede desplazar el papel relevante que esta última juega en el desarrollo de dicho contrato, mucho menos catalogar llanamente al concesionario como “*dueño del proyecto*”.

8. Frente a las restituciones mutuas creo que siempre se debe ir más allá del argumento de su improcedencia para los contratos de tracto sucesivo, enteramente atendible en el derecho privado. En lo público, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, además del requisito “*a sabiendas*”, que se ha estructurado vía pretoriana, solamente las condiciona a que la entidad estatal se haya beneficiado. Esto último se descarta en este asunto, por cuanto,

¹ Eduardo Fonseca Prada, ¿Qué es el contrato de concesión de obra y en qué se distingue del simple contrato de obra?. En Revista de Derecho Público n.º 17, Universidad de los Andes, p. 33.

² *Ibíd*, p. 27.

³ *Ibíd*, p. 28.

como lo señala la sentencia “*el plazo de 6 años adicionales a la concesión acordado bajo el otrosí 4 absorbió en sí mismo tanto el costo de explotación del servicio como la construcción de la nueva edificación pactada, sin posibilidad de un reconocimiento diverso a la propia operación y sus resultados*”.

En los anteriores términos dejo expresada mi aclaración de voto.

Respetuosamente,

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada

Fecha ut supra.