CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Expediente:	**05001233100020070327901 (56.449)**
Demandante:	**Inversara Ltda.**
Demandado:	**Municipio de Medellín**
Acción:	**Controversias contractuales**
Asunto:	**Sentencia de segunda instancia**

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia que profirió la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

La controversia versa sobre la legalidad de las resoluciones a través de las cuales el municipio de Medellín negó el reconocimiento de cuatro mil doscientos veintitrés millones novecientos noventa y dos mil doscientos pesos ($4.223’992.200,oo) por concepto de costos de parqueadero asociados a la custodia de 905 vehículos inmovilizados por las autoridades de tránsito que no fueron retirados por los infractores del establecimiento de propiedad de Inversara Ltda. al momento de finalizar el convenio No. 167 de 2001, celebrado con dicho municipio con el objeto de autorizar la custodia de los referidos vehículos. Además, la demandante pretende la nulidad de las resoluciones a través de las cuales el municipio liquidó unilateralmente el referido convenio y determinó que no había saldos a favor de Inversara Ltda.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 7 de mayo de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia resolvió:

> *“**PRIMERO**. **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda interpuesta por **INVERSARA LLIMITADA** [sic], en contra del **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** en ejercicio de la acción de CONTRACTUAL [sic], de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO**. **NO CONDENAR** en costas en este proceso, conforme el artículo 171 CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.*
>
> ***TERCERO.** A la ejecutoria de la presente providencia, dispóngase el archivo del proceso.”*[1]

[1] Folio 523, cuaderno del Consejo de Estado.

2. El anterior proveído decidió la demanda[2] presentada el 23 de noviembre de 2007[3] por Inversara Ltda. (en adelante, Inversara o la demandante), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos fueron los siguientes:

Pretensiones

3. La demandante formuló las siguientes pretensiones[4]:

> *"**PRIMERA:** Que se declare la existencia del CONVENIO 167 de 2001, celebrado entre el Municipio de Medellín y la sociedad Inversara Ltda.*
>
> ***SEGUNDA:** Se declare la NULIDAD de la **Resolución 335** de mayo 8 de 2007, por medio de la cual se decidió la reclamación contractual presentada por la sociedad demandante, proferida por el la [sic] Secretaría de Transportes y Tránsito del Municipio de Medellín.*
>
> *Lo anterior, por cuanto desconoce la obligación del Municipio de Medellín de cancelar a Inversara Ltda. en virtud del convenio 167 de 2001, el valor adeudado por el servicio de custodia que le prestó a los vehículos que entregó a esta en virtud de la terminación del convenio referido.*
>
> ***TERCERA:** Se declare la NULIDAD de la **Resolución 477** de junio 25 de 2007, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 335 del 8 de mayo de 2007, proferida por la Secretaría de Transportes y Tránsito del Municipio de Medellín.*
>
> ***CUARTA:** Se declare la NULIDAD de la **Resolución 519** de julio 9 de 2007, por medio de la cual se LIQUIDA UNILATERALMENTE EL CONVENIO 167 DE 2001, proferida por la Secretaría de Transportes y Tránsito del Municipio de Medellín, por cuanto mediante dicho acto, procedió a liquidar en ceros (0) el convenio 167/2001.*
>
> ***QUINTA:** Se declare la NULIDAD de la **Resolución 742** de agosto 30 de 2007, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 519 de julio 9 de 2007, por medio de la cual se LIQUIDÓ UNILATERALMENTE EL CONVENIO 167 DE 2001, proferida por la Secretaría de Transportes y Tránsito del Municipio de Medellín.*
>
> ***SEXTA:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se restablezcan los derechos violados a la sociedad representada por mi poderdante y se ordene:*
>
> - ***A.** El reconocimiento y pago a Inversara Ltda. por parte del Municipio de Medellín de **Cuatro mil Doscientos Veintitrés Millones, Novecientos Noventa y Dos mil Doscientos Pesos ($4.223'992.200)** suma representada en el valor que por concepto del ejercicio de la función administrativa de servicio de custodia de vehículos inmovilizados por las Autoridades de tránsito prestado al Municipio de Medellín sobre 905 vehículos inmovilizados que a la terminación del mismo no habían sido retirados del patio Asomotos, establecimiento de propiedad de la sociedad Inversara Ltda. conforme a las actas de recibo suscritas por el Municipio de Medellín.*
>
> - ***B.** El reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde el 11 de enero de 2007, fecha de la terminación del convenio y hasta la fecha de presentación de la demanda, los cuales ascienden a la suma de*

[2] Folios 1 a 67, cuaderno 1.
[3] La fecha de presentación de la demanda consta en el sello impuesto por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folio 67, cuaderno 1).
[4] Folios 1 y 2, cuaderno 1.

Ochocientos sesenta y Dos Millones Quinientos Treinta y Cuatro mil Setenta y Cuatro pesos ($862'534.074).

C. *El reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados con posterioridad a la presentación de la demanda y hasta la fecha de solución o pago efectivo de cada una de las obligaciones a cargo del Municipio de Medellín.*

SÉPTIMA: *Que se condene en costas a la parte demandada.*

OCTAVA: *Que se de aplicación a los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo".*

Hechos

4. En apoyo de sus peticiones, Inversara relató, en síntesis, los siguientes hechos:

4.1. Señaló que a través de la Resolución No. 1574 del 4 de octubre de 2001, el Alcalde del municipio de Medellín autorizó a que, previa celebración de un convenio de los que trata el artículo 111 de la Ley 489 de 1998, las personas naturales o jurídicas que tuvieran acreditada especialidad, prestaran el servicio de custodia de los vehículos inmovilizados por las autoridades de tránsito de la ciudad. En virtud de dicha autorización, y previa convocatoria pública, Inversara presentó oferta, la cual resultó adjudicataria del convenio con dicho objeto, de conformidad con la Resolución No. 581 del 7 de diciembre de 2001.

4.2. Indicó que el 18 de diciembre de 2001, Inversara y la Alcaldía de Medellín suscribieron el convenio No. 167 cuyo objeto consistió en que aquella ejerciera la función administrativa de custodia de los vehículos inmovilizados, a través del parqueadero particular de su propiedad denominado Asomotos —el cual recibiría el tratamiento de patio oficial, de conformidad con la sección 2.1 de los términos de referencia—. Agregó que en los términos de referencia de la convocatoria se precisó que Inversara solo podría cobrar por la prestación del servicio las tarifas vigentes del mercado, con sujeción a los límites máximos fijados por el municipio de Medellín (en adelante, el Municipio o el demandado), pero que, para efectos fiscales, el convenio tendría un valor de $233'570.400 por el primer año y, en adelante, el valor que arrojara la multiplicación del tiempo que duraran retenidos los vehículos por la tarifa correspondiente al servicio prestado; en el convenio se precisó que para su ejecución no se requería de compromiso presupuestal por parte del Municipio.

4.3. Manifestó que la ejecución del convenio No. 167, demandó el concurso de las autoridades del Municipio, dado que: (i) estas eran las que inmovilizaban el vehículo del presunto infractor y lo llevaban al parqueadero Asomotos; (ii) una vez el rodante ingresaba, Inversara realizaba un inventario del vehículo inmovilizado, que era anexado a la orden de comparendo; (iii) el vehículo quedaba bajo la custodia de Inversara hasta que el infractor lo reclamara, previa presentación de una orden de salida expedida por el inspector de tránsito; y (iv) el infractor le pagaba a Inversara el valor del servicio de custodia prestado desde el momento de la inmovilización hasta el día de retiro, conforme las tarifas establecidas en el Acuerdo 038 de 2001.

4.4. Precisó que la demanda está dirigida a que el Municipio le reconozca los costos derivados de la custodia de los 905 vehículos que fueron inmovilizados por las autoridades de tránsito durante la ejecución del convenio, pero que no fueron retirados por los infractores a la fecha de su finalización. Precisó que el convenio No. 167 de 2001 tuvo un plazo de duración de 5 años, el cual venció el 11 de enero de 2007, fecha en la que cesó la autorización para ejercer la función administrativa de custodia sobre los bienes inmovilizados y, por ende, a partir de esa fecha debían ser entregados de vuelta al Municipio.

4.5. Aseveró que, durante la ejecución del convenio, la demandante le puso de presente al Municipio sus inquietudes sobre la manera de proceder con los vehículos inmovilizados que no eran reclamados por los infractores y le solicitó que recibiera dichos vehículos en los patios oficiales, planteamientos que formuló mediante comunicaciones 200400076625 del 24 de agosto de 2004, 200400023629 del 16 de marzo de 2004, 200500031036 del 6 de abril de 2005 y 200500045398 del 1º de mayo de 2005; sin embargo, pese a que el demandado reconoció la ocurrencia del problema, no ofreció alternativas de solución ni aceptó trasladar dichos vehículos a sus patios oficiales.

4.6. En respuesta al oficio No. 200600202074 del 10 de julio de 2006, remitido por la Secretaría de Transporte y Tránsito del Municipio a Inversara en el que le solicitó entregar una lista con los vehículos que llevaban parqueados más de 6 meses sin ser reclamados junto con el costo proyectado por su custodia a 31 de diciembre de 2006, el 1º de agosto de 2006, Inversara manifestó que los costos asociados a esa cartera se proyectaban en $5.032’111.738; agregó que mediante oficio No. 200600235579 del 16 de agosto de 2006, la Subsecretaria Legal de la Secretaría de Transporte le solicitó al Subsecretario Administrativo de dicha entidad que incluyera en el presupuesto de 2007 la cartera vencida reportada por Inversara. Este último le solicitó a la Secretaría de Hacienda del Municipio que asignara el presupuesto indicado mediante oficio No. 200600244074 del 24 de agosto de 2006, lo que, aseveró, evidenciaba que el Municipio reconocía una obligación a su cargo y a favor de Inversara.

4.7. Expuso que el 10 de enero de 2007, la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio acudió al parqueadero Asomotos con el fin de recibir los 905 vehículos inmovilizados que se encontraban en ese lugar, para lo cual se levantó un acta de entrega de cada uno de los automotores, junto con los respectivos inventarios —los cuales no arrojaron ninguna inconsistencia— y la liquidación individual del valor adeudado por el Municipio como usuario del servicio de custodia, lo cual arrojó un valor total de $4.223’992.200.

4.8. Precisó que el 5 de febrero de 2007, el interventor del convenio suscribió el acta de recibo a satisfacción de todos los vehículos entregados a la Secretaría de Tránsito y Transporte en la cual se consignó que el valor liquidado por el servicio de custodia era de $4.381’931.400 —aunque aclaró que el valor real es el relacionado en el hecho anterior—; a partir de este momento dicha Secretaría comenzó a trasladar los vehículos a sus propios patios.

4.9. Señaló que, durante el trámite de liquidación bilateral, el Municipio cambió abruptamente de posición porque comenzó a cuestionar la existencia de la obligación derivada de la custodia de los bienes no reclamados por los infractores, por lo cual la demandante solicitó la suspensión de dicho trámite y la remisión del desacuerdo al Comité de Controversias Contractuales del Municipio. De esta manera, en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 1505 de 2004 proferido por el Alcalde del Municipio, el 19 de abril de 2007, la demandante le presentó al anotado comité una reclamación dirigida a que se le reconociera el valor del servicio de custodia. Sin embargo, esta solicitud fue resuelta negativamente mediante Resolución No. 335 del 8 de mayo de 2007, en la que el Municipio sostuvo que el contrato era de concesión, por lo cual la demandante no tenía derecho al reconocimiento de los costos reclamados.

4.10. Afirmó que el 16 de mayo de 2007 presentó recurso de reposición contra dicha decisión, la cual fue confirmada mediante Resolución No. 477 del 25 de junio de 2007 en la que se reiteró que el contrato de concesión no generaba erogación a cargo del Municipio y que Inversara debía cobrar el valor por el servicio de custodia a los infractores directamente.

4.11. Narró que el trámite de liquidación bilateral finalizó sin acuerdo el 11 de mayo de 2007, por lo cual el Municipio profirió la Resolución No. 519 del 9 de julio de 2007, que le fue notificada a la demandante después de que vencieran los 2 meses con los que contaba el Municipio para liquidar unilateralmente el convenio. El 24 de julio de 2007, Inversara presentó recurso de reposición contra dicha decisión, la cual fue confirmada mediante Resolución No. 742 del 30 de agosto de 2007.

4.12. Afirmó que, con posterioridad a la liquidación del convenio, el Municipio exhortó a los propietarios de algunos de los vehículos inmovilizados no retirados durante el plazo del convenio No. 167 a acudir a las instalaciones de Inversara para que la demandante les cobrara el valor del servicio de custodia, no obstante que ya había cesado en sus "*funciones administrativas*".

4.13. Relató que, mediante fallo del 13 de marzo de 2007, el Juzgado 38 Penal de Control de Garantías del municipio de Medellín tuteló los derechos fundamentales de un presunto infractor que solicitó que se le cobrara el valor del servicio de custodia para poder retirar su vehículo. En dicho fallo, el juzgado desvinculó a Inversara y encontró que la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio vulneró los derechos del accionante, en soporte de lo cual afirmó que con el vencimiento del convenio No. 167 Inversara había cesado de ejercer funciones administrativas por lo cual la obligación estaba a cargo del Municipio y que no era atendible que este le trasladara esa carga a la demandante. Agregó que dicha decisión fue confirmada mediante fallo del 26 de abril de 2007 proferido por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín.

4.14. Señaló que, con el mismo razonamiento, el 13 de abril de 2007, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Medellín tuteló los derechos de otro presunto infractor y resolvió que la Secretaría de Tránsito y Transporte era la única responsable por dicha vulneración, por lo que desvinculó a Inversara; agregó que el 28 de junio de 2007, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín confirmó dicha decisión.

Los fundamentos de derecho de la demanda

5. En el acápite de fundamentos de derecho, la demandante señaló que las resoluciones impugnadas violan las siguientes normas jurídicas: los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 83 y 90 de la Constitución Política; los artículos 1493 a 1497 del Código Civil; los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 9, 11, 12, 13, 30, 31, 34, 35, 44, 47, 48, 50, 59, 84, 85, 87, 132, 141, 176, 178, y 206 del Código Contencioso Administrativo (CCA); los artículo 110 a 114 de la Ley 489 de 1998; los artículos 125, 163, 167 y 230 del Código Nacional de Tránsito —citó tanto el Decreto 1344 de 1970 como la Ley 769 de 2002—; el Decreto 1505 de 2004 proferido por el Alcalde del Municipio, el Acuerdo 038 de 2001 expedido por el Concejo de Medellín y la Resolución 1574 de 2001. El concepto de violación de estas disposiciones lo concretó en los siguientes cargos:

5.1. *Violación del principio de legalidad y del derecho al trabajo.* En relación con este cargo, el demandante adujo que el Municipio incurrió en un trato injusto e inequitativo del contratista al dejar de reconocerle la contraprestación por la labor de custodia de unos vehículos; al lado de esto, se vulneró el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 al dejar de pagar las compensaciones e indemnizaciones a que Inversara tenía derecho.

5.2. Consideró que los actos demandados vulneran el artículo 230 del Código Nacional de Tránsito[5] y la sentencia T-1000 de 2001 proferida por la Corte Constitucional en los que se estableció que los prestadores del servicio de patios oficiales no tenían una relación contractual con los presuntos infractores, por lo que el pago de los servicios de custodia está a cargo del Municipio y no de los presuntos infractores; así, señaló que la función administrativa de custodia delegada por el Municipio a la demandante cesó a partir del 11 de enero de 2007, por lo cual desde esa fecha el demandado tenía la obligación de reconocer los servicios que la demandante le prestó sobre los bienes inmovilizados y no retirados.

5.3. *Violación del derecho al debido proceso.* (i) En relación con la Resolución No. 335, a través de la cual se resolvió la reclamación de la demandante, afirmó que el Municipio no tuvo en cuenta los argumentos presentados por Inversara en el escrito de reclamación del 19 de abril de 2007, supuestamente por ser extemporáneo, lo que no era procedente porque la demandante presentó sus planteamientos en el término de 2 meses previsto en el artículo quinto del Decreto 1505 de 2004; (ii) en relación con la liquidación unilateral, sostuvo que el Municipio expidió la Resolución No. 519 del 9 de julio de 2007, pero que la notificó el 16 de julio de dicho año, con lo cual los 2 meses contados desde el 11 de mayo de 2007 —fecha en la que fracasó el intento de liquidación bilateral— para que el Municipio liquidara unilateralmente el convenio vencieron, de lo que se dejó constancia en la diligencia de notificación.

5.4. *Violación del principio de buena fe.* Afirmó que el demandado actuó en contra de la buena fe porque, a pesar de que debió tener conocimiento de la circunstancia

[5] La demandante señaló que el Decreto 1344 de 1970 es la norma que resulta aplicable al caso concreto porque el convenio No. 167 de 2001 se celebró antes de la entrada en vigencia de la Ley 769 de 2002 —nuevo Código Nacional de Tránsito—, el cual en su artículo 163 estableció que "*[l]as actuaciones en curso continuarán sujetas a las disposiciones con base en las cuales se iniciaron*".

de que algunos de los vehículos inmovilizados no serían retirados, decidió no comunicarla a la demandante, por lo cual, debe estar llamado a soportar los efectos económicos derivados de esa circunstancia.

5.5. *Rompimiento del equilibrio económico del contrato.* Indicó que el Municipio incumplió con el mandato establecido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 porque Inversara debió asumir un riesgo anormal y extraordinario derivado de la circunstancia de que algunos infractores no retiraron sus vehículos.

5.6. *Violación del convenio No. 167 y de sus términos de referencia.* La demandante afirmó que el Municipio vulneró los acuerdos al pretender calificar el convenio No. 167 como un contrato de concesión, cuando en los documentos del negocio jurídico y en su cláusula décima octava se precisó que se regía por el artículo 111 de la Ley 489 de 1998; así, esta interpretación se elaboró con el fin de derivar una exclusión de su responsabilidad de pagar el servicio prestado por Inversara.

5.7. *Falsa motivación y desviación de poder.* Adujo que el Municipio pretendió exigirle a Inversara que adelantara procesos ejecutivos en contra de los infractores para solucionar el valor del servicio de custodia, —pese a contar con la prerrogativa pública del cobro coactivo—, lo que para la demandante era un imposible jurídico dado que no celebró negocio jurídico alguno con ellos, al lado de lo cual consideró que el Municipio actuó dolosamente porque aplicó arbitrariamente el procedimiento de reclamación y desechó por extemporáneo el escrito de reclamación, con la finalidad de adoptar una decisión contraria a derecho.

5.8. *Enriquecimiento sin causa.* Manifestó que el Municipio percibió un beneficio derivado de la custodia de los 905 vehículos inmovilizados, pero pretende lucrarse injustificadamente a costa de la demandante.

Los argumentos de defensa del demandado

6. El Municipio contestó la demanda y se opuso a todas las pretensiones. Como razones de defensa, formuló las excepciones que denominó "*ineptitud de la demanda*", "*inexistencia de la obligación*", "*falta de causa para pedir*" y la "*genérica*", que desarrolló con los siguientes argumentos:

6.1. Precisó que en el convenio No. 167 de 2001 no obligaba al Municipio a realizar ninguna apropiación presupuestal porque su ejecución no generaría erogación alguna a su cargo. Señaló que de esta estipulación se sigue que el servicio de custodia no le era prestado al Municipio sino a los infractores, lo que se corrobora porque era Inversara la que liquidaba y cobraba a ellos el valor del servicio, valores que fueron fijados y recaudados por la demandante —según los límites máximos de las tarifas reguladas—, hechos en los que el Municipio no estuvo involucrado.

6.2. Manifestó que la autorización administrativa instrumentada a través del convenio No. 167 fue expedida con base en varias normas de índole municipal que debieron ser demandadas en su integridad por tratarse de un acto administrativo

complejo; así las cosas, dado que no se atacó la validez de dichas normas municipales, la demanda es inepta, lo que debe dar lugar a un fallo inhibitorio.

6.3. Señaló que en los términos de referencia que originaron la celebración del convenio se precisó que se concedería una autorización administrativa a favor de los proponentes que resultaran seleccionados, que el pago del servicio que se prestara estaría a cargo del usuario —no del Municipio— y que el proponente declaraba conocer el contenido de los términos de referencia y de aquellas circunstancias que podían afectar la ejecución de la autorización.

6.4. Aseveró que no era procedente restablecer el equilibrio económico del convenio porque su ejecución no generó ninguna erogación a cargo del Municipio, en tanto el numeral 6º del artículo 125 de la Ley 769 de 2002 estableció que la remuneración del servicio de parqueadero estaba a cargo del propietario del vehículo inmovilizado, disposición que hace parte integral del convenio.

6.5. Indicó que, aunque es cierto que el Municipio profirió los oficios reconociendo la dificultad que aparejaba la falta de retiro de los vehículos por parte de los infractores, no hizo reconocimiento de deuda alguna, lo cual solo podía hacer el ordenador del gasto luego de surtirse un trámite de aprobación y previa expedición de disponibilidad presupuestal. Agregó que, tal y como se planteó en el concepto jurídico No. 89 de 2004 —que no aportó al expediente—, el Municipio no podía adelantar procesos de cobro coactivo contra los propietarios porque esas obligaciones eran ajenas al demandado, por lo que era Inversara la que debía adelantar los procesos ejecutivos para reclamar las obligaciones insolutas.

6.6. Aclaró que en la Resolución No. 477 de 2007, el Municipio no calificó el convenio No. 167 como un contrato de concesión, sino tan solo elaboró un símil respecto de este contrato con la autorización administrativa, en el sentido de afirmar que su ejecución no generaba obligación a cargo de él.

6.7. Afirmó que el Municipio liquidó oportunamente el contrato, incluso si la notificación se practicó con posterioridad a dicha fecha.

6.8. Precisó que los fallos de tutela no resolvieron el aspecto relativo a la titularidad de la cartera que aquí se discute y que el Municipio nunca instó a los usuarios a interponer acciones de tutela en contra de la demandante; sí reconoció que remitió a los infractores a los parqueaderos de Inversara, pero que lo hizo con el convencimiento de que era esta sociedad la que debía hacer el cobro del servicio.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

7. Para negar las pretensiones de la demanda[6], el *a quo* consignó las siguientes razones:

7.1. Partió de caracterizar el Convenio No. 167 de 2001 como un contrato de concesión, sujeto a la Ley 80 de 1993. Así concluyó que todos los costos asociados a derechos de parqueadero corrían por cuenta del infractor y no a cargo del

[6] *Ver* folios 508 a 523, cuaderno del Consejo de Estado.

Municipio dado que el artículo 127 de la Ley 769 de 2002 establece que, en todos los casos, el servicio de custodia está a cargo del infractor y no del Estado.

7.2. Indicó que la Resolución No. 1574 del 4 de octubre de 2001 a través de la cual se autorizó la transferencia de la función administrativa a los particulares, precisó con claridad que la ejecución del convenio no causaría erogación alguna a la entidad pública pues serían los usuarios los que cancelarían el valor del servicio de custodia, por lo cual el valor del contrato tan solo se convino para efectos fiscales. Añadió que esta misma disposición quedó recogida en los términos de referencia y en el propio convenio, por lo que el hecho de que Inversara no podía cobrarle suma alguna al Municipio fue conocido y aceptado por ella, por lo que no era dable ir en contra de este acto.

7.3. Señaló que la interpretación del convenio No. 167 propuesta por Inversara en la demanda no era atendible porque implicaría afirmar que la demandante solo se beneficiaba de la ejecución de la autorización y que los riesgos aleatorios inherentes a este tipo de convenios eran de cargo del Municipio, lo que no era de recibo. Dijo que la ejecución de este tipo de convenios entrañaba un riesgo inherente consistente en que los infractores no reclamaran sus vehículos, lo cual no podía ser calificado como imprevisible, ajeno o extraño, de lo que se seguía que no era procedente restablecer el equilibrio económico presuntamente roto en los términos reclamados en la demanda.

7.4. Expresó que, incluso, si en gracia de discusión se admitiera que este riesgo era imprevisible, la demandante no acreditó que el costo asociado a la custodia de los vehículos no reclamados le significó una pérdida considerable, ni probó la incidencia de este hecho en la cláusula de equilibrio financiero del convenio, en tanto no aportó pruebas relacionadas con los ingresos de la explotación de la autorización ni contrastó esta información con el costo reclamado, por lo cual no acreditó el fundamento para restablecer el equilibrio.

7.5. Precisó que la sentencia T-1000 de 2001 no era aplicable al caso porque se analizaron las medidas de retención provenientes de autoridad judicial en el marco de procesos penales, mas no la inmovilización por infracciones de tránsito, que tienen regímenes y normas diferentes.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

8. El 2 de junio de 2015, Inversara interpuso recurso de apelación[7] contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que sea revocada en su integridad y, en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda. Fundó su impugnación en los siguientes argumentos:

8.1. Afirmó que el convenio No. 167 de 2001 —que juzgó existente y eficaz— no es un contrato típico de aquellos que consagra la ley, por lo que las partes, en

[7] La sentencia del 7 de mayo de 2015 fue notificada mediante edicto del 15 de mayo de 2015 que fue desfijado el 20 de mayo de 2015 (folio 524, cuaderno del Consejo de Estado). El término de 10 días para interponer y sustentar el recurso según el artículo 212 del CCA vencía el 3 de junio de 2015 (los días 23, 24, 30 y 31 de mayo fueron inhábiles). El recurso de apelación fue presentado y sustentado por el municipio el 2 de junio de 2015 (folios 525 a 534, cuaderno del Consejo de Estado), por lo que es oportuno.

ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar todas las cláusulas que no contravengan el orden público. Sin perjuicio de lo anterior, en este caso no se reguló qué parte asumiría el costo asociado a la custodia de los vehículos no reclamados durante la fase de liquidación del convenio, vacío que debe suplirse a partir de la respuesta a la pregunta sobre qué parte es la que está facultada para hacer efectiva la acción de cobro en contra del propietario del bien inmovilizado y a partir de la aplicación del principio de responsabilidad del Estado que dicta que los particulares no deben asumir cargas injustificadas.

8.2. No desconoció que en el contrato y en los términos de referencia se precisó que la ejecución del convenio no generaría erogación para el Municipio, pero manifestó que de esta disposición no se sigue que durante la fase de liquidación del convenio el demandado no tendría que pagar suma alguna. Precisó que la controversia debió analizarse únicamente en la fase de liquidación y, con esa óptica, valorarse las pruebas que el Tribunal omitió, como: (i) las comunicaciones y oficios cruzados por las partes en los que se ponía de presente la dificultad asociada al no retiro de los vehículos por parte de los infractores y en los ue la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio afirmó la necesidad de apropiar recursos del presupuesto para pagar la cartera de vehículos no retirados; (ii) el proyecto de acta de liquidación bilateral; (iii) los fallos de tutela, y (v) las 905 actas individuales de entrega de los vehículos de Inversara al Municipio.

8.3. Manifestó que la sentencia T-1000 de 2001 sí era aplicable al caso porque en ella se estableció que el infractor y el propietario del parqueadero donde se inmovilizaba el vehículo no tenían relación alguna, de lo que se sigue que Inversara no tenía razones fácticas o jurídicas para hacer el cobro directo del valor del servicio de custodia a los usuarios. Además, señaló que el 21 de noviembre de 2010 se enteró por prensa de una circunstancia sobreviniente —que no fue valorada por el Tribunal— consistente en el inicio de un proceso de cobro coactivo del Municipio a un infractor por los servicios de parqueo y grúa, lo que, a su juicio, corrobora que era el demandado el que debía adelantar estas acciones para asegurar el pago del servicio de custodia.

8.4. Señaló que, de tiempo atrás, el Municipio conocía que ciertos vehículos no eran retirados por los infractores y, en virtud del principio de buena fe, debió revelar ese hecho a Inversara en la etapa que precedió a la celebración del convenio. Manifestó que tan pronto el problema fue advertido, la demandante procedió a informarlo y a solicitar una solución viable al Municipio, pero este ni siquiera respondió a dichas solicitudes, configurándose el silencio administrativo positivo.

8.5. Controvirtió la razón esgrimida por el Tribunal según la cual el no retiro de los vehículos inmovilizados era un riesgo previsible, pues señaló que no lo era para la demandante, pero sí para el Municipio porque este conocía antes de celebrarse el convenio que esa era la situación de algunos vehículos inmovilizados dado que la función administrativa de custodia siempre estuvo en cabeza del ente demandado. Agregó que esta reticencia de parte del Municipio constituye un acto contrario a la buena fe y al principio de planeación que resultó en un desequilibrio del convenio.

9. Surtido el trámite pertinente, al alegar de conclusión, Inversara[8] y el Municipio[9] ratificaron sus argumentos, mientras que el Ministerio Público guardó silencio[10].

III. CONSIDERACIONES

Cuestión previa - El centro de gravedad de la controversia

10. Antes de fijar el objeto de la apelación, la Sala estima necesario dejar precisado que el centro de gravedad de la controversia corresponde a la acusación que el actor hace en el sentido de que el Municipio dejó de hacer unos reconocimientos económicos al momento de liquidar el convenio, los cuales debían ser sufragados por tratarse de servicios efectivamente prestados por Inversara.

11. En efecto, con todo y que la demanda no es precisa y clara en relación con los planteamientos jurídicos en que se sustentan las pretensiones, la Sala sí puede deducir, a partir del libelo introductorio, que la *causa petendi* que soporta el *petitum* está encaminada a afirmar que el Municipio está en la obligación de reconocerle a Inversara el valor del servicio de parqueadero sobre los 905 vehículos inmovilizados durante la vigencia del convenio No. 167, valor que no fue incluido en el acto administrativo de liquidación unilateral, lo que, a su juicio, atenta contra las estipulaciones del referido convenio, contra el principio de buena fe y contra normas superiores contenidas en las normas de tránsito, por lo que , en tal virtud, considera que los actos administrativos acusados deben ser declarados nulos debiéndose proceder el reconocimiento y pago de los valores por servicios de parqueadero no cancelados sobre los vehículos que a la finalización del convenio No. 167 de 2001 aún permanecían en los patios del establecimiento de comercio Asomotos.

El objeto de la apelación

12. Con la anterior precisión, a la Sala le corresponde definir si el Municipio estaba o no en la obligación de reconocer los valores asociados a la prestación del servicio de parqueadero por la custodia de los 905 vehículos que fueron inmovilizados en el establecimiento Asomotos durante la vigencia del convenio No. 167 de 2001 y que, al momento de su finalización, no fueron retirados por sus propietarios, lo que, en caso afirmativo, daría lugar a la nulidad de dichas resoluciones.

13. En caso de que, como consecuencia de dicho análisis se anulen las resoluciones demandadas, la Sala deberá detenerse a revisar si procede la condena que se solicita en las pretensiones de la demanda como forma de restablecer el derecho conculcado e indemnizar los daños que se reclaman.

---

[8] La demandante presentó sus alegatos el 15 de noviembre de 2016 (folios 542 a 545, cuaderno del Consejo de Estado)
[9] La demandada presentó sus alegatos el 16 de noviembre de 2016 mediante mensaje de datos (folios 547 a 557, cuaderno del Consejo de Estado)
[10] *Ver* constancia secretarial que obra a folio 580 del cuaderno del Consejo de Estado.

Análisis del caso

Naturaleza jurídica del convenio No. 167 de 2001

14. Como se ha indicado, el recurrente discrepa del análisis y calificación jurídica que el Tribunal hizo del convenio No. 167 de 2001, para indicar, a partir de ello, que hay un servicio que finalmente no fue remunerado, cuyo pago le corresponde asumir al Municipio de Medellín.

15. Como se ha indicado, efectivamente el Tribunal tipificó el convenio No. 167 de 2001 como un contrato de concesión, para lo cual afirmó que el artículo 111 de la Ley 489 de 1998 no determina una tipología contractual específica, por lo que las entidades estatales pueden adecuarlos a una de las figuras contractuales típicas consagradas en la Ley 80 de 1993. Partiendo de esa calificación del negocio jurídico y al entender que el riesgo de que los vehículos no fueran retirados por los propietarios no era imprevisible —como tampoco lo eran las consecuencias económicas derivadas de esa circunstancia—, concluyó que tal riesgo lo debía asumir el concesionario. Al lado de esto indicó que, en tanto en los términos de referencia como en el convenio se definió que su ejecución no generaría erogación alguna para el Municipio, tal acuerdo no podía ser desconocido por la demandante.

16. Para desatar esta controversia, la Sala observa que, del artículo 111 de la Ley 489 de 1998 se desprende que los convenios son acuerdos de voluntades a través de los cuales la entidad contratante transfiere, de manera temporal, y bajo su control y vigilancia, el ejercicio de una función administrativa[11]. De conformidad con el último inciso del artículo 110 de la Ley 489 de 1998, esta transferencia temporal se realiza a través de convenio y previa expedición de un acto administrativo por la entidad pública que pretende transferir dicha función

17. Esta transferencia de funciones administrativas no solo deriva de acto administrativo, pues también requiere de un acuerdo de voluntades en tanto comprende para su perfeccionamiento la celebración de un convenio bajo el cual las partes fijan las reglas que gobernarán el cúmulo de responsabilidades, derechos y obligaciones que a cada una de ellas le corresponde[12].

18. Con todo, la nota distintiva de los convenios de que trata el artículo 111 de la Ley 489 de 1998 en comparación con los contratos estatales típicos enlistados en la Ley 80 de 1993, es que en aquellos hay una transferencia de función administrativa, esto es, la asunción de unas prerrogativas de poder público, cuyo ejercicio es realizador de las diferentes tareas y cometidos que la Constitución y la ley le han asignado a las autoridades administrativas, mientras que en los segundos se trata de la explotación de un bien público, de la prestación de un servicio, la construcción de una obra, o de la adquisición de un bien o servicio, entre otros. Así,

---

[11] Corte Constitucional, sentencia C-866 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Augusto Ramón Chávez Marín, "*Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual"*, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 379.

[12] "*Así las cosas, resulta obvio que para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto conforme a lo prescrito por la ley bajo examen, sino que es necesario, adicionalmente, que en todos los casos se suscriba con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones*" Corte Constitucional, sentencia C-866 de 1999; Augusto Ramón Chávez Marín, "*Los convenios de la administración entre la gestión pública y la actividad contractual"*, Cuarta edición, Temis, Bogotá, p. 379.

la transferencia de la función administrativa a un particular debe distinguirse de la prestación de un servicio público, pues ambas nociones, aunque relacionadas, son conceptual y legalmente diferenciables. Así, pese a que tanto la prestación de los servicios públicos y el ejercicio de la función administrativa están al servicio de los intereses generales y de la realización de los fines inherentes del Estado —artículos 209 y 365 *ibídem*—, el servicio público se manifiesta normalmente en el cumplimiento de prestaciones a cargo de los particulares, mientras que la función administrativa supone el ejercicio de la autoridad del Estado[13].

19. En este orden de ideas, cuando la entidad contratante pretende transferir de manera temporal una función administrativa que le es propia, deberá acudir en primera instancia a las normas del capítulo XVI de la Ley 489 de 1998 sin perjuicio de que el gobierno de las voluntades pueda o deba guiarse bajo alguna de las reglas y principios contractuales contenidos en el régimen general de contratación del Estado, pero sin posibilidad alguna de expresarse bajo los elementos prestacionales propios de las tipologías contractuales allí contenidas.

20. En el caso en concreto, según reportan los antecedentes ya reseñados, en el marco del artículo 111 de la ley 489 de 1998, el Municipio e Inversara celebraron el convenio No. 167 de 2001 previa expedición de la Resolución No. 1574 del 9 de octubre de 2001[14] y el agotamiento de la convocatoria pública respectiva; todo esto acompañado de los términos de referencia[15].

21. Así, bajo la Resolución No. 1574 de 2001, el Alcalde del Municipio resolvió: (i) "***autorizar la prestación del servicio*** *de custodia y cuidado de vehículos inmovilizados por las autoridades de Transportes y Tránsito de Medellín a personas naturales o jurídicos especializadas"*[16] —artículo primero—, lo cual se haría (ii) mediante la figura del "*convenio de autorización*" de conformidad con los términos de referencia —artículo segundo—, e (iii) indicándose, entre otras cosas, que la ejecución del convenio no causaría "*erogación alguna al erario público, ya que por cada servicio prestado por la persona contratada será a cargo del Usuario del Servicio, no obstante para efectos fiscales el valor del presente contrato será para su primer año de ejecución el de $233'570.400,oo y para los subsiguientes el valor*

---

[13] "***Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes*** *que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia […] Las anteriores referencias permiten señalar que* ***no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.***
El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.
Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).
Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados." (énfasis agregado) Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[14] Folios 74 a 80, cuaderno 1.
[15] Folios 83 a 107, cuaderno 1.
[16] Folio 75, cuaderno 1.

será el que resulte de multiplicar el valor de servicios prestados por la tarifa autorizada"[17] —artículo quinto—.

22. De conformidad con dicha resolución, la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio abrió una convocatoria pública a través de medios de prensa el 31 de octubre de 2001[18], en la que invitó a presentar ofertas para celebrar el convenio cuyo objeto sería "*materializar* ***la autorización oficial*** *que se dio para que parqueaderos particulares reciban en custodia vehículos inmovilizados por las autoridades de Transporte y Tránsito"*[19]*,* de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998*.* Concordante con esto*,* en los términos de referencia se precisó, que: (i) la ejecución del convenio no requeriría de la apropiación de recursos del presupuesto municipal pues no se generaría erogación en la medida en que el autorizado estaría facultado para cobrar a los usuarios del servicio las tarifas vigentes del mercado, de conformidad con los límites impuestos por las autoridades competentes —sección 2.4[20]—; (ii) que, los vehículos que recibiría el autorizado para su custodia, serían los retenidos por las autoridades de tránsito del Municipio o por órdenes de una autoridad judicial —sección 4.1[21]—, y (iii) que los vehículos solo podrían ser retirados mediante la presentación de la orden expresa de la autoridad de tránsito del Municipio, previa verificación de la identidad de la persona autorizada para retirar el vehículo.

23. Obra prueba en el expediente de que, mediante Resolución No. 581 del 7 de diciembre de 2001, la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio adjudicó tres convenios a las sociedades Aderservi Ltda. —zona centro oriental—, Inversara Ltda. —zona centro occidental— y a la empresa Azer —zonas sur y nororientales y sur y centro occidental—[22].

24. El convenio No. 167 fue suscrito el 18 de diciembre de 2001 entre el Municipio —a través de la Secretaria de Servicios Administrativos— e Inversara, y en este se estipuló, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que el objeto del convenio consistía en que Inversara se "*obliga para con el Municipio de Medellín al ejercicio de la* ***Función Administrativa de Custodia*** *de vehículos inmovilizados por las Autoridades de Transporte y Tránsito con parqueaderos de su propiedad"* —cláusula primera[23]—; (ii) que el valor del contrato para efectos fiscales era de $233'570.400 para el primer año, pero que su ejecución no causaba erogación a cargo del Municipio en tanto en cuanto el autorizado cobraría las tarifas vigentes del mercado a los usuarios del servicio, esto es, a los infractores, sin superar los montos establecidos por las autoridades municipales —cláusulas segunda y tercera[24]—; (iii) que el plazo de ejecución del convenio sería de 5 años —cláusula cuarta—, y (iv) que, de conformidad con la cláusula décima octava[25], los documentos del convenio se integraban por la Resolución No. 1574 de 2001, los términos de referencia, las aclaraciones enviadas por el Municipio a dichos términos —que no obran en el expediente—, el Código Nacional de Tránsito entonces vigente —Decreto 1344 de

[17] Folio 76, cuaderno 1.
[18] Folio 81, cuaderno 1.
[19] Folio 84, cuaderno 1.
[20] Folio 96, cuaderno 1.
[21] Folio 103, cuaderno 1.
[22] Folios 109 y 110, cuaderno 1.
[23] Folio 113, cuaderno 1.
[24] Folio 113, cuaderno 1.
[25] Folio 117, cuaderno 1.

1970— y sus decretos reglamentarios, las normas sobre tránsito terrestre, y la propuesta presentada por el autorizado —que tampoco obra en el expediente—.

25. De los documentos allegados al expediente, la Sala observa, que: (i) en algunos de estos —como en la Resolución No. 1574 de 2001—se establece que el autorizado ejercería la prestación de un servicio, mientras que en la cláusula primera del convenio se estableció que esta misma labor implicaba el ejercicio de una función administrativa de custodia; (ii) que aunque en los términos de referencia se estableció que la autorización comprendía la custodia y guarda de los vehículos inmovilizados no solo por las autoridades de tránsito, sino también por las autoridades judiciales, en el convenio se precisó que los únicos vehículos que ingresarían a los parqueaderos serían los inmovilizados por las autoridades de tránsito; (iii) que la ejecución del servicio no generaría erogación alguna para el Municipio, pues el autorizado cobraría las tarifas correspondientes, teniendo en cuenta los límites establecidos en el Acuerdo No. 38 de 2001 del Concejo de Medellín —y en los demás instrumentos a través de los cuales se ajustaran las tarifas— a los usuarios del servicio; y, (iv) las partes no previeron nada en cuanto a los riesgos operacionales, ambientales, sociales y de otra índole, por lo que menos aún, fijaron reglas para su mitigación o asunción de consecuencias.

26. Precisado lo anterior, la Sala estima que este acuerdo de voluntades no se acerca en su naturaleza a un convenio de delegación de funciones administrativas, sino que se trata de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de parqueadero.

27. En efecto, a través del convenio No. 167 de 2001, el Municipio no transfirió ninguna función administrativa pues la custodia de bienes inmovilizados por las autoridades de tránsito no comporta el ejercicio de autoridad pública; en realidad, la custodia del vehículo es consecuencia del ejercicio de una función pública asociada al poder de policía por parte de las autoridades de tránsito que se expresa a través de una prerrogativa de poder, cual es, la inmovilización del vehículo, la cual consiste "*en suspender temporalmente el tránsito de un vehículo por las vías públicas o privadas abiertas al público*" —artículo 230 del Decreto 1344 de 1970 modificado por el artículo 185 A del Decreto 1809 de 1990—.

28. En otras palabras, lo que Inversara ejecutó a través del convenio fue la prestación de un servicio que era consecuencia de la inmovilización del vehículo por parte de la autoridad de tránsito, pero ese servicio en modo alguno comportó del desarrollo de una función administrativa de policía —auténtico acto de autoridad— cuyo ejercicio siguió en todo momento radicado en cabeza del Municipio. Al respecto vale advertir que en el artículo 230 del Decreto 1344 de 1970 —antiguo Código Nacional de Tránsito—, modificado por el artículo 185 A del Decreto 1809 de 1990, se estableció que:

> *"[l]a inmovilización en los casos a que se refiere este código, consiste en suspender temporalmente el tránsito de un vehículo por las vías públicas o privadas abiertas al público. Para tal efecto, el vehículo será conducido a patios oficiales, talleres o parqueaderos que determine el propietario, poseedor o tenedor del vehículo, hasta cuando se subsane o cese la causa que le dio origen, a menos que sea subsanable en el sitio donde se detectó la infracción".*

29. Al tenor de esta norma, la prestación del servicio de parqueadero en patios oficiales o en parqueaderos privados en los que, en ejercicio de la voluntad del infractor se depositara el vehículo, era, en ambos casos, un servicio cuyo origen era la inmovilización del vehículo por parte de las autoridades de tránsito, pero, en sí mismo, no comporta el ejercicio de una función administrativa. Este mismo régimen de prestación del servicio de parqueadero se mantuvo luego de la entrada en vigencia del artículo 125 de la Ley 769 de 2002 por medio del cual se expidió el nuevo Código Nacional de Tránsito; la principal diferencia es que, en la nueva norma de tránsito, los únicos que podían prestar el servicio de parqueadero a los vehículos inmovilizados eran parqueaderos previamente autorizados por el Estado —los cuales, a su vez, podían ser oficiales o particulares—.

30. Con todo, como ya se señaló, a través del convenio, se autorizó la prestación del servicio de parqueadero sobre los vehículos inmovilizados, por lo cual el régimen aplicable a la prestación de ese servicio era el de los patios y no el de los parqueaderos privados de que trataba el artículo 230 del Decreto 1344 de 1970 en el cual para la prestación del servicio proviene de la voluntad del infractor que decide depositar e inmovilizar su vehículo allí.

31. En este mismo sentido se pronunció la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación al analizar la naturaleza del convenio No. 165 del 2001 adjudicado con fundamento en los mismos términos de referencia que el convenio No. 167 de 2001, señaló, lo siguiente:

> *"**[E]l servicio prestado por el particular no correspondió al ejercicio de una función administrativa, pues la actividad desarrollada por el mismo no implicaba, de manera alguna, la inmovilización del vehículo**. La inmovilización -típica función administrativa- era ejercida por las autoridades de transporte competentes y nunca fue delegada al particular. Así, mientras la actuación de las autoridades implicaba la suspensión de la circulación del vehículo desde el acaecimiento de la infracción hasta que se subsanara o cesara la causa que había dado origen a la inmovilización, el particular tenía, únicamente, la obligación de custodiar los vehículos inmovilizados durante dicho periodo.*
>
> *Se encuentra que **el negocio jurídico suscrito entre las partes corresponde a un contrato de concesión y no a un convenio**, tal como, a continuación, pasará a explicarse […] las dos partes de la concesión fueron el municipio de Medellín-Secretaría de Servicios Administrativos, como entidad concedente, y Jaime Lafaurie, como concesionario. Tal como se expuso previamente, la referida concesión recaía sobre el servicio de custodia de vehículos inmovilizados por las autoridades de transporte y tránsito de Medellín en parqueaderos de propiedad del particular. **El objeto del contrato corresponde la concesión de un servicio público, en la medida en que la custodia de los vehículos emerge de una obligación legal en cabeza de la administración y su ejercicio corresponde a un apoyo a la función administrativa ejercida por la misma**."*[26] (énfasis agregado)

32. En esta oportunidad, la Sala observa que lo que fue objeto de regulación bajo convenio No. 167 de 2001 fueron los términos y condiciones a la luz de las cuales Inversara podría prestar el servicio público de parqueadero sobre vehículos

[26] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata (Exp. 48.961).

inmovilizados por las autoridades de policía, pero sin que mediara la transferencia de una función administrativa.

33. Sin perjuicio de lo anterior, y con el fin de ponderar los criterios expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación en controversias semejantes, la Sala evidencia, también, que esta Subsección y la Subsección C ya desataron sendas controversias relacionadas con la ejecución del convenio No. 166 de 2001, pariente del *sub judice,* en la cuales se negó, por varias vías, que el Municipio tuviera que asumir los costos derivados de la custodia de los vehículos inmovilizados y no retirados, por lo cual se sostuvo:

33.1. En la sentencia del 10 de diciembre de 2018 de esta Subsección[27], se concluyó que el Municipio carecía de legitimación en la causa material por pasiva respecto de una pretensión de enriquecimiento sin causa porque el demandado no era la parte que se benefició del servicio de custodia prestado en los parqueaderos, en tanto las normas de tránsito —a diferencia de las normas que regulan la inmovilización por orden judicial en procesos penales— establecen que es el infractor el que debe pagar dicho servicio. En todo caso, en esa providencia se señaló que "*más allá de contener un acuerdo conmutativo y sinalagmático que impusiera una contraprestación a cargo del municipio por el servicio de patios prestado por el demandante, en realidad, a través de la forma bilateral del convenio, lo que verdaderamente se canalizó fue un acto de autorización para que particular custodiara los vehículos inmovilizados por las autoridades de tránsito […]"*[28]; y

33.2. En la sentencia del 26 de abril de 2017 de la Subsección C[29] se estimó que la acción de reparación directa planteada por el demandante en realidad correspondía al ejercicio de la acción de controversias contractuales encaminada a declarar el incumplimiento del convenio No. 166 por parte del Municipio por no haber pagado el valor del servicio de parqueadero respecto de los vehículos inmovilizados y no retirados por los infractores a la fecha de finalización del convenio. En ese caso, se dijo que no hubo incumplimiento a cargo del Municipio porque "*de lo que se trató simple y llanamente fue de una autorización a la sociedad Adservi Ltda., para custodiar vehículos inmovilizados por las autoridades de tránsito, y con ocasión de dicha actividad el custodio liquidaba y cobrara una tarifa a los propietarios de los vehículos retenidos, de la cual nunca participó el municipio de Medellín, toda vez que, se reitera, sólo concernía al autorizado en los términos de la ley y el convenio, cobrar los servicios de parqueadero al usuario del servicio*" [30].

34. Con fundamento en lo anterior, esta Subsección evidencia que ha habido pronunciamientos diversos en torno a la calificación de la naturaleza jurídica de estos convenios y, puntualmente, acerca de si el Municipio celebró con los particulares actos de mera autorización, convenios o contratos de concesión. Sin entrar a profundizar en las particularidades de cada caso de cara a sus pretensiones, en esta oportunidad la Sala se decanta por considerar que el convenio

[27] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de diciembre de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez (Exp. 47.697).
[28] Ibid.
[29] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de abril de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio (Exp. 52.375)
[30] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de abril de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio (Exp. 52.375)

No. 167 de 2001 es un contrato de concesión y no un convenio de los que trata el artículo 111 de la Ley 489 de 1998 porque, como ya se señaló, el objeto de este negocio jurídico no consistió en el ejercicio de una función administrativa, sino en la prestación de un servicio público.

35. Este aserto se deduce no solo de la precisión ya indicada sino, además, del hecho de que el artículo 230 del Decreto 1344 de 1970 —modificado por el artículo 185 A del Decreto 1809 de 1990— permitía —pues la Ley 769 de 2002, que es posterior a este contrato, establece un régimen de autorización previa— que la inmovilización se llevara a cabo en patios oficiales o en parqueaderos particulares sin previa transferencia de función administrativa, de lo que se deduce que la custodia de los vehículos inmovilizados no comporta el ejercicio de una función administrativa.

36. En otras palabras, si se concluyera que la custodia de dichos vehículos comporta el ejercicio de una función administrativa, se seguiría que el artículo 185 A del Decreto 1809 de 1990, que modificó el artículo 230 del Decreto 1344 de 1970, autorizó a los parqueaderos privados a ejercer la misma sin previa suscripción de convenio, lo que claramente no es una interpretación acorde con el ordenamiento jurídico que siempre requiere del agotamiento de la transferencia de la función administrativa mediante el procedimiento establecido en el capítulo XVI de la Ley 489 de 1998; por ende, lo que se debe colegir, en aplicación del criterio de interpretación sistemática de la ley —artículo 30 del Código Civil—, es que si el legislador autorizó que parqueaderos privados ejercieran la custodia de bienes inmovilizados sin previa autorización es porque esa actividad no entraña el ejercicio de una función administrativa.

37. Tampoco se estima que el convenio No. 167 de 2001 sea un mero acto de autorización en tanto que en este caso sí se verificó un auténtico acuerdo de voluntades encaminado a crear obligaciones a cargo de Inversara, bajo el control y vigilancia del Municipio. Para el efecto, vale anotar que el contratista adquirió la obligación de custodiar los vehículos inmovilizados, mientras que el Municipio adquirió la obligación de transferir el cobro de las tarifas que pagaban los usuarios por la prestación del servicio, las cuales usualmente recibía el Municipio por la prestación del servicio en patios oficiales.

38. Así las cosas, por sus prestaciones, objeto y contenido, el convenio No. 167 de 2001 comportó un acto mediante el cual el municipio otorgó a Inversara la prestación de un servicio público, a saber, el de custodia de vehículos inmovilizados, cuyos elementos esenciales conducen a considerarlo como un verdadero contrato de concesión de aquellos que trata el numeral cuatro del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Sobre lo antes indicado, y para efectos de precisión, recuerda la Sala los elementos que caracterizan el contrato de concesión:

> *"i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario, ii) es el concesionario quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga, iii) la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario, iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se*

pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros)"[31].

39. Estas características, traídas al contenido del convenio No. 167 de 2001 y sus antecedentes describen acertadamente que nos encontramos frente a un contrato de concesión en el que: (i) el Municipio —entidad concedente— concedió a Inversara —concesionario— la prestación del servicio de parqueadero que normalmente estaría a cargo de aquél; (ii) Inversara asumió, por su cuenta y riesgo, la prestación del servicio de patios oficiales sobre los vehículos inmovilizados por las autoridades de tránsito del Municipio —aspecto sobre el que se profundizará en el siguiente acápite pues es instrumental para la solución del caso—, porque era la demandante la que estaba a cargo, de manera independiente, de la custodia de los vehículos sin injerencia del Municipio, sin perjuicio de las funciones de control y vigilancia de este último y de que fueran las autoridades de tránsito las que llevaran los vehículos inmovilizados al parqueadero de propiedad de la demandante; (iii) el Municipio mantuvo la vigilancia y control sobre la labor de custodia de los vehículos, labor que ejerció a través de la interventoría designada en cumplimiento de la cláusula décima cuarta del convenio, y (iv) el concesionario recibió como remuneración por la prestación del servicio de parqueadero el valor que él mismo liquidaba a los propietarios de los vehículos en función del tiempo que permanecía un vehículo inmovilizado en el parqueadero Asomotos por el valor de las tarifas que la demandante fijara con sujeción a los parámetros máximos establecidos en el Acuerdo No. 38 de 2001 y en los demás acuerdos y resoluciones que, año a año, expedía el Concejo de Medellín o el Municipio[32].

40. Vale la pena precisar que las tarifas que cobraba Inversara a los infractores por concepto del servicio de parqueadero respecto de los vehículos inmovilizados por las autoridades de tránsito eran fijadas a partir de los valores de mercado teniendo como máximos los topes regulados por las autoridades del Municipio. Era Inversara, como lo señaló en el hecho 11 de la demanda[33], la que cobraba a los infractores por el servicio de parqueadero, en cuya operación el Municipio no tenía injerencia.

41. En suma, el convenio No. 167 de 2001 no implicó una transferencia de funciones administrativas por parte del Municipio, sino que comportó la concesión para la prestación del servicio de parqueadero sobre los vehículos que inmovilizaran las autoridades de tránsito del Municipio por contravenciones a dichas normas. Dilucidada esta cuestión, se procederá a resolver los demás aspectos del objeto de la apelación, primero de cara a la pregunta sobre qué parte asumió los riesgos derivados del no retiro de los vehículos inmovilizados a la fecha de terminación del convenio.

42. No obstante, antes de proseguir con ese análisis, la Sala estima pertinente advertir que, si bien en la sentencia proferida el 5 de mayo de 2020 por la

[31] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 26.939. Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata (Exp. 48.961).
[32] Resolución No. 130 del 27 de febrero de 2004 del Municipio; Resolución No. 005 del 4 de enero de 2005 del Municipio; Resolución No. 074 del 25 de enero de 2006 del Municipio; Resolución No. 027 del 10 de enero de 2007 del Municipio. Obran a folios 132 a 141 del cuaderno 1.
[33] Folio 4, cuaderno 1.

Subsección B de la Sección Tercera (Exp. 48.961), a la que se hizo alusión previamente –cuyo criterio en relación con la calificación del convenio aquí se adopta–, se resolvió declarar de oficio la nulidad absoluta del convenio analizado con fundamento en la vulneración del principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que se estableció que, previo a su celebración, no se agotó el trámite de licitación pública[34], en este caso, la Sala no encuentra que se reúnan los requisitos que activan la facultad-deber en cabeza del juez para hacer esa misma declaración respecto del convenio No. 167 de 2001, en tanto no se observa, de manera palmaria o manifiesta, la configuración de un vicio que afecta la validez del negocio jurídico.

43. Al respecto, es importante mencionar que, aun cuando, en aras de proteger el orden jurídico, la ley confiere al juez el poder inquisitivo de declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos, lo cierto es que esa facultad-deber tiene que ejercerse bajo los estrictos lineamientos que la misma ley impone en garantía de la seguridad jurídica. Uno de tales lineamientos consiste en que el vicio debe ser palmario o manifiesto, es decir, que debe ser apreciable a simple vista, sin necesidad de entrar en esfuerzos analíticos e interpretativos o juicios de valor sofisticados sin los cuales sería imposible arribar a la nulidad. En otras palabras, el vicio debe ser tan palmario que no requiera de profundos análisis para ser evidenciado.

44. En este caso, si bien está establecido que el contrato que las partes celebraron fue uno de concesión, lo cierto es que esto no es suficiente para arribar a la conclusión de que dicho negocio jurídico esté viciado de nulidad, al menos no de manera palmaria o manifiesta como lo exige la ley.

45. Empieza la Sala por señalar que para desentrañar la verdadera naturaleza del contrato –presupuesto fundamental para entender configurada una presunta nulidad por desconocimiento del proceso de selección aplicable– no fue suficiente con leer sus estipulaciones, sino que se tuvo que adelantar un esfuerzo analítico e interpretativo que va más allá de la impresión que a primera vista se pudiera generar a raíz de la sola lectura del contrato o de las demás pruebas que obran en el plenario, en tanto fue necesario recurrir a la inteligencia de las normas, a jurisprudencia en relación con la función administrativa y su diferencia con la prestación de un servicio público.

46. Adicionalmente, si bien las partes entendieron que el convenio celebrado era uno de aquellos a los que se refiere el artículo 111 de la Ley 489 de 1998, lo cierto es que sí adelantaron un procedimiento público de selección previa, respecto del cual no se advierte de forma palmaria o manifiesta que no haya coincidido materialmente con las pautas básicas de la licitación pública; para ello, haría falta desarrollar un análisis pormenorizado de las reglas que rigieron el proceso que se surtió de manera previa a la celebración del convenio, lo que, de suyo, descarta

[34] "*Ya que no hay duda de que el negocio jurídico suscrito entre las partes reúne todos los elementos de un contrato de concesión de servicio público, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 24 de la ley 80 de 1993, vigente para la época de celebración del contrato, la selección del contratista debió haberse efectuado a través de licitación pública, pues el contrato no se ubica en las excepciones previstas por la norma. La entidad, en cambio, siguió el procedimiento dispuesto en la Ley 489 de 1998 para la celebración de un convenio para el ejercicio de funciones administrativas por particulares*". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata (Exp. 48.961).

que, de llegar a concluirse que el trámite surtido no fue materialmente una licitación, a ese aserto se arribe de forma palmaria o manifiesta. En consecuencia, al no ser evidente la configuración de un vicio que afecte la validez del convenio y ante la ausencia de un pedimento para revisar ese aspecto del negocio jurídico, resulta forzoso concluir que no se dan los presupuestos para declarar su nulidad absoluta.

47. La Sala previene que lo anterior no puede entenderse como carta blanca para flexibilizar los procedimientos de selección de contratistas en la contratación estatal, los cuales están revestidos de la necesidad de garantizar la transparencia y la igualdad entre los oferentes, entre otros principios. Lo dicho no significa en manera alguna que la entidad contratante estuviera eximida de adelantar un proceso de licitación para celebrar el contrato, sino, solamente, que para declarar de oficio la nulidad absoluta se requiere que el vicio que la configure se muestre de manera palmaria, manifiesta o evidente en el proceso, estándar que en este caso no se encuentra acreditado en el expediente por las razones previamente mencionadas.

Sobre la asunción de los riesgos derivados del no retiro de vehículos del parqueadero Asomotos y la violación del principio de buena fe

48. Inversara manifiesta en su apelación que el Municipio debió incluir en la liquidación unilateral el valor de $4.223’992.200 que corresponde a las sumas liquidadas por el servicio de custodia sobre 905 vehículos que fueron inmovilizados durante la ejecución del convenio, pero que, a su terminación el 11 de enero de 2007, no fueron retirados por sus propietarios. Como argumentos por los cuales estima que esa cartera era de cargo del Municipio señaló que: (i) el demandado era el que podía ejercer la acción de cobro coactivo respecto de los infractores para garantizar el pago del servicio; (ii) en la fase de liquidación, el demandado era la parte que debía asumir ese costo porque en ausencia de pacto expreso, el contenido del convenio debía integrarse a partir del principio de responsabilidad del Estado —artículos 90 de la Constitución y 50 de la Ley 80 de 1993— que establece que el particular no tiene porqué asumir todas las cargas en una relación jurídica; y (iii) entre Inversara no surgió una relación jurídica con los infractores por lo que ella no podía ejecutar las obligaciones surgidas con ocasión de la custodia de los vehículos. Además, aseveró que (iv) el Municipio vulneró el principio de buena fe porque, a sabiendas de que algunos infractores no retiraban sus vehículos, no reveló esa circunstancia antes de celebrar el convenio No. 167 de 2001.

49. La Sala observa que los argumentos planteados por la demandante como fundamento de la nulidad de las resoluciones a través de las cuales se liquidó el convenio No. 167 están todos relacionados con la pregunta acerca de qué parte debe asumir las consecuencias económicas de que los infractores no hubiesen retirado los 905 vehículos cuya custodia le entregó la demandante al Municipio, al momento de finalizar el convenio, lo que amerita un análisis sobre la distribución de los riesgos en los contratos estatales.

50. En términos generales, los contratos y sus estipulaciones son actos de previsión de las partes e implican de una manera u otra la distribución de riesgos. La forma de pago de una obra es, por ejemplo, un instrumento de asignación de riesgos. Así, en el contrato de obra a precios unitarios, el riesgo de mayores

cantidades de obra frente a las estimadas inicialmente lo asume el dueño de la obra, pero si se pacta un precio global este riesgo lo soporta el contratista. Con todo, debe tenerse en cuenta que a nivel legal se le adscribe más de un significado a la expresión riesgo[35].

51. Los artículos 1607 del Código Civil y 929 del Código de Comercio emplean el término para referirse al peligro de que una cosa perezca o se pierda como consecuencia de un caso fortuito, colocando al deudor en la imposibilidad de cumplir la prestación que recae sobre ella. El numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 también utiliza la expresión al definir el contrato de concesión, pero lo hace con un sentido diferente. Según esta disposición legal, la prestación de un servicio público —que es uno de los objetos sobre los que puede recaer el negocio concesional— se hace *"por cuenta y riesgo del concesionario*". En este enunciado, la dicción *riesgo* tiene un significado diferente al que recibe en el artículo 1607 del Código Civil: no apunta a la pérdida de la cosa que se debe, sino al fracaso o éxito de la gestión del concesionario para recuperar las inversiones realizadas en desarrollo del contrato[36], que son las que definen el objeto de este tipo de negocio jurídico.

52. A tono con lo anterior, la Sección Tercera ha dicho que el sintagma "*por cuenta y riesgo*" del numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 significa que el concesionario debe disponer o conseguir los recursos necesarios para financiar la ejecución de la obra, la prestación del servicio concesionado o la explotación del bien de propiedad estatal, mientras que el Estado se compromete a ejecutar las prestaciones necesarias para permitir —que no garantizar— el repago de la inversión, como la cesión de derechos, tarifas, tasas o la participación en la explotación del bien[37]. En este sentido, la palabra riesgo tiene un significado que alude a la probabilidad de que, por variables fácticas diferentes a la conducta antijurídica de la entidad contratante, los resultados del contrato —los retornos de la inversión— sean diferentes a los esperados, situación que se presenta, principalmente, debido a las diferencias entre las estimaciones de costos e ingresos al momento de proponer o contratar (*ex ante*) y los que se causan durante su desarrollo (*ex post*). Desde este punto de vista, el incumplimiento de las obligaciones contractuales no constituye un riesgo.

53. Este último significado de la expresión riesgo es el que está en la base del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007[38] y del documento CONPES 3107 de 2001: *"Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados*". Si bien la Ley 1150 de 2007 y el documento CONPES no integran el régimen del convenio No. 167 de 2001[39], esto no quiere decir que, para analizar si el Municipio debía

[35] *Ver* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de septiembre de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 51.219.
[36] Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. M.P Jorge Ignacio Pretelt. Consideración jurídica 2.7.1.1.
[37] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Exp. 14.390. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[38] Ley 1150 de 2007, art. 4º: "*Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. // En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva*".
[39] La Ley 1150 de 2007 se expidió después del perfeccionamiento del convenio N. 167 de 2001; por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, no se entiende incorporada a él. De otro lado, el

asumir la cartera vencida —lo que se debió reflejar en el acto de liquidación unilateral— no deba tenerse en cuenta la distribución explícita o implícita de los riesgos, pues, como dijo la Corporación de tiempo atrás: *"todo contratista asume un riesgo empresarial propio a todo tipo de contratación pública, según las necesidades que se pretenden satisfacer y la naturaleza del contrato*"[40].

54. En el caso en concreto, la Sala observa que las partes sí llevaron a cabo un ejercicio implícito de distribución de riesgo al momento de celebrar el convenio No. 167 de 2001, así no lo hayan hecho de manera expresa como lo establece el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 para los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigencia. En efecto, el ejercicio de distribución de riesgos debe entenderse de cara a la naturaleza jurídica del convenio en tanto contrato de concesión porque, como se señaló, uno de los elementos centrales de este tipo de contratos es que la prestación del servicio concesionado se hace *"por cuenta y riesgo del concesionario*". Así las cosas, pese a que las partes no expresaron a cuál de ellas le correspondía asumir un determinado riesgo, se debe tener en consideración que Inversara prestaba el servicio concesionado por su propia cuenta y riesgo y, asimismo que esa expresión —*"por cuenta y riesgo del concesionario*"— contenida en la ley como elemento característico del contrato de concesión no significa que dicha asunción a cargo del contratista sea ilimitada, pues los riesgos que asume son aquellos que corresponden a los aleas en condiciones de normalidad y aquellos inherentes a la prestación del servicio, que es lo que depende de él.

55. En este orden de ideas, pese a que las partes no afirmaron expresamente que a Inversara le correspondía asumir las consecuencias económicas asociadas a la circunstancia de que una porción de los infractores no retirara los vehículos inmovilizados durante la vigencia del convenio No. 167 y, por lo mismo, dejara insoluto el servicio de parqueadero que prestó la demandante con fundamento en dicho negocio jurídico, este es un típico riesgo comercial —esto es, el riesgo derivado de la imposibilidad de cobrar tarifas como consecuencia del impago de las mismas[41]— que está intrínsecamente atado a la ejecución del objeto contractual. Por ende, es a Inversara a la que le correspondía asumir la cartera vencida, y no al Municipio.

56. En efecto, no se debe perder de vista que el Municipio concesionó la prestación del servicio de parqueadero a Inversara para que esta recibiera de parte de los usuarios del servicio —los infractores propietarios de los vehículos— las tarifas que la demandante fijó —consultando las normas municipales sobre topes tarifarios— por el tiempo que permanecieran los vehículos estacionados en el parqueadero Asomotos. El Municipio no se obligó a *garantizar* que Inversara recibiría el valor completo por la custodia de todos los vehículos que se inmovilizaran en su parqueadero, al contrario, lo que se pactó expresamente fue

---

CONPES 3107 de 2001, además de no tener el carácter obligatorio que es propio de las normas jurídicas, fijó los lineamientos de política de riesgo contractual sobre los proyectos de participación privada en infraestructura en los sectores de transporte, energía, comunicaciones y agua potable y saneamiento básico.

[40] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 14.043.

[41] Según la definición que establece el CONPES 3107 de 2001. Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001, "*Lineamientos de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura"*, p. 10.

que la entidad territorial no tendría que hacer erogación alguna por ese concepto ni por ningún otro. En este contexto, concluir lo contrario equivaldría a desconocer lo expresamente estipulado por las partes y llevaría a afirmar que el Municipio asumió todos los riesgos derivados de la operación, lo que, a su vez, implicaría desnaturalizar el contrato en tanto que la demandante debía prestar el servicio por su cuenta y riesgo.

57. Lo anterior se refuerza a partir de la estipulación del convenio conforme a la cual el Municipio no asumió erogación alguna derivada de su ejecución —cláusula segunda—. Este pacto, que la propia demandante no debate por lo menos durante la fase de ejecución del convenio, debe apreciarse como un pacto relacionado con la asignación de riesgos en tanto en cuanto el Municipio convino que Inversara cobrara las tarifas por la prestación del servicio, pero no *garantizó* que los infractores pagarían su valor de manera completa, por lo cual, ni en ese ni en otros eventos, asumió el pago de costo alguno, dado que la cláusula está redactada de manera general para cobijar todos los supuestos que puedan presentarse durante su ejecución. En otras palabras, si las partes convinieron que el Municipio no asumiría erogación alguna por la ejecución del convenio, esta disposición no puede interpretarse en el sentido de que la ocurrencia de un riesgo típicamente asociado al cumplimiento del objeto del contrato de concesión correría a cargo del demandado, pues ello sería contradictorio con esta estipulación, la cual no se condicionó o exceptuó bajo ninguna circunstancia. Esta afirmación, que es cierta para la ejecución del convenio No. 167, es cuestionada por la demandante de cara a su fase de liquidación, argumento respecto del cual se profundizará en las siguientes líneas.

58. De manera concordante con lo anterior, vale destacar que, de conformidad con el artículo 231 del Decreto 1344 de 1970 —modificado por el artículo 185 A del Decreto 1809 de 1990— "*[l]a autoridad de tránsito podrá retirar con grúa o cualquier otro medio idóneo, los vehículos que se encuentren estacionados en zonas prohibidas o abandonados en la vía pública o zonas de uso público. Los vehículos serán conducidos a patios oficiales o parqueaderos autorizados y* ***los costos correrán a cargo del conductor o propietario del vehículo, además de la sanción pertinente***" (énfasis agregado). Lo anterior refrenda que la falta de pago del servicio de parqueadero, exclusivamente a cargo de los infractores, era un riesgo previsible que podía acontecer durante la ejecución del contrato, cuestión que era inescindible a la prestación de ese servicio. En este orden de ideas, si el servicio de parqueadero debía ser pagado por el usuario, y no por el Municipio, y así se pactó, y en tanto esta cuestión era intrínseca a su prestación, era Inversara la parte que corría con las consecuencias económicas asociadas a la falta de pago.

59. Además, la Sala observa que no hay ninguna prueba en el expediente de la cual se pueda extraer válidamente que el Municipio asumió el anotado riesgo. La demandante aportó al expediente las comunicaciones Nos. 0200400076635 del 24 de marzo de 2004[42], 200500031036 del 6 de abril de 2005[43], 200400023629 del 16 de marzo de 2004[44] y los oficios 200400019732 del 30 de marzo de 2004[45],

[42] Folios 142 a 144, cuaderno 1.
[43] Folios 146 y 147, cuaderno 1.
[44] Folios 148 a 151, cuaderno 1.
[45] Folios 153 y 154, cuaderno 1.

200400029712 del 17 de mayo de 2004[46] y 2006000118674 del 10 de mayo de 2006[47], en las cuales las partes pusieron de presente la situación relacionada con el abandono de ciertos vehículos y los problemas logísticos y financieros que dicha circunstancia planteaba; de hecho, en algunas de esas comunicaciones, Inversara le solicitó al Municipio que le recibiera esos vehículos en sus patios oficiales, petición que el demandado no atendió. Sin embargo, en dichas comunicaciones no se evidencia que el Municipio reconociera que las consecuencias económicas derivadas de ese riesgo hubiesen sido asumidas por el demandado.

60. Además, la demandante señaló que los oficios Nos. 2006000202074 del 10 de julio de 2007[48] y 2006000235579 del 16 de agosto de 2006[49]que la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio le remitió a Inversara y al Secretario de Hacienda del demandado, respectivamente, en los que se solicitaba incluir en el presupuesto el valor de la cartera reclamada por el contratista son pruebas de que el demandado asumió esa obligación. La Sala no encuentra atendible este planteamiento porque, por una parte, el Municipio no la asumió expresamente, sino que tan solo exploró la posibilidad de apropiar recursos del presupuesto —sin que se sepa el resultado de dicha gestión— para atender el valor de la cartera, lo que de manera alguna modificó el contenido contractual ni la asignación de riesgos que se hizo al momento de su celebración; y, de otra, porque, en todo caso, si se concluyera que los funcionarios del Municipio que remitieron dichos oficios asumieron la existencia de tal obligación —lo que solo se hace a modo de hipótesis— lo cierto es que estos no representaban al Municipio a efectos de obligarlo pues, de conformidad con el ordinal (b) del numeral 2º del artículo 11 de la Ley 80 de 1993[50], es el Alcalde —o su delegado— el que ostenta la competencia para obligar al Municipio. Así, como en esos oficios no fue el Alcalde —o su delegado que, para efectos del convenio No. 167 de 2001, era el Secretario de Servicios Administrativos[51]— el que habría reconocido hipotéticamente la obligación que reclama Inversara, los mismos no pueden tener la virtualidad de modificar la conclusión de la Sala consistente en que era la demandante la parte que asumió el riesgo.

61. En consecuencia, la Sala concluye que no le asiste razón a la demandante al señalar que el convenio No. 167 de 2001 no era un contrato típico —el de concesión— sino uno atípico en el que, por tanto, las partes podían, a su arbitrio, definir la distribución de riesgos pero que no lo hicieron, por lo cual, con fundamento en este argumento no es procedente revocar la decisión de primera instancia que se recurrió, lo que lleva a analizar los demás cargos de la apelación de modo de establecer si la conclusión a la que se acaba de arribar varía en razón de los demás argumentos planteados por la parte demandante y en los que finca en cabeza del

[46] Folios 155 y 156, cuaderno 1.
[47] Folio 157, cuaderno 1.
[48] Folio 160cuaderno 1.
[49] Folios 163 y 164, cuaderno 1.
[50] Numeral 3º, artículo 11, Ley 80 de 1993: "*3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva: […] b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades*."
[51] Folio 112, cuaderno 1.

Municipio el deber de pago del servicio de parqueadero respecto de los vehículos que no fueron retirados por los infractores.

El Municipio debe asumir el riesgo porque Inversara no tenía relación jurídica alguna con los infractores que le sirviera de sustento para adelantar el cobro ejecutivo de las obligaciones

62. Inversara estima que el Municipio debió asumir las consecuencias económicas derivadas del riesgo de que los infractores no retiraran los vehículos inmovilizados, sobre la base de afirmar que estos no tenían relación jurídica alguna con la demandante y que, en cambio, el demandado sí podía ejecutarlos por vía de jurisdicción coactiva. El argumento de la demandante parte de aplicar al caso concreto el razonamiento de la sentencia T-1000 de 2001 proferido por la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, así como lo señalado por los Juzgados 38 y 8º Penales Municipales en los fallos del 13 de marzo[52] y 13 de abril de 2007[53], respectivamente, junto con sus respectivos fallos confirmatorios del 26 de abril[54] y del 28 de julio[55] de 2007 proferidos por los Juzgados 25 y 6º Penales del Circuito de Medellín, también respectivamente, mediante los cuales se resolvieron sendas acciones de tutela en contra de las partes de este proceso. Al analizar el alcance y contenido de los respectivos fallos de tutela —cuyos efectos, valga mencionar, son inter partes—, la Sala encuentra que este argumento no es atendible, por las siguientes razones.

62.1. En la sentencia T-1000 de 2001, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional analizó un fallo de tutela que negó la solicitud de amparo del propietario de un vehículo que había sido inmovilizado en el marco de una investigación penal en la que resultó absuelto. En ese caso, el accionante solicitó que se le ampararan sus derechos al trabajo y a la propiedad privada porque quien prestó el servicio de parqueadero le estaba solicitando pagar su valor. La Corte amparó sus derechos y señaló que, entre el propietario del vehículo y el prestador del servicio no existió una relación contractual porque la custodia del vehículo no nació de un acuerdo de voluntades, sino que fue consecuencia de una orden judicial de inmovilización. Por ende, señaló que, ante la ausencia de una fuente contractual de obligaciones, era menester que la ley obligara al particular a asumir las expensas de parqueo mientras se tramitaba el proceso judicial, frente a lo cual dijo que: "*en materia de investigación, instrucción y en general en el desarrollo de la causa penal, no existe una orden normativa que establezca el gravamen por parte del sindicado de soportar las expensas derivadas de la prestación de la actividad de patios, circunstancia por la cual, aunque es predicable la existencia de un derecho al cobro del servicio prestado, su imputabilidad se predica en relación con quien dispuso la entrega del vehículo, es decir, de la autoridad competente*."[56]

62.2. Con fundamento en lo anterior, se evidencia que el razonamiento de la sentencia T-1000 de 2001 referenciada no resulta aplicable a este caso ni de él se puede deducir que el Municipio asumió los costos derivados del no retiro de los

[52] Folios 313 a 318, cuaderno 1.
[53] Folios 348 a 358, cuaderno 1.
[54] Folios 319 a 325, cuaderno 1.
[55] Folios 367 a 371, cuaderno 1.
[56] Corte Constitucional, sentencia T-1000 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

vehículos. La Corte Constitucional concluyó que, a falta de una relación contractual entre el propietario del vehículo y el prestador del servicio de parqueadero e, igualmente, ante la ausencia de una norma que obligara al particular a asumir las expensas de parqueo mientras se tramitaba el proceso judicial, era la autoridad que dispuso la entrega del vehículo la que debía asumir el costo generado por la guarda del vehículo inmovilizado mientras durara la investigación penal y no el propietario. Sin embargo, en este caso no se está frente a la prestación del servicio de parqueadero con ocasión de un proceso penal, sino como consecuencia de la inmovilización por infracción de las normas de tránsito, materia en la que la ley sí señala que la carga la asume el particular, por lo cual el razonamiento de la sentencia de tutela no resulta extensible a este caso.

62.3. De hecho, en tratándose de infracciones de tránsito, si bien no existe una relación contractual entre el propietario del vehículo y el que presta el servicio de parqueadero —en este punto tiene razón la demandante—, no lo es menos que el origen de la obligación a cargo del infractor está contenida en las normas de tránsito, pues de conformidad con el artículo 231 del Decreto 1344 de 1970 —modificado por el artículo 186 A del Decreto 1809 de 1990— "*[…]* ***los costos correrán a cargo del conductor o propietario del vehículo, además de la sanción pertinente***" (énfasis agregado). Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125, parágrafo sexto de la Ley 769 de 2002, por la cual se expidió el Código Nacional de Tránsito Terrestre[57], en caso de inmovilización de un vehículo, "***[e]l propietario del vehículo será el responsable del pago al administrador o al propietario del parqueadero por el tiempo que estuvo inmovilizado el vehículo***". De esta suerte, ante la existencia de norma expresa que hace surgir la obligación de pagar el servicio de parqueadero a los propietarios de los vehículos en los casos de infracciones de tránsito, no resulta aplicable a este caso el razonamiento de la sentencia T-1000 de 2001 que, precisamente, imputó la responsabilidad a la autoridad dada la ausencia de norma legal que estableciera dicha obligación.

62.4. A esta misma conclusión llegó la Subsección en sentencia del 10 de diciembre de 2018 (Exp. 47.697), con base en la lectura de las dos normas acabadas de referenciar, pues allí se dijo:

> *"Como se aprecia, el marco normativo regulador de la inmovilización de rodantes como resulta de la infracción de normas de tránsito y transporte fue inequívoco en señalar el procedimiento que debe seguirse tras la retención, el lugar a donde debe trasladarse el automotor, así como en determinar quién es el obligado a asumir el costo del servicio de patios, que no es otro que el propietario del vehículo objeto de retención.*
>
> *Así pues emerge con claridad* ***que en estos eventos, a diferencia de lo que acontece en la inmovilización de automotores en el marco de causas penales el legislador se ocupó de determinar que era el propietario del rodante el obligado a satisfacer el pago originado en el servicio de patios****, al margen de que la inmovilización se hubiere ejecutado por la autoridad de tránsito y transporte.*

[57] Vigente durante la mayor parte de ejecución del contrato. Esta ley reguló la relación legal entre el prestador del servicio de parqueadero y el propietario del vehículo inmovilizado. La Ley 769 de 2002 entró en vigencia el tres meses después de su promulgación (artículo 170), lo que tuvo lugar el 13 de septiembre de 2002, esto es, el 14 de diciembre de 2002. El contrato se celebró el 18 de diciembre de 2001 y finalizó el 11 de enero de 2007.

> *Es esto último lo que soporta* ***la inviabilidad jurídica de endilgar a la autoridad administrativa un supuesto enriquecimiento sin causa derivado de la falta de reconocimiento de los servicios de patio prestados respecto de los vehículos inmovilizados por infracciones de tránsito, pues, en estos casos no sería su patrimonio el que resultaría incrementado por el no pago de esos servicios****, sino el patrimonio de aquel que estando obligado por la ley para su reconocimiento no lo hizo."*[58] (énfasis agregado)

62.5. Con fundamento en lo anterior, se corrobora que, como lo establecía el artículo 231 del Decreto 1344 de 1970 y, en concordancia con ello, el artículo 125 de la Ley 769 de 2002, es el propietario del vehículo inmovilizado y no el Municipio el que está llamado a asumir los costos derivados del servicio de parqueadero, pues Inversara presta un servicio que beneficia a aquel y no al demandado; así, el argumento planteado en la demanda de que el servicio le fue prestado al Municipio, no tiene asidero jurídico. Además, el hecho de que Inversara no tenga una relación contractual con el infractor no desdice que este último, por mandato legal, es el llamado a pagar los servicios de parqueadero, por lo que el argumento de la demandante no es atendible.

62.6. Por otra parte, en los fallos que se allegaron al expediente, los jueces de tutela analizaron situaciones fácticas similares relacionadas con solicitudes de amparo en las que los propietarios de los vehículos solicitaban que se ordenara al Municipio expedir la orden de retiro de dos vehículos que estuvieron inmovilizados en el parqueadero Asomotos y que fueron luego entregados por la demandante al Municipio tras el vencimiento del convenio No. 167. En esos fallos: (i) se tuteló el derecho de uno de los accionantes porque la defensa del Municipio según la cual la orden de inmovilización no estaba registrada en el sistema no era de recibo[59] pues el demandado era la autoridad responsable de hacer cumplir las normas de tránsito, incluyendo la devolución del vehículo; y (ii) se tuteló el derecho del otro accionante porque el Municipio lo remitió a pagarle el servicio de parqueadero a Inversara, pese a que este tenía las funciones de custodia del vehículo y recaudo del dinero[60].

62.7. Como se evidencia de lo anterior, en los fallos de tutela los jueces no se pronunciaron —pues no estaba dentro del ámbito de sus competencias— sobre la responsabilidad de asumir la cartera vencida a la fecha de terminación del convenio No. 167 de 2001, pues de lo único que se ocuparon fue de la protección de los derechos fundamentales de los accionantes. Así las cosas, la demandante no puede valerse de estos fallos para pretender trasladarle al Municipio los efectos derivados del riesgo que da origen a esta controversia.

63. Con fundamento en todo lo anterior, el argumento de Inversara según el cual la ausencia de un vínculo contractual entre los infractores y ella hacía improcedente el cobro de las obligaciones derivadas de los servicios de parqueadero una vez terminaba el convenio, no es atendible. Como se señaló, el origen de la obligación a cargo de los infractores de pagar los servicios de parqueadero está establecida en el artículo 231 del Decreto 1344 de 1970 —modificado por el artículo 185 A del Decreto 1809 de 1990— y luego refrendada en el parágrafo 6º del artículo 125 de

[58] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de diciembre de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez (Exp. 47.697)
[59] Folio 353, cuaderno 1.
[60] Folio 319, cuaderno 1.

la Ley 769 de 2002 a cuyo tenor "*[e]l propietario del vehículo será el responsable del pago al administrador o al propietario del parqueadero por el tiempo que estuvo inmovilizado el vehículo*". Por ende, no es procedente afirmar que la ausencia de relación contractual entre Inversara y los infractores impedía acudir a la jurisdicción para ejecutar las obligaciones que, por mandato legal, estaban en cabeza de estos.

64. Por lo mismo, no resulta atendible que, so pretexto de este argumento que está fundado en una premisa equivocada, se pretenda trasladar al Municipio la responsabilidad por el pago de la cartera no pagada por los infractores durante la vigencia del convenio No. 167, pues de estos hechos no se puede deducir que el demandado asumió ese riesgo, máxime cuando en el texto del negocio jurídico se estableció que el Municipio no asumiría erogación alguna derivada de su ejecución.

65. En línea con lo anterior y por las razones que enseguida se expresarán, la Sala concluye que tampoco está llamado a prosperar el argumento según el cual, como el Municipio tenía la facultad de ejecutar por vía coactiva a los infractores, entonces era él el que debía asumir la cartera pendiente de pago al momento del vencimiento del convenio No. 167 de 2001. Este argumento se reafirmó con fundamento en que, mediante memorial del 17 de diciembre de 2010, el Municipio inició un proceso de cobro coactivo contra un infractor por el servicio de parqueadero, lo que, a juicio de Inversara, confirma que tal obligación estaba a cargo del demandado.

66. La Sala observa que estos planteamientos surgen de una premisa que se ha demostrado como equívoca, que es aquella que parte de considerar que Inversara no podía realizar el cobro de la obligación derivada del servicio de parqueadero a sus usuarios en tanto no tenía con ellos una relación. Previamente se demostró que, sin perjuicio de que no existiera una relación contractual entre Inversara y los infractores, no por ello se puede sostener válidamente que los infractores no estaban en la obligación de pagarle por la prestación del servicio, en tanto el origen de esta obligación es legal.

67. Con todo y esto, la demandante sostiene que, dada la ausencia de pacto expreso sobre asunción de riesgos en el convenio No. 167 de 2001, la determinación de qué parte los asumió debe partir de apreciar que el Municipio estaba en mejor posición para mitigar las consecuencias económicas derivadas de la ocurrencia del riesgo porque podía ejecutar coactivamente a los propietarios de los vehículos por el pago del servicio de parqueadero, lo que, a su juicio, supondría que fue aquél el que lo asumió.

68. Es cierto que existe la noción de que los riesgos deben ser asumidos por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos, administrarlos y por la parte que disponga de mejores instrumentos para protegerse contra esos riesgos. Sin embargo, no debe olvidarse, como ya se dijo, que los contratos de concesión se ejecutan por cuenta y riesgo del concesionario y, por tanto, es este sujeto de la relación negocial el que debe asumir aquellos que corresponden a los aleas en condiciones de normalidad y aquellos inherentes a la prestación del servicio, que es lo que depende de él. Por ello, la Sala evidencia que la parte en mejor posición para controlar los efectos de la ocurrencia del riesgo era Inversara, pues era la que

prestaba el servicio y, en tanto el riesgo de no retiro de los vehículos era inherente a esa prestación, era la que mejor podía adoptar medidas para mitigar y diversificar su impacto de cara a la prestación general del servicio —por ejemplo, mediante el incremento marginal de las tarifas para absorber los costos derivados del no retiro de otros vehículos[61]—.

69. En este orden de ideas, la Sala reafirma que como el riesgo por el no retiro de los vehículos de los infractores era inherente a la prestación del servicio, y como el servicio de parqueadero era prestado por cuenta y riesgo de Inversara, era esta y no el Municipio la parte que debía soportar los efectos derivados de la ocurrencia de dicho riesgo, pues era la parte que estaba en mejor posición de mitigar sus efectos.

En la fase de liquidación, el Municipio asumió el riesgo porque Inversara no tiene porqué asumir cargas injustificadas

70. Inversara le reprocha al *a quo* que analizara el objeto de la *litis* de cara a la fase de ejecución del convenio porque, a su juicio, el estudio ha debido centrarse únicamente en la fase de liquidación lo que, según dijo, hubiera llevado a una conclusión diferente en la medida en que, a partir de la aplicación de los principios de responsabilidad del Estado —artículos 90 de la Constitución y 50 de la Ley 80 de 1993—, se debe colegir que es el Municipio el que debe asumir esta carga. Este argumento no resulta atendible, por las razones que se pasan a expresar.

70.1. De manera reiterada, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que la liquidación del contrato estatal es la actuación mediante la cual, con posterioridad a su terminación normal o anormal, se define, de forma final y definitiva, la existencia, o no, de prestaciones, obligaciones o derechos —y su cuantía— a cargo de las partes en razón o con ocasión de lo que hubiere sido la fase ejecución del contrato[62]. Es, en pocas palabras, el corte de cuentas técnico y económico que determina qué se deben las partes, por qué concepto y en qué cuantía.

70.2. Corolario de lo anterior es que la fase de liquidación del contrato estatal guarda relación inescindible con el contenido del contrato estatal, de modo que lo que ocurre durante su ejecución es lo que determina el contenido del cruce de cuentas. En otras palabras, no se puede aislar el estudio del acto de liquidación sin antes analizar el contenido de los derechos y obligaciones derivados del negocio jurídico y establecer la existencia de créditos y débitos a favor y en contra de cada una de las partes.

[61] La Sala no pasa por alto que las tarifas por la prestación del servicio de parqueadero estaban reguladas por las autoridades municipales, pero dicha regulación se expresaba en topes tarifarios. En el proceso no se probó que Inversara no tuviera margen para incrementar las tarifas porque siempre cobraba el tope máximo.
[62] *Ver* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia dl 7 de mayo de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez (Exp. 48.746); Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de septiembre de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio (Exp.16.370). En igual sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 12 de diciembre de 2019, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico (Exp. 61.614); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero (Exp. 27.222). También: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de junio de 2016, C.P. Álvaro Namén Vargas (Exp. 2253).

70.3. En este orden de ideas, no es procedente que Inversara pretenda integrar el contenido de la liquidación a partir del principio de responsabilidad con prescindencia de lo que pactaron las partes en materia de derechos, obligaciones y asignación y asunción de riesgos. Todo lo contrario, la liquidación debe su contenido precisamente a que, durante la ejecución del contrato estatal, las partes asumieron ciertas obligaciones y adquirieron ciertos derechos los cuales, al momento de su finalización, han de ser finiquitados definitivamente con la expresión de los saldos a favor de cada parte; por este motivo es que se dice que la liquidación encuentra su causa en lo que acontezca durante la ejecución del contrato estatal.

70.4. En el *sub judice,* Inversara asumió por su cuenta y riesgo la prestación del servicio de parqueadero, lo que no se desdice a partir de la aplicación del principio de responsabilidad del Estado. Por el contrario, dado que el convenio No. 167 de 2001 es un contrato de concesión, de la naturaleza de esta figura se deriva que es el concesionario la parte que debe asumir las cargas derivadas de ciertos riesgos inherentes a la prestación del servicio; por esa razón, no existe una injustificada carga que deba soportar Inversara sino simplemente la asunción de los riesgos contractuales que se derivan de la naturaleza del contrato de concesión. Por ende, no es procedente el planteamiento del Municipio.

El Municipio vulneró el principio de buena fe y de planeación por no revelar la existencia del riesgo y, por ende, debe asumir sus consecuencias

71. La demandante se duele de que el *a quo* omitió considerar que el Municipio vulneró los principios de buena fe y de planeación porque no le informó sobre el riesgo consistente en que ciertos infractores no retiraran sus vehículos antes de la terminación del convenio, de lo que, a su juicio, se sigue que es el demandado el que debe asumir las consecuencias económicas de su ocurrencia. Este argumento tampoco está llamado a prosperar con fundamento en las siguientes razones.

71.1. El principio de economía consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 les impone a las entidades estatales deberes legales concretos que propenden por la racionalización de la actividad contractual en procura de la realización de los fines que esta persigue. En esencia, el principio de economía busca que la actividad contractual "*no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad*"[63]. Dentro del principio de planeación en tanto expresión del de economía, la entidad estatal debe proyectar y anticipar los efectos que pueden seguirse de la ejecución del contrato con el fin de que no se frustre el objeto de la contratación, que no es otra que la de servir a los intereses generales. En tal virtud, como parte del principio de planeación, la entidad contratante debe informar al contratista sobre aquellas circunstancias de hecho que puedan afectar la correcta ejecución del contrato.

71.2. Al lado de este postulado, y como su complemento, el principio de buena fe consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, obliga a las partes no solo a cumplir sus compromisos conforme a su tenor literal,

[63] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de agosto de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 15.324.

sino "*a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*" —artículo 871 del Código de Comercio—, mandato que cobija tanto la fase de celebración del contrato como su ejecución. En este orden de ideas, las partes tienen un deber objetivo, emanado de la buena fe, de adoptar ciertas conductas que faciliten la satisfacción del objeto contractual. Por ende, y con el mismo punto de llegada del principio de planeación, las partes tienen un deber de informar sobre aquellas circunstancias que puedan impactar en la correcta ejecución del contrato.

71.3. Sin perjuicio de lo anterior, como contrapartida de la obligación de informar sobre los riesgos que pueden acaecer durante la ejecución del contrato, las partes deben observar conductas profesionales y diligentes de cara a la satisfacción de sus propios intereses y de los inherentes al objeto contractual y no pueden excusar su falta de diligencia y sagacidad bajo el argumento de que la otra parte ha debido revelar todas las circunstancias que pueden surgir con ocasión de la ejecución del contrato. No se puede confundir el principio de buena fe y de planeación con un proteccionismo a favor del contratista. De hecho, en la contratación estatal, debido a sus propios fines, la parte que ostente la calidad de contratista debe ser idónea en atención a sus calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras, de lo que se sigue que no le es dable excusarse pura y llanamente en que la entidad estatal ha debido revelar cierta información sin acreditar antes que esa circunstancia no era posible conocerla incluso pese a haber desplegado una conducta diligente y profesional con ese fin.

71.4. En el caso concreto, si bien es cierto que el Municipio debía conocer que usualmente ciertos infractores no retiran sus vehículos inmovilizados dentro de un periodo prolongado de tiempo, no lo es menos que esta circunstancia no está velada u oculta a un contratista que decida asumir la prestación del servicio de parqueadero; Inversara no acreditó que esta información era imposible de conocer al momento de presentar su oferta y, por ende, dado que la demandante es un profesional y un experto en la prestación del servicio —motivo por el cual fue seleccionado para celebrar el convenio No. 167 de 2001—, no puede excusarse en el argumento de que el Municipio no le reveló esa circunstancia.

72. Con fundamento en todo lo anterior, la Sala concluye que no le asiste razón a la demandante pues es esta parte la que, en función de la naturaleza del convenio No. 167 de 2001 como un contrato de concesión, debe asumir los riesgos asociados intrínsecamente a la prestación del servicio de parqueadero. Por ende, es ella, y no el Municipio, la parte que debe asumir los costos asociados al servicio de parqueadero que no fueron pagados por los 905 propietarios que, a la fecha de finalización del convenio, no habían retirado sus vehículos.

73. Así las cosas, la Sala confirmará la decisión del *a quo* consistente en negar las pretensiones de la demanda*,* pero no por las razones allí esgrimidas, sino en razón de que: (i) a través del convenio No. 167 de 2001, las partes suscribieron un contrato de concesión para la prestación del servicio de parqueadero respecto de los carros inmovilizados; y, (ii) conforme a la naturaleza del contrato de concesión, Inversara asumió los riesgos asociados a la prestación de ese servicio, lo que

incluyó la posibilidad de que ciertos infractores no retiraran los vehículos inmovilizados en el parqueadero Asomotos antes de la finalización del convenio.

Costas

74. En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 7 de mayo de 2015, pero por los motivos desarrollados en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF
Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador .