



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: Édgar González López

Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación interna: 2433

Número Único: 11001-03-06-000-2019-00182-00

Referencia: Alcance del artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, que establece un límite a la remuneración de la inversión privada para la instalación y puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones de tránsito.

La ministra de transporte formuló una consulta a la Sala, con el propósito de que se absuelvan algunos interrogantes relacionados con el alcance del artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, que establece un límite a la remuneración de la inversión privada para la instalación y la puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones de tránsito.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta se hace un recuento de los siguientes hechos y consideraciones:

1. El artículo 7 de la Ley 769 de 2002, en adelante Código Nacional de Tránsito Terrestre, estableció que las autoridades de tránsito podrán delegar en entidades privadas el aporte de pruebas de infracciones de tránsito, el recaudo de las multas correspondientes, la tramitación de especies venales y todos los trámites previstos en las normas legales y reglamentarias, salvo la valoración de dichas pruebas.

2. De conformidad con lo establecido en el párrafo 2 del artículo 129 de la Ley 769 de 2002 «Las ayudas tecnológicas como cámaras de vídeo y equipos electrónicos de lectura que permitan con precisión la identificación del vehículo o del conductor serán válidos como prueba de ocurrencia de una infracción de tránsito y por lo tanto darán lugar a la imposición de un comparendo».

3. Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, «Por medio de la cual se regula la instalación y puesta en marcha de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones y se dictan otras disposiciones» establece:

Artículo 5°. Adiciónese un párrafo al artículo 7 de la Ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito, el cual quedará así: Párrafo 5°. La contratación con privados para la implementación de ayudas tecnológicas por parte de las autoridades de tránsito deberá realizarse conforme las reglas que para tal efecto dicten las normas de contratación estatal. **La remuneración a la inversión privada para la instalación y puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones no podrá superar en ningún caso el 10% del recaudo.** (Resalta la Sala)

4. El Ministerio de Transporte ha recibido varias consultas en relación con el alcance de la limitación prevista en la norma transcrita en el anterior numeral.

5. Una vez revisada la normativa que rige la materia y la exposición de motivos de la Ley 1843 de 2017, para el Ministerio no es claro el alcance de los términos «instalación», «puesta en operación de sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones» y «recaudo» referidos en el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017.

6. De conformidad con lo expuesto, el Ministerio de Transporte formuló a la Sala las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el alcance de los términos “remuneración a la inversión privada”, “instalación”, “puesta en operación de sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones” y “recaudo” referidos en el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017?

2. ¿De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, es posible que las autoridades de tránsito dispongan del 90% del recaudo para remunerar el OPEX del proyecto?

3. Teniendo en cuenta que el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, establece que la remuneración a la inversión privada no puede superar en ningún caso el 10% del recaudo, ¿Qué actividades se pueden remunerar con el 10% del recaudo, indicado en la citada disposición?

4. En el evento que la instalación y puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones, se realice bajo esquemas de APP ¿Los impuestos que origine la suscripción del contrato, forman parte del componente financiero como un componente de la inversión al que está obligado el concesionario?

5. ¿Los recursos que obtengan [sic] como consecuencia de la imposición de órdenes de comparendo a través de sistemas de detección electrónica de infracciones de tránsito, ostentan la calidad de recursos públicos durante la ejecución del contrato de concesión, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012, artículo 2 del Decreto 301 de 2014 y el artículo 2.2.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015?

7. El 20 de noviembre de 2019 se realizó una audiencia, con los magistrados de la Sala y los funcionarios del Ministerio de Transporte, la cual fue solicitada por el magistrado ponente, con el fin de indagar sobre las razones fácticas y jurídicas que dieron lugar a la formulación de la consulta.

8. De conformidad con lo solicitado por los magistrados en la referida audiencia, el Ministerio de Transporte, a través de su directora jurídica y mediante correo electrónico del 6 de diciembre de 2019, allegó a la Sala los siguientes documentos, como soporte para absolver la consulta:

a. Copia del «Convenio celebrado para la instalación, operación y mantenimiento del sistema de gestión integral para la fiscalización de tránsito de la ciudad de Barranquilla, dentro del contrato de concesión de amoblamiento urbano suscrito por el Distrito de Barranquilla con Contraseñares S.A.».

b. Copia de los otrosíis números 1, 2 y 3 al convenio referido en el numeral anterior.

II. Problemas jurídicos

De acuerdo con el contexto fáctico y normativo expuesto en la consulta del Ministerio de Transporte con las preguntas formuladas a la Sala, y los planteamientos realizados en la audiencia solicitada por el magistrado ponente, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta oportunidad son:

1. ¿Cuál es el contenido y alcance del límite previsto en el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, a la remuneración de la inversión privada para la instalación y la puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos utilizados para la detección de infracciones de tránsito?

2. ¿Cuál es la naturaleza y la destinación que se pueda dar a los recursos recaudados por concepto de las multas impuestas por infracciones de tránsito detectadas a través de medios técnicos y tecnológicos, en el marco de una APP celebrada para la implementación de los referidos equipos?

3. ¿Si los impuestos que origina la suscripción de un contrato en el marco de una asociación público privada forman parte del componente financiero como un componente de la inversión al que está obligado el concesionario?

III. Análisis jurídico.

Para resolver los problemas jurídicos enunciados, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: I. Marco jurídico para que privados participen en la detección de infracciones de tránsito a través de medios técnicos y tecnológicos y en otras actividades vinculadas a la imposición y cobro de las multas. II. Contenido y alcance del límite introducido por el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017 a la remuneración de los particulares por la instalación y la puesta en operación de los medios técnicos y tecnológicos utilizados para la detección de infracciones de tránsito. III. Propiedad y destinación de los dineros recaudados por las multas de tránsito y su relación con la retribución de un particular por la instalación, operación y mantenimiento de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito. IV. Las asociaciones público privadas, APP, y su utilización para la instalación y la puesta en funcionamiento de los medios técnicos y tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito.

IV. CONSIDERACIONES

I. Marco jurídico para que privados participen en la detección de infracciones de tránsito a través de medios técnicos y tecnológicos y en otras actividades vinculadas a la imposición y cobro de las multas.

A. Las normas del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

El artículo 24 de la Constitución Política dispone que todo colombiano tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, pero está sujeto a las limitaciones que establezca la ley.

En desarrollo de este mandato constitucional, el inciso 2 del artículo 1 del Código Nacional de Tránsito Terrestre establece que todo ciudadano tiene derecho a la circulación en el territorio nacional, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades para garantizar su seguridad y comodidad, y la de todos los habitantes del país. Especialmente, la seguridad de los peatones y los discapacitados físicos y mentales, en aras de preservar un ambiente sano y la protección del uso común del espacio público.

Acorde con esta disposición, el art. 7 del referido Código atribuyó a las autoridades de tránsito la función de garantizar la seguridad en las vías públicas, a través de

actividades regulatorias y sancionatorias. En relación con las segundas, la norma señaló lo siguiente:

Art. 7. Cumplimiento del régimen normativo:

[...] Las autoridades de tránsito podrán delegar en entidades privadas el aporte de pruebas de infracciones de tránsito, el recaudo de las multas correspondientes, la tramitación de especies venales y todos los trámites previstos en las normas legales y reglamentarias, salvo la valoración de dichas pruebas. [...] (Resalta la Sala)

Por su parte, el art. 129 ibídem otorgó valor probatorio a la identificación, a través de medios tecnológicos, de los vehículos y conductores que cometen las infracciones de tránsito, así:

Artículo 129. De los informes de tránsito. Los informes de las autoridades de tránsito por las infracciones previstas en este código, a través de la imposición de comparendo, deberán indicar el número de la licencia de conducción, el nombre, teléfono y dirección del presunto inculpado y el nombre y número de placa del agente que lo realiza. En el caso de no poder indicar el número de licencia de conducción del infractor, el funcionario deberá aportar pruebas objetivas que sustenten el informe o la infracción, intentando la notificación al conductor; si no fuere viable identificarlo, se notificará al último propietario registrado del vehículo, para que rinda sus descargos dentro de los siguientes diez [10] días al recibo de la notificación¹.

Parágrafo 1o. Las multas no podrán ser impuestas a persona distinta de quien cometió la infracción.

Parágrafo 2o. Las ayudas tecnológicas como cámaras de vídeo y equipos electrónicos de lectura que permitan con precisión la identificación del vehículo o del conductor serán válidos como prueba de ocurrencia de una infracción de tránsito y por lo tanto darán lugar a la imposición de un comparendo. (Resalta la Sala)

De manera adicional, el art. 135 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, modificado por el art. 22 de la Ley 1383 de 2010, estableció el procedimiento general para la imposición de las órdenes de comparendo y unas reglas especiales cuando estas son detectadas a través de medios tecnológicos. De esta disposición, y teniendo en cuenta el objeto de la consulta, vale la pena transcribir lo siguiente:

Artículo 135. Procedimiento. Ante la comisión de una contravención, la autoridad de tránsito debe seguir el procedimiento siguiente para imponer el

¹El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-530 de 2003, bajo el entendido de que el propietario solo será llamado a descargos, cuando existan elementos probatorios que permitan inferir que probablemente es el responsable de la infracción.

comparendo:

Ordenará detener la marcha del vehículo y le extenderá al conductor la orden de comparendo en la que ordenará al Infractor presentarse ante la autoridad de tránsito competente dentro de los cinco [5] días hábiles siguientes. Al conductor se le entregará copia de la orden de comparendo.

[...]

No obstante lo anterior, las autoridades competentes podrán contratar el servicio de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la comisión de infracciones o contravenciones, el vehículo, la fecha, el lugar y la hora. En tal caso se enviará por correo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes la infracción y sus soportes al propietario quien estará obligado al pago de la multa².

[...]

Parágrafo 2°. Los organismos de tránsito podrán suscribir contratos o convenios con entes públicos o privados con el fin de dar aplicación a los principios de celeridad y eficiencia en el cobro de las multas. (Resalta la Sala)

De igual forma, los artículos 136 y 137 regularon el procedimiento que debe adelantar la autoridad administrativa con posterioridad a la imposición del comparendo, con algunas disposiciones especiales en relación con las infracciones detectadas por medios tecnológicos. De estas disposiciones se destaca lo siguiente:

Artículo 136. Reducción de la multa. Modificado por el artículo 205 del Decreto 19 de 2012. Una vez surtida la orden de comparendo, si el inculpado acepta la comisión de la infracción, podrá, sin necesidad de otra actuación administrativa:

² Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, en la sentencia C- 980 de 2010, en la que se concluyó lo siguiente:

«[...] la notificación por correo al propietario del vehículo de la infracción y sus soportes, persigue un propósito específico y constitucionalmente legítimo: enterarlo de la actuación y brindarle la oportunidad material de ejercer sus derechos de defensa, contradicción e impugnación en caso de que se le atribuya algún tipo de responsabilidad en los hechos. Ello, sobre la base de que éste es la persona cuya identidad se conoce, a partir de la identificación de la matrícula del vehículo, en principio visible en los medios técnicos y tecnológicos que hayan sido utilizados, como puede ser el caso de los videos y las fotografías.

[...] 10.8. Así las cosas, insiste la Corte, el legislador no ha violado el derecho al debido proceso, por la circunstancia de acudir a la forma de notificación por correo para comunicar al propietario la infracción de tránsito que pesa sobre su vehículo, y el envío de los elementos en que se soporta dicha infracción. Por el contrario, con tal medida se le garantiza el citado derecho, no solo por el hecho de ponerlo en conocimiento sobre la existencia de la falta, sino también, por la posibilidad que le brinda de acudir al proceso administrativo en caso de que así lo considere para defender sus intereses».

1. <Numeral modificado por el artículo 118 del Decreto Ley 2106 de 2019> Cancelar el cincuenta por ciento [50%] del valor de la multa dentro de los cinco [5] días siguientes a la orden de comparendo y siempre y cuando asista obligatoriamente a un curso sobre normas de tránsito. [...]

Si el inculpado rechaza la comisión de la infracción, deberá comparecer ante el funcionario en audiencia pública para que éste decrete las pruebas conducentes que le sean solicitadas y las de oficio que considere útiles. [...]

En la misma audiencia, si fuere posible, se practicarán las pruebas y se sancionará o absolverá al inculpado. Si fuere declarado contraventor, se le impondrá el cien por ciento [100%] de la sanción prevista en la ley.

Los organismos de tránsito de manera gratuita podrán celebrar acuerdos para el recaudo de las multas y podrán establecer convenios con los bancos para este fin. El pago de la multa a favor del organismo de tránsito que la impone y la comparecencia, podrá efectuarse en cualquier lugar del país.

[...]

Artículo 137. Información. En los casos en que la infracción fuere detectada por medios que permitan comprobar la identidad del vehículo o del conductor el comparendo se remitirá a la dirección registrada del último propietario del vehículo.

La actuación se adelantará en la forma prevista en el artículo precedente, con un plazo adicional de seis [6] días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación respectiva, para lo cual deberá disponerse de la prueba de la infracción como anexo necesario del comparendo.

Si no se presentare el citado a rendir sus descargos ni solicitare pruebas que desvirtúen la comisión de la infracción, se registrará la sanción a su cargo en el Registro de Conductores e infractores, en concordancia con lo dispuesto por el presente código³.

[...] (Resalta la Sala)

³ Este inciso fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C- 530 de 2003, bajo el entendido que sólo se puede culminar la actuación, cuando la Administración, haya agotado todos los medios a su alcance para que el citado comparezca y, adicionalmente, cuando el propietario no coincide con el conductor, la citación no produce vinculación alguna. Por lo tanto, la sanción solo puede imponerse cuando aparezca plenamente comprobado que el citado es el infractor.

Finalmente, respecto a la ejecución de las multas impuestas por infracciones a las normas de tránsito, el art. 159 del Código Nacional de Tránsito Terrestre estableció:

Artículo 159. Cumplimiento. Artículo modificado por el artículo 206 del Decreto 19 de 2012. La ejecución de las sanciones que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho, **quienes estarán investidas de jurisdicción coactiva para el cobro, cuando ello fuere necesario.**

[...]

Parágrafo 1. Las autoridades de tránsito podrán contratar el cobro de las multas que se impongan por la comisión de infracciones de tránsito. [...]

(Resalta la Sala)

De conformidad con el marco normativo expuesto, la Sala considera necesario realizar algunas consideraciones que permitan precisar las actividades que pueden ser contratadas por las autoridades de tránsito para el ejercicio de su función sancionatoria, por las infracciones de tránsito detectadas a través de medios técnicos y tecnológicos.

De manera previa, es importante destacar que las normas transcritas facultan a las autoridades de tránsito a contratar con particulares algunas actividades vinculadas con su función sancionatoria: en algunos casos, a través de la figura de la delegación y, en otros, con la autorización general de contratar determinados servicios.

En el segundo caso, las normas del Código no determinaron los tipos contractuales a los que puede recurrir la Administración para cumplir con el fin previsto por el legislador, ni distingue las actividades que pueden ser objeto de estos contratos. En consecuencia, la definición de estos aspectos quedó en manos de la Administración, previo cumplimiento del deber de planeación contractual, con aplicación de las herramientas reguladas por el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, 1082 de 2015, en especial, la elaboración del plan anual de adquisiciones, (art. 2.2.1.1.1.4.1.), la evaluación de riesgos derivados del contrato, (art. 2.2.1.1.1.6.1), el análisis del sector relativo al objeto del proceso (art. 2.2.1.1.1.6.3) y, en especial, la elaboración de los estudios previos (art. 2.2.1.1.2.1.1⁴).

⁴ Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben

Realizadas estas precisiones, procede la Sala a analizar las actividades que el Código Nacional de Tránsito Terrestre autorizó a las autoridades de tránsito a contratar o delegar en entidades privadas.

A.1. Actividades que pueden ser contratadas con particulares para detectar infracciones de tránsito a través de medios técnicos y tecnológicos y para realizar otras actividades relacionadas con la función sancionatoria de las autoridades de tránsito.

a) El servicio de medios técnicos y tecnológicos para evidenciar las infracciones de tránsito (art. 135).

El art. 135 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, modificado por el art. 22 de la Ley 1383 de 2010, estableció el procedimiento que se debe adelantar para la imposición de las órdenes de comparendo una vez verificada la ocurrencia de la infracción de tránsito.

En el marco de este procedimiento, la norma estableció la facultad de las autoridades de tránsito para «contratar el servicio de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la comisión de infracciones o contravenciones, el vehículo, la fecha, el lugar y la hora». Lo anterior, con la finalidad de regular los trámites especiales que deben surtir en estos eventos para expedir y notificar la orden de comparendo.

permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.
8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía.

Como se anticipó, la norma no determinó los tipos contractuales a los que puede recurrir la Administración para cumplir con el fin previsto en la norma, ni el contenido y alcance de sus prestaciones. No obstante, esta comporta la posibilidad de contratar, entre otras, la instalación, operación y mantenimiento de los medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la comisión de infracciones o contravenciones, el vehículo, la fecha, el lugar y la hora; un par de estas actividades o una sola de ellas.

b) El aporte de las pruebas de las infracciones de tránsito mediante delegación de funciones (art. 7).

El artículo 7 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, titulado cumplimiento del régimen normativo, faculta a las autoridades de tránsito para delegar en entidades privadas «el aporte de pruebas de infracciones de tránsito, el recaudo de las multas correspondientes, la tramitación de especies venales⁵ y todos los trámites previstos en las normas legales y reglamentarias, salvo la valoración de dichas pruebas».

En cuanto a la posibilidad de delegar el aporte de las pruebas de las infracciones es importante realizar las siguientes observaciones:

- La operación de los medios técnicos y tecnológicos utilizados para la detección de las infracciones de tránsito constituye el medio idóneo para que el particular pueda suministrar las pruebas de las infracciones. Desde este punto de vista, si la autoridad de tránsito delega el aporte de las pruebas, también deberá asignar al agente privado la operación de los equipos utilizados para su detección.
- La delegación para el aporte de las pruebas no le otorga al particular facultad para su valoración, pues el art. 7 ibídem prohíbe delegar esta función a particulares. Así las cosas, es la autoridad de tránsito la única que puede determinar si se cometió la infracción y, por tanto, si es procedente expedir la orden de comparendo.

⁵ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia «venal» significa: «vendible o expuesto a la venta». Por su parte, el Ministerio de Transporte señala que las especies venales son «*todos aquellos documentos que tienen un costo y se encuentra en la resolución No. 15000 de 2002. Cfr. www.mintransporte.gov.co*», página consultada el 5 de marzo de 2020. Por lo tanto, la Sala considera que la habilitación para delegar la tramitación de especies venales, contenida en el art. 7 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, no está directamente relacionada con la detección de las infracciones de tránsito y la imposición de las órdenes de comparendo y las multas respectivas, sino, en general, a los trámites que deben ser adelantados ante las autoridades de tránsito con el pago de un determinado costo, entre ellos, los trámites de las licencias de conducción.

Cabe destacar que el art. 7 ibídem no prohibió expresamente la delegación de la expedición de las órdenes de comparendo. Sin embargo, debe entenderse que la imposibilidad de delegar la «valoración de la prueba de la infracción», también incorporada en el art. 7 ibídem, comprende, a su vez, la de expedir las órdenes de comparendo⁶. Así lo ratificó posteriormente el art. 5 de la Ley 1843 de 2017, al prohibir expresamente la delegación de esta función. Sobre el particular regresará la Sala más adelante.

- El aporte de las pruebas por el particular es apenas una de las múltiples etapas y actuaciones que debe adelantar la Administración para la imposición, el cobro y el recaudo de las multas de tránsito. En efecto, estas pruebas quedan sujetas a la valoración de las autoridades de tránsito y al derecho de contradicción que puede ejercer el presunto infractor de la norma de tránsito, tanto en el proceso contravencional que se debe adelantar cuando este niega la comisión de la infracción⁷, como en el proceso de cobro coactivo iniciado para ejecutar la multa⁸.
- Por ende, las pruebas aportadas por las entidades privadas no se constituyen en el fundamento pleno o exclusivo para la imposición, el cobro y el recaudo de las multas. Se requiere, además, de una serie de actuaciones que deben ser adelantadas por las autoridades de tránsito, en ejercicio del *ius puniendi* que les ha sido otorgado para asegurar la seguridad vial en el país.
- El art. 7 del Código Nacional de Tránsito Terrestre no precisó el tipo de contratos a través de los cuales se debe efectuar la delegación para el aporte de las pruebas de las infracciones de tránsito.

⁶ Una interpretación distinta parece haber realizado el Distrito de Barranquilla, cuando suscribió el Convenio para la instalación, operación y mantenimiento del sistema de gestión integral para la fiscalización de tránsito de la ciudad de Barranquilla, dentro del contrato de concesión de amoblamiento urbano suscrito por el distrito de Barranquilla con Construseñales S.A. En efecto, en este convenio, de fecha 6 de noviembre de 2007, se estableció:

«Cláusula primera: El concesionario en desarrollo de su objeto contractual, realizará por sus propios medios y utilizando sus propios recursos: la instalación, operación y mantenimiento de los elementos fijos o móviles de mobiliario urbano integrantes del Sistema de Gestión Integral para la Fiscalización de Tránsito, capacitados tecnológicamente para detectar infracciones de las normas de tránsito vigentes, identificar los vehículos que cometen dichas infracciones, realizar el procesamiento, **imposición y recaudo de tales infracciones según las tarifas establecidas en el Código Nacional de Tránsito**». (Resalta la Sala).

⁷ Artículos 136 y 137 del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

⁸ Art 159 ibídem.

Por lo tanto, es necesario remitirse a los requisitos generales sobre delegación de funciones administrativas, establecidos en los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998. Esto es, la exigencia de expedir un acto administrativo de delegación y de celebrar un convenio para cuya celebración debe elaborarse un pliego de condiciones, formular convocatoria pública y aplicar los principios de contratación estatal, consagrados en la Ley 80 de 1993. De manera adicional, el convenio deberá tener un plazo máximo de ejecución de cinco años⁹ e incorporar cláusulas excepcionales.

Como lo precisó esta Sala en otra oportunidad¹⁰, este convenio está referido a un contrato especial de concesión, que se caracteriza por tener efectos hacia terceros, como destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular¹¹.

c) El recaudo de las multas mediante delegación de funciones (art. 7).

El art. 7 del Código Nacional de Tránsito Terrestre facultó a las autoridades de tránsito para delegar el recaudo de las multas de tránsito. Como se verá más adelante, esta autorización fue derogada por la Ley 1843 de 2017. Sin embargo, para la Sala es importante realizar las siguientes consideraciones sobre el alcance que tenía la habilitación contenida en el art. 7 ejusdem.

Sea lo primero señalar que el término recaudo es definido por la RAE como «acción de recaudar», mientras el verbo recaudar como «acción de cobrar o percibir dinero».

Así, de acuerdo con el uso natural y obvio de las palabras, cuando el legislador utiliza la palabra **recaudo** puede estar haciendo referencia, tanto al cobro de los dineros que se adeudan por un determinado concepto, como a la acción de recibir o percibir esos dineros, o a ambas acciones.

⁹ En lo concerniente a la frase «cuyo plazo de ejecución será de cinco [5] años», a la que hace referencia el art. 111 de la Ley 489 de 1998, la Corte Constitucional, en la Sentencia C – 866 de 1999, precisó: «[...] la norma señala actualmente como término legal de cualquier convenio de atribución de funciones a particulares el de cinco años; sin embargo, la recta interpretación de esta norma, según la naturaleza de las cosas y el principio hermenéutico del efecto útil de las disposiciones, lleva a concluir que este es un plazo máximo de duración del respectivo convenio, pues otra cosa haría imposible la celebración del mismo en aquellos casos en los cuales la naturaleza de la función implica su realización en un plazo menor».

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de noviembre de 2004, Exp. N° 1592.

¹¹ Ibídem.

Sin embargo, en el ámbito del Código Nacional de Tránsito Terrestre, es evidente que el legislador utilizó el término recaudo en el sentido de percepción real de dineros.

Así se deduce del contenido de las normas que hacen referencia a la actividad de recaudo y, además, del hecho de que las normas del Código se refieren, de un lado, a la actividad de cobro de las multas de tránsito (artículos 135, parágrafo 2¹² y 159, parágrafo 1¹³) y, del otro, a la actividad de recaudo (artículos 7¹⁴ y 135, parágrafo 1¹⁵). Por lo tanto, si el legislador diferenció entre una y otra figura es obvio inferir que se tratan de instituciones distintas.

En esta medida, se colige que, cuando las normas del Código se refieren al **recaudo de las multas** aluden a la acción de recibir o percibir las sumas correspondientes y, por lo tanto, en estos términos debe entenderse lo dispuesto en el art. 7 ibídem, que autorizó a las autoridades de tránsito a delegar en entidades privadas el recaudo de las multas.

Respecto a la forma en que debe delegarse esta actividad caben las mismas precisiones realizadas para la delegación del aporte de las pruebas de las infracciones de tránsito. Esto es que, al recurrir al concepto de delegación, el art. 7 remitió la figura a los requisitos establecidos en la Ley 489 de 1998, para la delegación de funciones administrativas.

De manera adicional, vale la pena mencionar que la facultad de delegar el recaudo de las multas, introducida por el art. 7 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, se encontraba en concordancia con lo previsto en el art. 160 ibídem, que establece lo siguiente:

Artículo 160. Destinación. De conformidad con las normas presupuestales respectivas, el recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, se destinará a planes de tránsito, educación, **dotación de**

¹² «Parágrafo 2°. Los organismos de tránsito podrán suscribir contratos o convenios con entes públicos o privados con el fin de dar aplicación a los principios de celeridad y eficiencia en el cobro de las multas».

¹³ «Parágrafo 1. Las autoridades de tránsito podrán contratar el cobro de las multas que se impongan por la comisión de infracciones de tránsito».

¹⁴ «Las autoridades de tránsito podrán delegar en entidades privadas el aporte de pruebas de infracciones de tránsito, el recaudo de las multas correspondientes, la tramitación de especies venales y todos los trámites previstos en las normas legales y reglamentarias, salvo la valoración de dichas pruebas».

¹⁵ «Parágrafo 1°. La autoridad de tránsito entregará al funcionario competente o a la entidad que aquella encargue para su recaudo, dentro de las doce [12] horas siguientes, la copia de la orden de comparendo, so pena de incurrir en causal de mala conducta. [...]».

equipos, combustible y seguridad vial, salvo en lo que corresponde a la Federación Colombiana de Municipios y los particulares en quienes se delegue y participen en la administración, liquidación, recaudo y distribución de las multas. (Resalta la Sala)

Como se observa, el art. 160 autorizó a las autoridades de tránsito a utilizar parte de los dineros recaudados por concepto de multas, para el pago de los particulares que participaran en la gestión de recaudo y en las actividades con esta relacionada, como la liquidación, administración y distribución de las multas.

d) El cobro de las multas y los demás servicios que garanticen celeridad y eficiencia de esta labor [artículos 135 y 159]

El parágrafo 2 del art. 135 del Código Nacional de Tránsito Terrestre establece que los «organismos de tránsito podrán suscribir contratos o convenios con entes públicos o privados con el fin de dar aplicación a los principios de celeridad y eficiencia en el cobro de las multas».

El legislador no estableció los tipos contractuales a los que puede recurrir la Administración a efectos de cumplir con el fin previsto en la norma, ni el contenido y alcance de sus prestaciones. Solo incorporó una habilitación general y abstracta, que les permite a las autoridades de tránsito celebrar diferentes tipos de negocios, siempre que con estos se logre hacer más rápido y eficiente el cobro de las multas de tránsito¹⁶.

En todo caso, se infiere que las autoridades de tránsito quedaron investidas para contratar con particulares, tanto los bienes y servicios que les faciliten realizar directamente el cobro de las multas, como el servicio de cobro propiamente dicho.

Esta segunda posibilidad tiene fundamento adicional en el art. 159 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, que señala lo siguiente:

Artículo 159. Cumplimiento. Artículo modificado por el artículo 206 del Decreto 19 de 2012. La ejecución de las sanciones que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho, **quienes estarán investidas de jurisdicción coactiva para el cobro, cuando ello fuere necesario.**

¹⁶ Habilidadación que, a juicio de la Sala, no resultaba justificada, ni necesaria, pues no se trata de una función delegada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el Estatuto de Contratación, en sus artículos 32 y 40, permite a las entidades estatales celebrar todos los contratos típicos o atípicos, nominados o innominados, que surjan de la autonomía de la voluntad y se requieran para el cumplimiento de los fines estatales.

[...]

Parágrafo 1. Las autoridades de tránsito podrán contratar el cobro de las multas que se impongan por la comisión de infracciones de tránsito. [...]

(Resalta la Sala)

Como se observa, la norma hace referencia a la facultad genérica de cobro. Por lo tanto, facultó de manera general a las autoridades de tránsito para contratar el cobro coactivo de las multas y para convenir todos los actos que hacen parte de este procedimiento.

No obstante, es pertinente referirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en la que se establecen severas restricciones a la facultad de delegar funciones administrativas¹⁷, en particular, las involucradas en los procesos de cobro coactivo que son competencia de las entidades del Estado.

En primer lugar, en la sentencia C-866 de 1999¹⁸, la Corte Constitucional estableció una limitación importante para la delegación de funciones administrativas, al establecer que esta debe realizarse sin vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga, así:

[...] encuentra la Corte que **la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.** Si, en los términos del artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la

¹⁷ En la sentencia C-866 de 1999, la Corte Constitucional analizó el alcance de la figura de la función administrativa como ámbito de aplicación de las reglas de delegación de funciones a los particulares de la Ley 489 de 1998, y señaló: «[...] en los sistemas de gobierno presidenciales, como el nuestro, el órgano Ejecutivo tiene a la cabeza al presidente de la República, quien, al contrario de lo que ocurre en otros sistemas de gobierno, ejerce a la vez funciones de jefe de Estado, de jefe de Gobierno y de suprema autoridad administrativa [art. 115 de la Constitución Política]. [...]. Sin embargo, todas estas funciones no son propiamente administrativas, sino políticas o gubernamentales y, en cuanto entrañan el ejercicio de la soberanía exclusiva del poder político, no son atribuibles a los particulares, pues la democracia representativa exige que sean los gobernantes elegidos por el pueblo, quienes ejerzan la conducción política y encarnen la soberanía de la nación. [...]. La Corte entiende que en este campo de las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en aquellas otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de las mismas a particulares no se refieren las normas constitucionales pertinentes».

¹⁸ En la que se analizó la constitucionalidad de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998.

falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella –la investidura- perdería sustento jurídico¹⁹. (Resalta la Sala)

Con fundamento en esta jurisprudencia, la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia del 17 de mayo de 2007 –Exp. AP 00369²⁰, se pronunció sobre la posibilidad de atribuir funciones administrativas de cobro coactivo a particulares.

Para el efecto, diferenció entre las actividades decisorias de la Administración, que por su naturaleza no pueden ser delegadas a particulares, y las actividades de instrumentación y proyección de documentos, que parece calificar como «funciones administrativas», pues afirma que sí pueden ser delegadas a particulares, pero con la expedición de un acto administrativo y la celebración de un convenio, conforme a lo establecido en los artículos 110 y 111 de Ley 489 de 1998. Lo anterior, en los siguientes términos:

[...] es necesario recordar que el proceso de cobro coactivo comprende, en términos generales, los siguientes pasos o eventos: mandamiento de pago; investigaciones sobre los bienes del deudor; decreto de las medidas de embargo y secuestro preventivo; notificación del mandamiento de pago; decisión de las excepciones presentadas por el deudor; remate de bienes embargados; celebración de acuerdos de pago entre la administración y el deudor.

Todos los pasos o eventos referidos contienen al menos dos partes, ámbitos o módulos: uno de preparación, instrumentación o de proyección de documentos, constituido por las actuaciones previas, concomitantes o posteriores que deben surtirse como base del cobro coactivo, y otra de decisión, representada por los actos de cobro coactivo, en sentido propio. El análisis sobre la viabilidad de la atribución de funciones administrativas debe diferenciar, respecto de cada paso o evento, las dos partes referidas.

[...] en relación con los actos del cobro coactivo propiamente dichos, tales como expedición del mandamiento de pago, decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc., la Sala considera que constituyen una función exclusiva de la administración en ejercicio de sus poderes soberanos de cobro coactivo, y como tal no puede ser atribuida a particulares.

[...] con base en lo dispuesto en las normas jurídicas aplicables y en lo dicho por la jurisprudencia nacional, la Sala considera que puede haber una atribución parcial a favor de los particulares de las funciones

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. Exp. 41001-23-31-000-2004-00369-01[AP].

administrativas relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del proceso y la proyección de documentos, siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998, y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución. (Resalta la Sala)

Estas conclusiones fueron acogidas por la Corte Constitucional, en la sentencia C-224 de 2013, en la cual se declaró inexecutable el art. 66 de la Ley 1480 de 2011²¹, que en el ámbito de los contratos del consumidor autorizaba a contratar con particulares el cobro coactivo de los créditos a favor del Estado.

En esta decisión, la Corte reiteró que en los procesos de cobro coactivo las entidades del Estado no pueden delegar en particulares funciones de naturaleza decisoria, a diferencia de lo que sucede con las labores de instrumentación y proyección de documentos. Sin embargo, dejó abierta la posibilidad de que estas últimas fueran contratadas sin acudir a la figura de la delegación de funciones administrativas regulada por la Ley 489 de 1998:

[...] la Corte encuentra que la autorización contenida en el Artículo 66 de la Ley 1480 de 2011 y en el Artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 para que las entidades estatales “externalicen” la cobranza de los créditos a su favor, desconoce las limitaciones constitucionales para el ejercicio de funciones públicas por los particulares. Esto se explica porque, por un lado, se vacían de contenido las competencias de las autoridades públicas, y porque por otro lado, la transferencia versa sobre una función que sólo puede ser ejercida por las propias agencias gubernamentales, en cuanto les ha sido atribuida en su condición del tales.

[...] La transferencia integral termina por desnaturalizar el procedimiento de cobro coactivo. En efecto, éste tiene por objeto fundamental que la administración cobre directamente, sin la mediación judicial, sus propios créditos; es decir se trata de un privilegio de la administración pública para que ella misma ejecute sus acreencias. [...]

Por tal motivo, la Corte concluye que la intervención de los abogados externos en el procedimiento de cobro coactivo, en caso de existir, debe circunscribirse a la fase de instrumentación y proyección de

²¹ «Art. 66 del Estatuto de Protección del Consumidor: De conformidad con el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992, facúltase a la autoridad competente para contratar apoderados que realicen el cobro coactivo, caso en el cual los honorarios serán del 10% del monto recaudado por el apoderado, honorarios que estarán a cargo y serán pagados por el Tesoro Nacional».

documentos, más no a la fase decisoria propiamente dicha, en la que se materializa la ejecución, porque esta debe quedar radicada en las instituciones públicas. [...]

Así las cosas, se declarará la inexequibilidad de los preceptos acusados, en cuanto en éste se habilita a las entidades estatales para nombrar abogados externos que adelanten los procedimientos de cobro coactivo. **Esta declaratoria no es óbice para que sin necesidad de un acto de apoderamiento, los particulares participen en la fase persuasiva del cobro, y en las actividades que rodean la fase decisoria de la ejecución de deudas**²². (Resalta la Sala)

Por último, en la sentencia del 21 de febrero de 2011²³, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró las consideraciones expuestas en la sentencia del 17 de mayo de 2007, antes citada, que distinguió entre actos decisorios, que no pueden ser entregados a los particulares, y actuaciones de instrumentación y proyección de documentos, que sí pueden ser contratadas con estos.

No obstante, en esta segunda decisión, la Sección Tercera parece considerar que las labores de instrumentación y proyección de documentos pueden ser asignadas a particulares a través de contratos de prestación de servicios, pues señaló lo siguiente:

En conclusión, la Sala consideró que la potestad de jurisdicción coactiva, en principio, no se puede asignar a través de un contrato de prestación de servicios profesionales, **salvo algunas actividades de las tantas que incluye ese procedimiento, concretamente: «aquellas que atañen a la instrumentación del proceso y la proyección de documentos», o lo que es igual, «las actuaciones de instrumentación o de proyección de documentos»**. Las demás están prohibidas, esto es, la «expedición del mandamiento de pago, decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc.»²⁴. (Resalta la Sala)

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, las autoridades administrativas no pueden contratar actividades o actos de naturaleza decisoria, como la expedición del mandamiento de pago, el decreto de embargo o secuestro, la decisión de excepciones, la celebración de acuerdos de pago, entre otras. Por lo tanto, solo pueden contratar

²² Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2013.

²³ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Rad. 08001-23-31-000-1997-02967-01(17555).

²⁴ Ibídem.

labores de cobro persuasivo, así como de instrumentación y proyección de documentos en el proceso de cobro coactivo.

Sin embargo, la referida jurisprudencia no deja claro si las actividades de instrumentación y proyección de documentos implican el ejercicio de funciones administrativas y, por lo tanto, deben ser delegadas conforme a lo establecido en la Ley 489 de 1998, o se trata de labores de colaboración que pueden ser asignadas a particulares a través de contratos de prestación de servicios²⁵.

Para la Sala, las actividades de instrumentación y proyección de documentos se encuentran en la segunda de las categorías enunciadas, pues se trata de labores de apoyo logístico o técnico, que no implican actuaciones decisorias. Por ende, pueden ser contratadas a través de contratos de prestación de servicios. Sin embargo, corresponderá a las autoridades de tránsito, en cada caso, determinar con precisión el alcance de las actividades que requieren contratar, para establecer si se trata o no de funciones administrativas y, por lo tanto, si requieren o no el cumplimiento de los requisitos de la Ley 489 de 1998.

A.2. Conclusiones

a) Las normas originales del Código Nacional de Tránsito Terrestre, parcialmente modificadas por la Ley 1383 de 2010, otorgaron a las autoridades de tránsito la posibilidad de contratar con particulares las siguientes actividades vinculadas a su actividad sancionatoria por las infracciones de tránsito:

- Los servicios de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar las infracciones de tránsito, así como el vehículo, el día, la hora y lugar de su comisión (art. 135).
- Mediante delegación, el aporte de las pruebas de las infracciones de tránsito (art. 7). Como se analizó en este concepto, la delegación de esta función se vincula con las actividades de operación de los equipos técnicos y tecnológicos necesarios para la detección de la infracción.
- Mediante delegación, el recaudo de las multas de tránsito, actividad que se concreta en la percepción efectiva de los dineros correspondientes y se diferencia del proceso de cobro de las multas.

²⁵ Esta segunda categoría de contratos son los que realizan las entidades del Estado, con el fin de obtener la colaboración de terceros para el cumplimiento de tareas relacionadas con su administración o funcionamiento (artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993).

- El cobro de las multas por infracciones de tránsito (art. 159) y, en general, aquellos servicios que garanticen que este cobro se realice con la mayor celeridad y eficiencia (parágrafo 2 del art. 135).

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, las autoridades de tránsito no pueden vaciar de contenido la función de cobro coactivo que les ha sido otorgada, ni pueden delegar en particulares actuaciones de naturaleza decisoria en el proceso de cobro.

b) Para que las autoridades de tránsito pudieran entregar estas actividades a los particulares, el Código Nacional de Tránsito Terrestre previó dos figuras:

a) **La delegación de funciones:** para el aporte de las pruebas (art. 7) y para el recaudo de las multas (art. 7).

b) **La contratación de determinados servicios:** para contratar los servicios de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la infracción de tránsito, la identificación del vehículo, la hora, el día y lugar de su comisión (art. 135) o del conductor (art. 129. Parág.2); el cobro de las multas (art. 159) y, en general, los bienes y servicios necesarios para realizar el cobro de las multas con mayor celeridad y eficiencia (art. 135 parág. 2).

c) En relación con la delegación para el aporte de las pruebas y para el recaudo de las multas, el Código no precisó la manera como debía materializarse esta figura, razón por la cual serán aplicables las reglas generales de delegación de funciones administrativas reguladas por la Ley 489 de 1998.

d) En cuanto a la posibilidad de contratar determinados servicios para el ejercicio de la función sancionatoria de las autoridades de tránsito, el Código Nacional de Tránsito Terrestre no precisó el tipo de contratos que se podían celebrar, ni determinó con claridad el alcance de las prestaciones que podían ser objeto de estos. Por lo tanto, las autoridades de tránsito deben definir estos aspectos, en ejercicio de su libertad de configuración, pero con estricto cumplimiento del deber de planeación contractual.

e) La facultad de contratar los servicios de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar las infracciones de tránsito puede comprender la celebración de diversos negocios jurídicos, entre ellos, la contratación de la instalación y la puesta en operación, o en forma adicional la operación y mantenimiento de los referidos equipos.

Si las autoridades de tránsito deciden contratar la operación de los equipos utilizados para detección de las infracciones, tendrá como objetivo obtener el aporte de las pruebas de las infracciones. Por lo tanto, en el evento de esta delegación de funciones deberán cumplirse los requisitos establecidos en la Ley 489 de 1998, de conformidad con lo establecido en el art. 7 del Código.

f) Finalmente, si bien el legislador previó la posibilidad de delegar el aporte de las pruebas de las infracciones de tránsito, su valoración quedó reservada a las autoridades de tránsito, pues el art. 7 prohibió expresamente la delegación de esta función.

B. Las modificaciones introducidas por la Ley 1843 de 2017 al Código Nacional de Tránsito Terrestre. La jurisprudencia.

En el año 2017 se expidió la Ley 1843, «por medio de la cual se regula la instalación y la puesta en marcha de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones [...]».

La nueva ley modificó y derogó algunas disposiciones relativas a las actividades que pueden contratar las autoridades de tránsito para el ejercicio de su función sancionatoria, en especial, por las infracciones detectadas a través de medios técnicos y tecnológicos.

Para analizar estos cambios vale la pena exponer el siguiente cuadro comparativo, de las normas originales del Código Nacional de Tránsito Terrestre y las introducidas por la Ley 1843 de 2017:

Ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito Terrestre	Ley 1843 de 2017 , por medio de la cual se regula la instalación y puesta en marcha de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones [...]
Artículo 7. Las autoridades de tránsito velarán por la seguridad de las personas y las cosas en la vía pública y privadas abiertas al público. [...] Las autoridades de tránsito podrán delegar en entidades privadas el aporte de pruebas de infracciones de tránsito, el recaudo de las multas correspondientes, la tramitación de especies venales y todos los trámites previstos en las normas legales y reglamentarias, salvo la valoración de dichas pruebas. [...]	Artículo 4. Competencia para expedir órdenes de comparendos. Solo las autoridades de tránsito a que hace referencia el Código Nacional de Tránsito, son las competentes para <u>expedir y recaudar órdenes de comparendos por infracciones de tránsito</u> ocurridas en su jurisdicción. <u>No podrá entregarse dicha facultad ni por delegación ni mediante convenio a ninguna entidad de naturaleza privada.</u> [...]

Parágrafo 1o. La Policía Nacional con los servicios especializados de Policía de Carreteras y Policía Urbana de Tránsito, contribuirá con la misión de brindar seguridad y tranquilidad a los usuarios de la Red Vial Nacional. Parágrafo 2o. La Policía Nacional reglamentará el funcionamiento de la Seccional de Formación y Especialización en Seguridad Vial, [...] Parágrafo 3o. El Ministerio de Transporte contribuirá al desarrollo y funcionamiento de la Escuela Seccional de Formación y Especialización en Seguridad Vial. Parágrafo 4o. Los organismos de tránsito podrán celebrar contratos y/o convenios con los cuerpos especializados de policía urbana de tránsito [...]	Artículo 5º. Adiciónese un parágrafo al artículo 7o de la Ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito, el cual quedará así: Parágrafo 5o. La contratación con privados para la implementación de ayudas tecnológicas por parte de las autoridades de tránsito deberá realizarse conforme las reglas que para tal efecto dicten las normas de contratación estatal. La remuneración a la inversión privada para la instalación y puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones no podrá superar en ningún caso el 10% del recaudo.
Artículo 129. De los informes de tránsito [...] Parágrafo 1o. Las multas no podrán ser impuestas a persona distinta de quien cometió la infracción. Parágrafo 2o. Las ayudas tecnológicas como cámaras de vídeo y equipos electrónicos de lectura que permitan con precisión la identificación del vehículo o del conductor serán válidos como prueba de ocurrencia de una infracción de tránsito y por lo tanto darán lugar a la imposición de un comparendo.	
Artículo 135. Modificado por el art. 22 de la Ley 1383 de 2010. Procedimiento. Ante la comisión de una contravención, la autoridad de tránsito debe seguir el procedimiento siguiente para imponer el comparendo: Ordenará detener la marcha del vehículo y le extenderá al conductor la orden de comparendo en la que ordenará al Infractor presentarse ante la autoridad de tránsito competente dentro de los cinco [5] días hábiles siguientes. Al conductor se le entregará copia de la orden de comparendo. Para el servicio además se enviará por correo dentro de los tres [3] días hábiles siguientes copia del comparendo al propietario del vehículo, a la empresa a la cual se encuentra vinculado y a la Superintendencia de Puertos y Transporte para lo de su competencia. La orden de comparendo deberá estar firmada por el conductor, siempre y cuando ello sea posible. Si el conductor se negara a firmar o a presentar la licencia, firmará por él un testigo, el cual deberá identificarse plenamente con el	Artículo 8. Procedimiento ante la comisión de una contravención detectada por el sistema de ayudas tecnológicas, la autoridad de tránsito debe seguir el procedimiento que se describe a continuación: El envío se hará por correo y/o correo electrónico, en el primer caso a través de una empresa de correos legalmente constituida, dentro de los tres [3] días hábiles siguientes a la validación del comparendo por parte de la autoridad, copia del comparendo y sus soportes al propietario del vehículo y a la empresa a la cual se encuentra vinculado; este último caso, en el evento de que se trate de un vehículo de servicio público. En el evento en que no sea posible identificar al propietario del vehículo en la última dirección registrada en el RUNT, la autoridad deberá hacer el proceso de notificación por aviso de la orden de comparendo.

número de su cédula de ciudadanía o pasaporte, dirección de domicilio y teléfono si lo tuviere. No obstante lo anterior, las autoridades competentes podrán contratar el servicio de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la comisión de infracciones o contravenciones, el vehículo, la fecha, el lugar y la hora. <u>En tal caso se enviará por correo dentro de los tres [3] días hábiles siguientes la infracción y sus soportes al propietario quien estará obligado al pago de la multa</u>²⁶. Para el servicio público además se enviará por correo dentro de este mismo término copia del comparendo y sus soportes a la empresa a la cual se encuentre vinculado y a la Superintendencia de Puertos y Transporte para lo de su competencia. El Ministerio de Transporte determinará las características técnicas del formulario de comparendo único nacional, así como su sistema de reparto. En éste se indicará al conductor que tendrá derecho a nombrar un apoderado si así lo desea y que en la audiencia, para la que se le cite, se decretarán o practicarán las pruebas que solicite. El comparendo deberá además proveer el espacio para consignar la dirección del inculcado o del testigo que lo haya suscrito por éste. Parágrafo 1°. La autoridad de tránsito entregará al funcionario competente o a la entidad que aquella encargue para su recaudo, dentro de las doce [12] horas siguientes, la copia de la orden de comparendo, so pena de incurrir en causal de mala conducta. Cuando se trate de agentes de policía de carreteras, la entrega de esta copia se hará por conducto del comandante de la ruta o del comandante director del servicio. Parágrafo 2°. Los organismos de tránsito podrán suscribir contratos o convenios con entes públicos o privados con el fin de dar aplicación a los principios de celeridad y eficiencia en el cobro de las multas. (Resalta y subraya de la Sala)	Una vez allegada a la autoridad de tránsito del respectivo ente territorial donde se detectó la infracción con ayudas tecnológicas se le enviará al propietario del vehículo la orden de comparendo y sus soportes en la que ordenará presentarse ante la autoridad de tránsito competente dentro de los once [11] días hábiles siguientes a la entrega del comparendo, contados a partir del recibo del comparendo en la última dirección registrada por el propietario del vehículo en el Registro Único Nacional de Tránsito, para el inicio del proceso contravencional, en los términos del Código Nacional de Tránsito. <u>Parágrafo 1o. El propietario del vehículo será solidariamente responsable con el conductor, previa su vinculación al proceso contravencional, a través de la notificación del comparendo en los términos previstos en el presente artículo, permitiendo que ejerza su derecho de defensa</u>²⁷. [...] Parágrafo 2o. Los organismos de tránsito podrán suscribir contratos o convenios con entes públicos o privados con el fin de dar aplicación a los principios de celeridad y eficiencia en el recaudo y cobro de las multas. [...]
---	---

²⁶ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, en la sentencia C- 980 de 2010.

²⁷ Los apartes subrayados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 038 de 2020.

Artículo 159. Artículo modificado por el artículo 206 del Decreto 19 de 2012. Cumplimiento. La ejecución de las sanciones que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho, quienes estarán investidas de jurisdicción coactiva para el cobro, cuando ello fuere necesario. [...] Parágrafo 1. Las autoridades de tránsito podrán contratar el cobro de las multas que se impongan por la comisión de infracciones de tránsito. Parágrafo 2. Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. [...] (Subraya de la Sala)	
Artículo 160. Destinación. De conformidad con las normas presupuestales respectivas, el recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, se destinará a planes de tránsito, educación, dotación de equipos, combustible y seguridad vial, salvo en lo que corresponde a la Federación Colombiana de Municipios y los particulares en quienes se delegue y participen en la administración, liquidación, recaudo y distribución de las multas. (Resalta la Sala)	
	[...] Artículo 15. Derogatorias. La presente ley deroga las normas que le sean contrarias, en especial lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1450 de 2011 y rige a partir de su promulgación.

B.1. Modificaciones introducidas por la Ley 1843 de 2017 a la contratación de particulares, para la detección de infracciones de tránsito a través de medios tecnológicos y otras actividades vinculadas a la función sancionatoria de las autoridades de tránsito

El examen del cuadro comparativo expuesto permite observar las siguientes modificaciones introducidas por la Ley 1843 de 2017, al régimen de contratación de particulares para el desarrollo de algunas actividades vinculadas a la función sancionatoria de las autoridades de tránsito:

a) Se regula la contratación con particulares para la implementación de ayudas tecnológicas para la detección de infracciones de tránsito (art. 5)

Vale la pena recordar que el art. 135 del Código Nacional de Tránsito Terrestre

estableció que las autoridades de tránsito «[...] podrán contratar el servicio de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la comisión de infracciones o contravenciones, el vehículo, la fecha, el lugar y la hora».

Como se analizó en este concepto, la amplitud de las prestaciones amparadas por esta disposición permite contratar diversas actividades, entre ellas, la instalación, operación y mantenimiento de los medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la comisión de las infracciones de tránsito; un par de estas actividades, o una sola de ellas.

Por su parte, el art. 5 de la Ley 1843 de 2017 solo hace referencia a los contratos que tienen por objeto la instalación y la puesta en operación de los sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos que permiten la detección de las infracciones de tránsito, así:

Artículo 5º. [...] La contratación con privados para la implementación de ayudas tecnológicas por parte de las autoridades de tránsito deberá realizarse conforme las reglas que para tal efecto dicten las normas de contratación estatal. La remuneración a la inversión privada para la instalación y puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones no podrá superar en ningún caso el 10% del recaudo.

Como se observa, la norma regula: i) el régimen de los contratos celebrados para la implementación que comprende la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos que permiten la detección de infracciones de tránsito – régimen de la contratación estatal- y, ii) el límite a la remuneración de las entidades privadas por la prestación de estos servicios²⁸.

En esta medida, el art. 5 ibídem no derogó y por el contrario complementó lo dispuesto en el art. 135 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, para contratar la implementación de los servicios de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar infracciones de tránsito.

b) Modificaciones en materia de delegación de funciones

La nueva normativa introdujo las siguientes disposiciones en relación con la delegación de actividades a particulares:

i) Prohibición para celebrar convenios o delegar a particulares la expedición de las órdenes de comparendo

²⁸ Sobre este último aspecto regresará la Sala más adelante.

A diferencia del Código Nacional de Tránsito Terrestre, el art. 4 de la Ley 1843 de 2017 prohibió expresamente la posibilidad de contratar o delegar a particulares la expedición de las órdenes de comparendo. En consecuencia, a partir de la nueva normativa, es claro que la competencia para expedir órdenes de comparendo por infracciones detectadas con medios tecnológicos corresponde única y exclusivamente a las autoridades de tránsito, en ejercicio de su potestad sancionatoria.

ii) Prohibición para celebrar convenios o delegar a particulares el recaudo de las multas

El artículo 4 de la Ley 1843 de 2017 establece que:

«Solo las autoridades de tránsito [...] son las competentes para expedir y recaudar órdenes de comparendos por infracciones de tránsito ocurridas en su jurisdicción. No podrá entregarse dicha facultad ni por delegación ni mediante convenio a ninguna entidad de naturaleza privada».

Para precisar el alcance de la expresión «expedir y recaudar órdenes de comparendos», es importante remitirse al glosario de definiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre, el cual debe ser tenido en cuenta para dar alcance a sus disposiciones y, por ende, también a las normas que las modifican o adicionan, tal como sucede con la Ley 1843 de 2017.

En efecto, dentro de esas definiciones se encuentran las siguientes:

Comparendo: Orden formal de notificación para que el presunto contraventor o implicado se presente ante la autoridad de tránsito por la comisión de una infracción.

Multa: Sanción pecuniaria. Para efectos del presente código y salvo disposición en contrario, la multa debe entenderse en salarios mínimos diarios legales vigentes.

De manera adicional, de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 136 y 137 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, una vez impuesta la orden de comparendo, si el inculpado acepta la comisión de la infracción, podrá, sin necesidad de otra actuación administrativa, pagar la multa. De lo contrario, la autoridad de tránsito iniciará el proceso contravencional para la imposición de la multa.

Así las cosas, es evidente que una es la expedición de la orden de comparendo, con la que se notifica al inculpado de la presunta infracción y se da inicio al proceso contravencional para la imposición de la multa, y otra la multa en sí misma considerada, que puede derivarse de la misma orden de comparendo, si el inculpado acepta la comisión de la infracción y paga, o del acto administrativo a través del cual se impone la sanción y se pone fin al proceso contravencional.

En consecuencia, cuando el art. 4 de la Ley 1843 de 2017 señala que solo las autoridades de tránsito son competentes para expedir y recaudar órdenes de comparendo hace referencia a dos actividades: a la expedición de las órdenes de comparendo y el recaudo de las multas.

En esta medida, el art. 4 de la Ley 1843 de 2017 derogó parcialmente el art. 7 del Código Nacional de Transporte Terrestre, que autorizaba a las autoridades de tránsito para delegar el recaudo de las multas a particulares²⁹.

De manera adicional, se debe recordar que el art. 160 del Código Nacional de Tránsito permitía destinar un porcentaje de las multas al pago de los particulares que realizaban la labor de recaudo. Lo anterior, en los siguientes términos:

Artículo 160. Destinación. De conformidad con las normas presupuestales respectivas, el recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, se destinará a planes de tránsito, educación, dotación de equipos, combustible y seguridad vial, salvo en lo que corresponde a la Federación Colombiana de Municipios **y los particulares en quienes se delegue y participen en la administración, liquidación, recaudo y distribución de las multas.** (Resalta la Sala)

No obstante, eliminada la autorización para delegar el recaudo de las multas, en los términos del art. 4 de la Ley 1843 de 2017, también desaparece la posibilidad de destinar los recursos recaudados por este concepto, para pagar a «los particulares en quienes se delegue y participen en la administración, liquidación, recaudo y distribución de las multas»³⁰.

²⁹ Un panorama parcialmente distinto se observa en relación con los contratos o convenios que pueden celebrar las autoridades de tránsito con otros entes públicos para el recaudo de las multas, pues el art. 4 de la Ley 1843 de 2017 solo prohíbe que las autoridades de tránsito puedan delegar esta actividad en entidades privadas.

³⁰ Nótese que las labores de administración, liquidación y distribución de las multas parecen referirse a actividades derivadas o inherentes a la función de recaudo. En efecto, si a un particular se le atribuye la función de recaudar las multas de tránsito, se deduce que también debe liquidar las sumas correspondientes al momento del pago, administrar temporalmente los valores recaudados, y distribuirlos conforme a la ley y a lo acordado en los respectivos contratos. Por lo tanto, la Ley 1843 de 2017 eliminó la posibilidad de delegar y contratar todas estas actividades.

Es importante señalar que el art 160 del Código Nacional de Tránsito fue modificado por el art. 306 de la Ley 1955 de 2019³¹, de la siguiente manera:

Artículo 160. Destinación de multas y sanciones. Artículo modificado por el artículo 306 de la Ley 1955 de 2019. De conformidad con las normas presupuestales respectivas, el recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, se destinará a la ejecución de los planes y proyectos del sector movilidad, en aspectos tales como planes de tránsito, transporte y movilidad, educación, dotación de equipos, combustible, seguridad vial, operación e infraestructura vial del servicio de transporte público de pasajeros, transporte no motorizado, **y gestión del sistema de recaudo de las multas**, salvo en lo que corresponde a la Federación Colombiana de Municipios.

Parágrafo En lo que se refiere al servicio de transporte público las entidades territoriales que cuenten con sistemas de transporte cofinanciados por la Nación priorizarán la financiación de estos sistemas. (Resalta la Sala)

Como se observa, la norma amplía la destinación de los recursos recaudados por las multas de tránsito e incorpora la posibilidad de utilizarlos para la gestión del sistema de recaudo. De esto se infiere que la Administración podría contratar a particulares para realizar labores de apoyo para el recaudo de las multas, porque la labor de recaudo en sí misma considerada sigue siendo propiedad exclusiva de las autoridades de tránsito, de conformidad con lo previsto en el art. 4 de la Ley 1843 de 2017.

En este orden de ideas, la Sala considera importante referirse a la contradicción existente entre la prohibición de delegar o contratar el recaudo de las multas, introducida por el art. 4 de la Ley 1843 de 2017, y la autorización para celebrar contratos o convenios, con entidades públicas o privadas, para alcanzar mayor celeridad y eficiencia en el cobro **y recaudo de las multas**, incorporada por el parágrafo 2 del artículo 8 ibídem³².

Para resolver esta antinomia, es claro que deberá prevalecer la prohibición de entregar o delegar a particulares el recaudo de las multas, dada la finalidad de la ley y además su carácter imperativo que no le permite al intérprete sustraerse de su mandato. No obstante, un efecto útil debe atribuirse al artículo 8 ibídem, en concordancia con lo establecido en el art. 306 de la Ley 1955 de 2019, en el

³¹ Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022.

³² Esta norma regula el procedimiento para imponer órdenes de comparendo por infracciones detectadas por medios técnicos y tecnológicos. En esencia, este precepto reitera lo dispuesto en el art. 135 del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

sentido de que las autoridades de tránsito pueden contratar con particulares la prestación de servicios que faciliten el cobro y recaudo de las multas por parte de las autoridades de tránsito, pero no la actividad de recaudo en sí misma considerada.

B.2. La inexistencia de responsabilidad solidaria entre el infractor de la norma de tránsito y el propietario del vehículo: Sentencia C- 038 de 2020 de la Corte Constitucional

Como ya se examinó, el artículo 135 del Código Nacional de Tránsito Terrestre establece la posibilidad de que las autoridades de tránsito contraten «el servicio de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar la comisión de infracciones o contravenciones, el vehículo, la fecha, el lugar y la hora».

De manera adicional, la norma establece que «En tal caso se enviará por correo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes la infracción y sus soportes al propietario quien estará obligado al pago de la multa». Esta disposición fue declarada condicionalmente exequible en la sentencia C-980 de 2010, bajo el entendido de que la notificación de la infracción al propietario obedece a la responsabilidad que este asume por su relación con el vehículo, pero no excluye la exigencia de probar que fue él quien cometió la infracción para obligarlo al pago de la multa.

En concordancia con las citadas disposiciones, el art. 137 ibídem señaló:

Artículo 137. Información. En los casos en que la infracción fuere detectada por medios que permitan comprobar la identidad del vehículo o del conductor el comparendo se remitirá a la dirección registrada del último propietario del vehículo.

[...] Si no se presentare el citado a rendir sus descargos ni solicitare pruebas que desvirtúen la comisión de la infracción, se registrará la sanción a su cargo en el Registro de Conductores e infractores, en concordancia con lo dispuesto por el presente código. (Resalta la Sala)

El inciso resaltado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C- 530 de 2003, bajo el entendido que sólo se puede culminar la actuación, cuando la Administración haya agotado todos los medios a su alcance para que el citado comparezca y, adicionalmente, que cuando el propietario no coincide con el conductor, la citación no produce vinculación alguna.

En este sentido, concluyó la Corte que «[...] la sanción solo puede imponerse cuando aparezca plenamente comprobado que el citado es el infractor».

Por último, el art. 129 del Código Nacional de Tránsito previó lo siguiente:

Artículo 129. De los informes de tránsito [...]

En el caso de no poder indicar el número de licencia de conducción del infractor, el funcionario deberá aportar pruebas objetivas que sustenten el informe o la infracción, intentando la notificación al conductor; si no fuere viable identificarlo, se notificará al último propietario registrado del vehículo, para que rinda sus descargos dentro de los siguientes diez [10] días al recibo de la notificación.

Parágrafo 1o. Las multas no podrán ser impuestas a persona distinta de quien cometió la infracción.

Parágrafo 2o. Las ayudas tecnológicas como cámaras de vídeo y equipos electrónicos de lectura que permitan con precisión la identificación del vehículo o del conductor serán válidos como prueba de ocurrencia de una infracción de tránsito y por lo tanto darán lugar a la imposición de un comparendo. (Resalta y subraya la Sala)

En la sentencia C-530 de 2003, antes citada, la Corte Constitucional también declaró condicionalmente exequible los apartes subrayados, bajo el entendido de que el propietario solo será llamado a descargos cuando existan elementos probatorios que permitan inferir que probablemente es el responsable de la infracción. De esta manera, la Corte reiteró el principio de personalidad de la sanción de la multa por las infracciones de tránsito, en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 129 ibídem, según el cual las multas solo podrán ser impuesta al sujeto que cometió la infracción.

Así las cosas, de acuerdo con las normas del Código Nacional de Tránsito Terrestre y lo dispuesto por la Corte Constitucional, las pruebas de las infracciones detectadas por medios tecnológicos aportadas por los particulares podían no ser suficientes para imponer y ejecutar la multa, si no se lograba identificar al conductor del vehículo. Lo anterior, teniendo en cuenta que esta solo podía imponerse al infractor.

Ahora bien, las citadas disposiciones no fueron modificadas expresamente por la Ley 1843 de 2017. Sin embargo, el parágrafo 1 del art. 8 de la Ley 1843 de 2017, en el marco del procedimiento que se debe adelantar para la imposición de las órdenes de comparendo detectadas a través de medios tecnológicos, introdujo la siguiente previsión: **«el propietario del vehículo será solidariamente responsable con el conductor, previa su vinculación al proceso contravencional»**. (Resalta la Sala)

Por lo tanto, a partir de esta disposición las multas podían ser impuestas y ejecutadas en contra del propietario del vehículo, previa su vinculación al proceso contravencional.

No obstante, mediante sentencia C- 038 de 2020, la Corte Constitucional declaró inexecutable el parágrafo transcrito, bajo la consideración de que la responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo y el conductor, por las infracciones detectadas por medios tecnológicos (fotomultas), viola el debido proceso constitucional del propietario del vehículo y el principio de responsabilidad personal en el ámbito sancionatorio.

Al respecto señaló la Corte:

[...] no basta con garantizar que se ejerza formalmente el derecho a la defensa porque, sin exigir imputación personal de la infracción, la única defensa posible consistiría en demostrar que no se es el propietario del vehículo o que éste fue hurtado [...]

No obstante que el parágrafo 1º del artículo 129 de la Ley 769 de 2002, consagre el principio de la personalidad de las sanciones en los asuntos regidos por el Código Nacional de Tránsito y disponga que *“las multas no serán impuestas a persona distinta de quien cometió la infracción”*, la introducción posterior de la solidaridad, por parte de la Ley 1843 de 2017, podría dar a entender que la reforma al Código Nacional de Tránsito introdujo una excepción al artículo 129 en mención o que, a pesar de que la multa se impone al infractor, puede ser cobrada al propietario del vehículo. En este sentido, la norma demandada, por su posible contradicción con el principio establecido en el artículo 129 del mismo Código, es fuente de inseguridad jurídica.

[...] Por su parte, el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 1843 de 2017 dispone que *“Se entenderá por sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos a todas las ayudas tecnológicas como cámaras de vídeo y equipos electrónicos de lectura que permitan con precisión la identificación del vehículo o del conductor, de que trata el parágrafo 2o del artículo 129 de la Ley 769 de 2002 Código Nacional de Tránsito Terrestre”* (énfasis no original). **Esta norma no permite, en una interpretación sistemática, concluir acertadamente que, en su conjunto, la Ley 1843 de 2017 sí exige la identificación del conductor, para que le sea impuesta a éste la sanción, ya que al definir los sistemas automáticos o semiautomáticos de detección de infracciones, utiliza la expresión “o”, de alcance alternativo, lo que indica que el sistema podrá identificar el vehículo o al conductor, pero no exige, en realidad, que ambos elementos se encuentren plenamente identificados para que proceda la sanción. La norma bajo control de constitucionalidad confirma esta conclusión, ya que permite la sanción del propietario del vehículo, aún si no se demuestra que fue él quien cometió personalmente la infracción.**

[...] la Corte Constitucional reitera que la solidaridad en materia sancionatoria exige la demostración, por parte de la autoridad administrativa, de la imputación personal de la falta al obligado solidariamente, es decir, que la

solidaridad respecto de las sanciones administrativas, no puede desconocer el principio de imputabilidad personal. (Resalta la Sala)

De manera adicional, la Corte precisó que, no obstante la declaratoria de inexequibilidad de la responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo y el conductor, la detección tecnológica de infracciones sigue constituyendo un medio probatorio válido de la comisión de la infracción, aunque la identificación del vehículo no sea suficiente para imponer la sanción³³. Lo anterior, en los siguientes términos:

Al respecto, debe resaltarse que los medios de detección tecnológica de infracciones constituyen medios probatorios válidos respecto de la realización del hecho y, por lo tanto, son pruebas pertinentes en el proceso contravencional, aunque lo anterior no indica que baste con identificar la placa del vehículo con el cual se comete la infracción, para que el Estado satisfaga su carga probatoria mínima en cuanto a la identificación del infractor, ya que la propiedad del vehículo no tiene la fuerza probatoria necesaria para demostrar quién personalmente realizó el comportamiento tipificado. Debe advertirse que la propiedad de los vehículos automotores no exige ser titular de un permiso o licencia de conducción vigente y que para conducir válidamente un vehículo, no se exige ser su propietario.

En definitiva, si bien las autoridades de tránsito pueden contratar los medios técnicos y tecnológicos para identificar la infracción, el vehículo, el día, el lugar y la hora de su comisión, sin que sea necesario que se identifique al conductor, las pruebas aportadas por el particular no serán pruebas suficientes para que el Estado pueda imponer y ejecutar la multa, pues para esto es necesario identificar al infractor³⁴.

B.3. Conclusiones

De acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley 1843 de 2017 al Código Nacional de Tránsito Terrestre y los límites fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado a la delegación de las funciones administrativas de cobro coactivo, el marco jurídico de la contratación de particulares, para que puedan realizar actividades vinculadas a la función sancionatoria de las autoridades de tránsito, es el siguiente:

³³ *Ibidem*.

³⁴ Lo anterior, sin perjuicio de las infracciones que por su naturaleza puedan estar vinculadas directamente al propietario del vehículo.

- Actividades que pueden ser contratadas y delegadas por las autoridades de tránsito

- a) Contratar los servicios de medios técnicos y tecnológicos que permitan evidenciar las infracciones de tránsito.

De acuerdo con el art. 135 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, las autoridades de tránsito pueden contratar los sistemas de medios técnicos y tecnológicos que le permitan detectar la infracción, así como el vehículo, el día, el lugar y la hora de su comisión.

En concordancia con lo anterior, el art. 5 de la Ley 1843 de 2017 reguló la contratación para la instalación y la puesta en operación de los sistemas técnicos y tecnológicos utilizados para detectar las infracciones de tránsito. En específico, el régimen jurídico aplicable a estos contratos y el límite para la remuneración del particular.

Ahora bien, si la autoridad de tránsito en forma adicional contrata la operación de estos servicios técnicos y tecnológicos, los respectivos contratos tendrán como objetivo el aporte de las pruebas de las infracciones por parte de los particulares. Por lo tanto, en estos casos se presenta una delegación de funciones administrativas en los términos del art. 7 del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

- b) Delegar el aporte de las pruebas.

La Ley 1843 de 2017 mantuvo vigente lo dispuesto en el art. 7 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, en relación con la posibilidad de delegar a particulares el aporte de las pruebas. Sin mencionar el procedimiento que se debe adelantar. Por lo tanto, en estos casos son aplicables las reglas generales contenidas en la Ley 489 de 1998, esto es, la expedición de un acto administrativo de delegación y la celebración de un contrato especial de concesión.

- c) Contratar las labores de instrumentación y proyección de documentos para el cobro de las multas.

Esta atribución se deriva de la facultad atribuida a las autoridades de tránsito para contratar a particulares para el cobro de las multas, introducida por el art. 159 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, pero interpretada de conformidad con los límites establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Es importante recordar que la citada jurisprudencia no esclarece si para la contratación de estas actividades de instrumentación y proyección de documentos, es procedente la figura de la delegación de funciones administrativas, según lo previsto en la Ley 489 de 1998, o a través de contratos de prestación de servicios.

Para la Sala, en términos generales, estas labores no implican el ejercicio de funciones administrativas, pues se trata de actividades de colaboración en las labores de administración y funcionamiento de las entidades del Estado, que no implican el ejercicio de actuaciones decisorias. Por lo tanto, por regla general, estas pueden ser contratadas a través de los contratos de prestación de servicios a los que se refiere el art. 32.2 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, le corresponderá a la autoridad de tránsito determinar, en cada caso, si las actividades que requieren contratar comportan el ejercicio de funciones administrativas y, por ende, deben ser delegadas, de conformidad con los requisitos de la Ley 489 de 1998.

- d) La prestación de servicios que faciliten o sean instrumentales al recaudo de las multas por parte de las autoridades de tránsito.

Lo anterior, con fundamento en los arts. 4 y 8 de Ley 1843 de 2017, interpretados en forma concordante con la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019 al art. 160 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, en relación con la destinación de las multas para la gestión del sistema de recaudo.

- Actividades que no pueden ser contratadas y delegadas por las autoridades de tránsito

- a) Delegar en entidades privadas la valoración de las pruebas de las infracciones de tránsito (art. 7 del Código Nacional de Tránsito Terrestre).
- b) Entregar a entidades privadas, por delegación o por convenio, la expedición de las órdenes de comparendo (art. 4 de la Ley 1843 de 2017).
- c) Contratar con entidades privadas las actuaciones de naturaleza decisoria del proceso de cobro de las multas. En especial, en relación con el proceso de cobro coactivo, la Corte Constitucional ha señalado la imposibilidad de delegar la expedición del mandamiento de pago, el decreto de embargo o secuestro, la decisión de excepciones, la celebración de acuerdos de pago, entre otras.

- d) Entregar a entidades privadas, por delegación o por convenio, la actividad de recaudo de las multas (art. 4 de la Ley 1843 de 2017).

En definitiva, a partir de la Ley 1843 de 2017 y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la intervención de los particulares en el ejercicio de la función sancionatoria de las autoridades de tránsito tiene serias restricciones. En estos casos, la colaboración de los particulares estará restringida a las actividades necesarias para la detección de las infracciones, a la delegación para el aporte de las pruebas, a las labores de instrumentación y proyección de documentos en el proceso de cobro coactivo y la prestación de servicios que faciliten el recaudo de las multas por parte de las autoridades de tránsito.

Por su parte, son las autoridades de tránsito las únicas competentes para realizar las actuaciones y adoptar las decisiones necesarias para imponer la multa y garantizar su ejecución. Entre ellas, valorar la prueba de las infracciones detectadas por medios técnicos y tecnológicos; expedir la orden de comparendo y notificarla al inculpado; iniciar el proceso contravencional para la imposición de la multa, cuando el inculpado niega la comisión de la infracción, y adelantar en este proceso las actuaciones de naturaleza decisoria, entre otras, decretar las pruebas solicitadas, imponer la multa, resolver los recursos presentados por el inculpado; realizar el proceso de cobro de la multa y, por lo tanto, expedir el mandamiento de pago, decretar el embargo o secuestro de los bienes del deudor, decidir las excepciones, celebrar acuerdos de pago; y, finalmente, recaudar la multa.

La Sala quiere resaltar que, en este conjunto de etapas administrativas y procesales, todas las actuaciones de naturaleza decisoria les corresponden a la Administración. Lo anterior tiene importancia para el caso de consulta, porque en últimas, los particulares solo pueden prestar sus servicios, como obligaciones de apoyo o instrumentales, a las autoridades de tránsito, para la detección de las infracciones y el aporte de las pruebas correspondientes. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta por la autoridad de tránsito al momento de valorar y determinar la procedencia de la contratación y la estimación de la remuneración del particular.

II. Contenido y alcance del límite introducido por el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, a la remuneración de los particulares por la instalación y la puesta en operación de los medios técnicos y tecnológicos utilizados para la detección de infracciones de tránsito.

Teniendo en cuenta los interrogantes planteados en la consulta, la Sala procede a analizar el alcance del límite del art. 5 de la Ley 1843 de 2017, teniendo en cuenta

su ámbito de aplicación³⁵ y el significado del término recaudo, al que hace referencia el límite impuesto por el legislador.

Para el efecto, se considera importante transcribir la norma objeto de análisis:

Artículo 5º. Adiciónese un párrafo al artículo 7o de la Ley 769 de 2002, Código Nacional de Tránsito, el cual quedará así:

Parágrafo 5o. La contratación con privados para la implementación de ayudas tecnológicas por parte de las autoridades de tránsito deberá realizarse conforme las reglas que para tal efecto dicten las normas de contratación estatal. **La remuneración a la inversión privada para la instalación y puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones no podrá superar en ningún caso el 10% del recaudo.** (Resalta la Sala)

A. Ámbito de aplicación del límite incorporado por el art. 5 de la Ley 1843 de 2017

A.1. Remuneración a la inversión privada [...]

Los términos «remuneración a la inversión privada» hacen referencia a la contraprestación que pueden percibir los contratistas de la Administración, por los recursos empleados para la instalación y la puesta en operación de sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones de tránsito.

Es importante mencionar que la remuneración del contratista debe corresponder al valor estimado del contrato. Este valor debe estar justificado en los estudios previos en cumplimiento del deber de planeación³⁶.

³⁵ El estudio del ámbito de aplicación implica el análisis de los siguientes términos: «remuneración a la inversión privada», «instalación», «puesta en operación de sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones».

³⁶ Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, 1082 de 2015. «Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: [...] 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración [...]».

A.2. [...] para la instalación y la puesta en operación de sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos utilizados para la detección de infracciones

En cuanto al significado del término **instalación**, es importante remitirse a las siguientes definiciones del verbo **instalar**, dadas por el Diccionario de la Real Academia:

- [...] **2.** tr. Poner o colocar en el lugar debido a alguien o algo. U. t. c. prnl.
- 3.** tr. Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en el que se hayan de utilizar; como una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc.
- 4.** tr. Inform. Transferir al disco duro de una computadora u otro dispositivo electrónico un programa y prepararlo para su correcto funcionamiento.

Por su parte, el término **puesta en operación** es definido por el Diccionario de la Real Academia como «regular un organismo a efectos de que funcione».

De conformidad con estas definiciones, se colige que **la instalación** de sistemas automáticos y semiautomáticos hace referencia a su ubicación o colocación física en un lugar inmediato o cercano a las carreteras del país, y **su puesta en operación**, a la programación técnica e informática necesaria para que estos equipos puedan funcionar.

No obstante, se debe tener en cuenta que, desde el punto de vista jurídico, la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos para la detección de infracciones de tránsito también comprende: i) la adquisición de las autorizaciones legales y ii) el cumplimiento de los requisitos técnicos necesarios para que estos sistemas puedan entrar en funcionamiento.

La exigencia de cumplir estos requisitos se encuentra en armonía con la finalidad perseguida por la Ley 1843 de 2017, cuya exposición de motivos indica lo siguiente:

Tal y como se observa, la legislación vigente sobre esta materia se ha ocupado hasta la fecha de la asignación de competencias para la utilización de estos mecanismos de control, vigilancia y sanción para los ciudadanos; sin embargo, en la actualidad existe un vacío normativo respecto a los criterios técnicos especializados que deben tenerse en cuenta al momento de instalar estos mecanismos.

Hacia este importante aspecto se orienta la propuesta que nos ocupa, no basta con tener claridad sobre el organismo competente para la instalación del mecanismo de control, **es también de vital importancia que nuestra**

legislación incluya criterios técnicos objetivos, para el ejercicio de la función sancionatoria en estos espacios.

[...] surge en forma urgente la necesidad de incluir un conjunto de criterios técnicos que permitan garantizar el cumplimiento de las metas propuestas en los términos de movilidad y competitividad para hacer efectiva la nueva realidad e infraestructura con la que cuenta nuestra nación. (Resalta la Sala)

Acorde con esta finalidad, el art. 2 de la Ley 1843 de 2017 estableció:

Artículo 2o. Criterios para la instalación y puesta en operación. Artículo modificado por el artículo 109 del Decreto Ley 2106 de 2019. Todo sistema automático, semiautomático y otros medios tecnológicos para la detección de presuntas infracciones al tránsito que se pretenda instalar, **deberá cumplir con los criterios técnicos de seguridad vial que para su instalación y operación establezca el Ministerio de Transporte en conjunto con la Agencia Nacional de Seguridad Vial.**

Los sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos que se pretendan instalar, deberán contar con autorización de la Agencia Nacional de Seguridad Vial, la cual se otorgará de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Seguridad Vial. [...] (Resalta la Sala)

Así las cosas, la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos que permiten detectar infracciones de tránsito comprenden todas las actividades, de diferente naturaleza, que debe realizar el particular para poner al servicio de las autoridades de tránsito los referidos sistemas. En especial, su instalación física y su programación técnica, pero también la tramitación de las autorizaciones y la realización de las pruebas técnicas exigidas por la ley para que estos equipos puedan entrar en funcionamiento.

En este orden de ideas, en los términos utilizados por la norma analizada, la «instalación y puesta en operación» de los sistemas automáticos y semiautomáticos utilizados para la detección de infracciones de tránsito, equivale a su «implementación».

Así lo ratifica, el contenido integral del art. 5 de la Ley 1843 de 2017, que establece el régimen aplicable a la contratación con privados para la «implementación» de ayudas tecnológicas que permiten evidenciar infracciones de tránsito y, a renglón seguido, impone un límite a la remuneración de estas actividades, pero utilizando términos equivalentes a la palabra implementación, esto es, «instalación y puesta en operación».

Todo lo expuesto permite concluir que la instalación y la puesta en operación de los sistemas automáticos y semiautomáticos para la detección de las infracciones de tránsito, a los que alude el art. 5 de la Ley 1843 de 2017, no comprenden la operación y mantenimiento de estos sistemas. De manera adicional, porque estas actividades desbordan la fase de implementación de los referidos equipos, tal como se analiza a continuación.

A.3. La operación y mantenimiento de los sistemas automáticos y semiautomáticos como actividades diferenciadas de su instalación y puesta en operación.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua «operar una cosa» implica «producir el efecto para el cual se destina», mientras la actividad de mantenimiento es definida como un «Conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando adecuadamente».

De acuerdo con estas definiciones, se infiere que la operación de los sistemas tecnológicos utilizados para la detección de infracciones de tránsito implica, esencialmente, descargar y procesar permanentemente la información capturada con los equipos tecnológicos, a efectos de entregar las pruebas respectivas a las autoridades de tránsito. Por su parte, el mantenimiento de estos equipos comprende todos los procedimientos y cuidados necesarios para que estos funcionen adecuadamente y, por tanto, permitan evidenciar de manera certera las infracciones y capturar la prueba de su comisión.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la contratación de la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito debe incluir actividades de garantía de calidad de los equipos. En específico las amparadas con la garantía de cumplimiento de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y/o de calidad de los servicios objeto del contrato³⁷, teniendo en cuenta la naturaleza de estos contratos.

³⁷ Al respecto, el Decreto 1802 de 2015 establece lo siguiente: «Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

[...] 5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

6. **Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.**

7. **Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.**

8. **Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato».** (Resalta la Sala)

Por lo tanto, un eventual contrato celebrado para la operación y el mantenimiento de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito debe comprender la ejecución de actividades que permitan garantizar el funcionamiento adecuado de los referidos equipos, más allá del alcance y el plazo de la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y/o de calidad del servicio solicitada al contratista, de acuerdo con los estudios previos realizados en la etapa de planeación del contrato.

En definitiva, se concluye que la instalación y la puesta en operación de los sistemas automáticos y semiautomáticos que permiten evidenciar infracciones de tránsito no comprende su operación y mantenimiento, con excepción de lo atinente a la garantía de cumplimiento del contrato en cuanto a los bienes y servicios contratados.

Por las mismas razones, el límite consagrado en el art. 5 de la Ley 1843 de 2017, sobre el porcentaje de las multas recaudadas que puede ser destinado a la remuneración del contratista, solo aplica para la contraprestación que pueden recibir los particulares por los recursos invertidos en las actividades de instalación y puesta en funcionamiento de los sistemas tecnológicos, entendidas como su implementación. En consecuencia, la norma no contempla la retribución por los recursos invertidos en otras prestaciones que pudieran ser contratadas, como es el caso de la operación y mantenimiento.

Sin embargo, las autoridades de tránsito tendrán las limitaciones propias y derivadas del resultado de los estudios previos que permitan determinar el valor estimado del contrato³⁸.

En efecto, como parte del deber de planeación, la entidad está obligada a realizar un estimativo de costos del proyecto, también denominado presupuesto oficial, y si es el caso, un modelo financiero³⁹, para determinar el límite máximo de la remuneración que deben cumplir los oferentes en el proceso de selección, para ajustarse a los valores reales del mercado, teniendo en cuenta los principios de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia⁴⁰.

³⁸ Como ya se mencionó, de acuerdo con las normas del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, 1082 de 2015, el deber de planeación comprende la elaboración del plan anual de adquisiciones, (art. 2.2.1.1.1.4.1.), la evaluación de riesgos derivados del contrato, (art. 2.2.1.1.1.6.1), el análisis del sector relativo al objeto del proceso (art. 2.2.1.1.1.6.3) y, en especial, la elaboración de los estudios previos (art. 2.2.1.1.2.1.1). Este último debe contener, entre otras, el valor estimado del contrato y su justificación.

³⁹ Si se trata de un contrato de concesión.

⁴⁰ En este sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-300 de 2012 señaló que el principio de planeación: «[...] De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia [artículo 209 superior] y racionalidad de la intervención estatal [artículo 334 superior], pues los estudios previos no solamente son necesarios para la adecuada ejecución del contrato, en términos de calidad y

En esta medida, es importante que las autoridades de tránsito también tengan en cuenta que las actividades de operación y mantenimiento de los sistemas técnicos y tecnológicos utilizados para la detección de las infracciones de tránsito son solo una parte de las múltiples actuaciones y etapas que debe realizar la entidad para imponer, cobrar y recaudar las multas por infracciones de tránsito detectadas por medios tecnológicos.

A.4. La relación entre los costos de instalación, y de operación y mantenimiento de los sistemas automáticos y semiautomáticos utilizados que permitan evidenciar infracciones de tránsito. El CAPEX y OPEX de un proyecto de inversión.

Teniendo en cuenta los interrogantes planteados en la consulta, es relevante señalar que los costos de realización de un proyecto de inversión se pueden dividir en dos grandes categorías: los costos de inversión (equivalentes al CAPEX o Capital Expenditure por sus siglas en inglés), y los costos de operación y mantenimiento (equivalentes al OPEX – u Operating Expenditure)⁴¹.

Sobre estos costos, y en el ámbito específico de los proyectos de APP, el DNP ha precisado lo siguiente:

Dentro de los costos de la inversión inicial se deben identificar:

Costos de diseño. En esta parte se precisan los costos propios del estudio de ingeniería y/o arquitectura del proyecto, del estudio de demanda y del estudio económico-financiero.

Costos de implementación. Incluyen posibles compras de terrenos o pago de derechos de expropiación, los posibles gastos por demoliciones y adaptaciones del terreno, los costos relacionados con trámites de permisos y de licencias para desarrollar el proyecto, los costos de transacción y el costo

tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista. De otro lado, se relaciona con el principio de libre competencia – manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables».

⁴¹ Departamento Nacional de Planeación. Guía de Asociaciones Público Privadas. Capítulo 3. Estructuración. Octubre de 2014. Pág. 38. Disponible en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%203.pdf>. Consulta el 15 de febrero de 2020.

de la adquisición de predios, principalmente en el caso de proyectos viales. También se incluyen los gastos en consultores o asesores del proceso, así como los costos asociados al monitoreo y seguimiento del proyecto.

Costos de construcción. Aquí se detallan los costos de construcción de la infraestructura misma.

Costos de equipamiento. En esta sección se detallan los costos de equipos nuevos y usados, necesarios para el funcionamiento en la infraestructura.

Otros costos de inversión. Gastos previos a la explotación, tesorería, inventarios, deudas a corto plazo, capital circulante neto, variaciones del capital circulante por reposición de equipos de vida corta, valor residual.

Una vez calculados los costos de inversión se debe proceder a calcular los costos de operación y mantenimiento [o de explotación], los cuales se dividen en:

Costos de mantenimiento. Corresponden a los costos periódicos necesarios para mantener el Proyecto operando de acuerdo con su especificación original. Generalmente se dividen en un mantenimiento rutinario expresado como una cuota anual equivalente a un porcentaje fijo de la inversión, y un mantenimiento mayor que puede ser necesario tras cierto número de años.

Costos de administración y operación. Los costos de los servicios necesarios [como limpieza, alimentación, lavandería, jardinería, seguridad, etc.] para operar la infraestructura y proveer el servicio público. Deben incluir el personal, los insumos necesarios, y todos aquellos egresos en que incurra la entidad pública mientras presta el servicio.⁴².

En el cálculo de los costos de explotación no se deben tener en cuenta las partidas que no generan gastos monetarios efectivos, como las que se indican a continuación: [...]. (Subraya la Sala)

Desde este punto de vista, el CAPEX de un proyecto de inversión para la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito comprendería los costos de instalación y puesta en operación de los referidos sistemas: en específico, los costos de diseño, de equipamiento; los costos relacionados con los trámites (autorizaciones) y las pruebas técnicas que se requieren para su instalación, así como los necesarios para su instalación física y técnica.

Por su parte, el OPEX del proyecto equivaldría a los costos necesarios para el mantenimiento y operación de estos sistemas, lo cual incluiría, entre otras actividades, el descargue y procesamiento de la información capturada por los aparatos tecnológicos y su entrega a las autoridades de tránsito para su respectiva valoración.

⁴² Ibídem.

Bajo estas premisas, en los proyectos de inversión que se contraten para la instalación, operación y mantenimiento de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito, el límite a la remuneración de la inversión privada, previsto en el art. 5 de la Ley 1843 de 2017, solo recae sobre la remuneración del CAPEX y no sobre la remuneración del OPEX del proyecto.

La remuneración del OPEX deberá determinarse con fundamento en los estudios previos que realice la entidad para determinar el valor estimado del contrato.

A.5. Alcance del término «recaudo» que define el límite a la remuneración de las entidades privadas

El art. 5 de la Ley 1843 de 2017 establece que la remuneración de las entidades privadas por los recursos invertidos en la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos para la detección de infracciones de tránsito **no puede ser mayor al 10% del recaudo**.

Este límite admitiría dos interpretaciones, para entender que el mandato de la ley se refiere:

- a. Hasta el 10% del recaudo proyectado para la celebración de los contratos que tienen como objeto la implementación de sistemas tecnológicos para la detección de infracciones o,
- b. Hasta el 10% de los dineros efectivamente recaudados por la Administración por las multas que tienen origen y fundamento en las infracciones detectadas a través de los sistemas tecnológicos implementados por el contratista privado.

Para la Sala, una recta interpretación de la norma permite acoger la segunda tesis, teniendo en cuenta las siguientes razones:

Como se analizó en este concepto, de acuerdo con el uso natural y obvio de las palabras, cuando una norma utiliza la palabra **recaudo** hace referencia al cobro o la percepción efectiva de dinero. Es claro que las disposiciones del Código Nacional de Tránsito Terrestre, y las normas que las han modificado, se refieren al **recaudo de las multas** como acción de recibir o percibir dineros por estos conceptos.

De manera adicional, no es posible acoger la tesis del recaudo proyectado, pues no hay una alusión expresa del legislador que permita tener en cuenta este término.

Por lo expuesto, el límite previsto en el art. 5 de la Ley 1843 de 2017, a la remuneración de los particulares, corresponde hasta el 10% de los dineros efectivamente recibidos por las autoridades de tránsito, en virtud de las multas que tienen origen y fundamento en las infracciones detectadas por los sistemas tecnológicos implementados por el contratista. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de la Administración, de definir y justificar en los estudios previos la retribución de los particulares.

Por otra parte, se advierte que el límite impuesto por el art. 5 de la Ley 1843 de 2017 solo tiene en cuenta una de las variables (el recaudo efectivo de las multas) que pueden incidir en el modelo financiero que permite proyectar el valor de inversión del contratista y su retribución. Nada se dice de otras variables que se deberían tener en cuenta en el análisis de la retribución del particular, como serían entre otros, el plazo de duración del contrato y el valor de las multas y su actualización.

Es claro que, en cumplimiento del deber de planeación contractual, las autoridades de tránsito deben analizar todas estas variables a efectos de determinar el valor proyectado del contrato, dentro del límite previsto en el art. 5 de la Ley 1843 de 2017.

III. Propiedad y destinación de los dineros recaudados por las multas de tránsito y su relación con la retribución de un particular por la instalación, operación y mantenimiento de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito

El parágrafo 2 del art. 159 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, señala que: **«las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. [...]»**⁴³. (Resalta la Sala)

⁴³ De acuerdo con el art. 6 del Código Nacional de Tránsito Terrestre los organismos de tránsito son los siguientes: «Artículo 6o. Organismos de tránsito. Serán organismos de tránsito en su respectiva jurisdicción:

- a) Los departamentos administrativos, institutos distritales y/o municipales de tránsito;
- b) Los designados por la autoridad local única y exclusivamente en los municipios donde no hay autoridad de tránsito;
- c) Las secretarías municipales de tránsito dentro del área urbana de su respectivo municipio y los corregimientos;
- d) Las secretarías distritales de tránsito dentro del área urbana de los distritos especiales;
- e) Las secretarías departamentales de tránsito o el organismo designado por la autoridad, única y exclusivamente en los municipios donde no haya autoridad de tránsito.

De esta manera, el legislador creó una renta propia a favor de las entidades territoriales que, como lo ha precisado la Corte Constitucional, es de fuente endógena, porque el producto recaudado dentro de su respectiva jurisdicción entra directamente a su presupuesto y no al Presupuesto General de la Nación⁴⁴.

Como lo precisó esta Sala en otra oportunidad⁴⁵, «los dineros que ingresan a los entes territoriales por pago de multas por infracciones de tránsito constituyen un ingreso corriente no tributario de destinación específica, al estar dirigidos, por mandato legal, a un fin determinado».

Ahora bien, respecto a su destinación, el artículo 160 del Código Nacional de Tránsito Terrestre establece que el recaudo por concepto de multas por infracciones de tránsito debe ser utilizado para los siguientes fines:

Artículo 160. Destinación. De conformidad con las normas presupuestales respectivas, el recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, se destinará a planes de tránsito, educación, dotación de equipos, combustible y seguridad vial, salvo en lo que corresponde a la Federación Colombiana de Municipios **y los particulares en quienes se delegue y participen en la administración, liquidación, recaudo y distribución de las multas.** (Resalta la Sala)

Como se analizó en este concepto, los apartes resaltados perdieron vigencia con el art. 4 de la Ley 1843 de 2017, que prohibió delegar o contratar con privados el recaudo de las multas. En efecto, si las autoridades de tránsito no pueden delegar ni contratar con particulares esta actividad, tampoco podrían utilizar estos recursos para este fin.

De manera adicional, el art. 306 de la Ley 1955 de 2019 modificó el art. 160 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, así:

Artículo 160. Destinación de multas y sanciones. Artículo modificado por el artículo 306 de la Ley 1955 de 2019. De conformidad con las normas

Parágrafo 1o. En el ámbito nacional será competente el Ministerio de Transporte y los organismos de tránsito en su respectiva jurisdicción para cumplir las funciones que les sean asignadas en este código.

Parágrafo 2o. Le corresponde a la Policía Nacional en su cuerpo especializado de carreteras el control de las normas de tránsito y la aplicación de este código en todas las carreteras nacionales por fuera del perímetro urbano de los municipios y distritos.

Parágrafo 3o. Los gobernadores y los alcaldes, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, no podrán, en ningún caso, dictar normas de tránsito de carácter permanente, que impliquen adiciones o modificaciones al código de tránsito».

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-385 de 2003.

⁴⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de septiembre de 2018.

presupuestales respectivas, el recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, se destinará a la ejecución de los planes y proyectos del sector movilidad, en aspectos tales como planes de tránsito, transporte y movilidad, educación, **dotación de equipos**, combustible, seguridad vial, operación e infraestructura vial del servicio de transporte público de pasajeros, transporte no motorizado, **y gestión del sistema de recaudo de las multas**, salvo en lo que corresponde a la Federación Colombiana de Municipios. [...] (Resalta la Sala)

Como se observa, la norma amplía la destinación de los recursos recaudados por las multas de tránsito e incorpora la posibilidad de utilizarlos para la gestión del sistema de recaudo. De esto se infiere que la Administración podría contratar a particulares para realizar labores de apoyo para el recaudo de las multas, pues la labor de recaudo en sí misma considerada sigue siendo competencia exclusiva de las autoridades de tránsito, según lo previsto en el art. 4 de la Ley 1843 de 2017.

Ahora, en relación con la dotación de equipos, el art. 5 de la Ley 1843 de 2017 autorizó a las autoridades de tránsito a destinar hasta el 10% del dinero recaudado por concepto de multas, para la remuneración de las entidades privadas que presten los servicios de instalación y puesta en operación de los equipos utilizados para la detección de las infracciones.

La aplicación de estos preceptos al pago de las entidades privadas contratados para la instalación, operación y mantenimiento de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito permite realizar las siguientes consideraciones:

- Las labores de instalación y puesta en operación de estos sistemas pueden ser remuneradas hasta con el 10% del valor de las multas que tienen origen y fundamento en las pruebas obtenidas con los equipos tecnológicos instalados por el contratista (artículo 5 de la Ley 1843 de 2017).
- Un 10% de las multas recaudadas debe ser destinada a la Federación Colombiana de Municipios, conforme a lo previsto en los artículos 10 y 160⁴⁶ del Código Nacional de Tránsito Terrestre.
- Los demás dineros recaudados por concepto de multas deben ser destinados a los fines previstos en el art. 160 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, previo cumplimiento de las normas presupuestales.

⁴⁶ Modificado por el art. 306 de la Ley 1955 de 2019.

- Dentro de los fines enunciados en el art. 160 ibídem se encuentra la «dotación de equipos», pero no su operación y mantenimiento. Por lo tanto, los dineros recaudados por las multas de tránsito no pueden ser destinados al pago de las actividades de operación y mantenimiento de equipos. Lo anterior, no significa que la Administración no pueda contratar con recursos de su presupuesto estas actividades, previo cumplimiento de los requisitos presupuestales.
- Si en la estructuración de un contrato se determina la exigencia, razonabilidad y equivalencia de pagar un rubro adicional al contratista por las labores de operación y mantenimiento de los equipos instalados, será necesario recurrir a otras fuentes para su retribución.
- Finalmente, en la estructuración de un contrato para la instalación y operación de los sistemas técnicos utilizados para la detección de infracciones de tránsito, la Administración deberá valorar, especialmente, el alcance de las prestaciones que podría asumir el particular, en relación con todas las demás actividades que deberá adelantar la propia autoridad de tránsito, para expedir la orden de comparendo, imponer la multa y lograr su pago.

IV. Las Asociaciones Público Privadas, APP, y su utilización para la instalación y la puesta en funcionamiento de los medios técnicos y tecnológicos utilizados para detectar infracciones de tránsito.

A. Generalidades de las APP. Características

Las Asociaciones Público Privadas (en adelante APP) fueron definidas por el artículo 1º de la Ley 1508 de 2012, como:

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

De esta definición, así como de las demás disposiciones de la Ley 1508 de 2012,

se pueden extraer las siguientes características de las APP⁴⁷:

A.1. Las APP no corresponden a un tipo especial de contratos, sino que se trata de la denominación jurídica de una herramienta utilizada para la vinculación de capital privado en la realización de un proyecto de interés público.

A.2. Los contratos a través de los cuales se desarrollan las APP pueden tener como objeto la provisión de bienes públicos y sus servicios asociados⁴⁸.

A.3. En específico, de acuerdo con el ámbito de aplicación de las APP, estos contratos pueden tener como objeto encargar a un inversionista privado el diseño y construcción de infraestructura y la prestación de sus servicios asociados; la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento de infraestructura, o la infraestructura para la prestación de un servicio público, actividades todas que deberán involucrar siempre su operación y mantenimiento.

A.4. Como lo señalan los artículos 3 y 5 de esta ley, una de las características principales de este contrato es el derecho del contratista a la explotación económica del proyecto que le permite recibir una retribución por la misma, condicionada en general a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad⁴⁹.

La retribución también podrá consistir, en forma adicional, en aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

En este sentido, el derecho a la explotación económica se constituye en un

⁴⁷ Algunas de estas características son identificadas por la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 29 de enero de 2018. Exp. 57421 y en la sentencia C-595 de 2014 de la Corte Constitucional.

⁴⁸ En concepto del 17 de agosto de 2017, esta Sala se refirió al objeto y al propósito general buscado por la Ley 1508 de 2012, al regular la figura de las APP, así: «Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial, y [vi] desarrollo de infraestructura logística, entre otros».

⁴⁹ En doctrina comparada, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha señalado que para que exista concesión de servicios la remuneración del prestador debe realizarse en función de la explotación. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración. Sin este requisito no existe concesión, y por supuesto, será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución. Puede verse STJUE del 10 de noviembre de 2011, asunto Norma Dekan. Cfr. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Alberto Palomar Olmeda y Mario Garcés Sanagustín. Directores. Madrid, 2018, pág. 687.

elemento imprescindible y consustancial a este tipo de contratos, como lo destacó recientemente la Corte Constitucional⁵⁰. De la eficiencia en la explotación del proyecto, dependerá la mayor o menor retribución del contratista en las condiciones normales previstas en el contrato.

Se destaca, en este régimen jurídico, el derecho esencial del contratista a obtener una retribución por la explotación del proyecto, bien sea pagado por el usuario (todo o parte) o por la Administración, cuando el proyecto lo requiera⁵¹.

El objetivo de la ley es claro en el sentido de que, con la explotación económica del proyecto principalmente, o con los aportes del Estado que se pacten, el contratista trate de obtener la necesaria recuperación de la inversión en los términos establecidos en el contrato de APP.

A.5. El inciso 2o del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 establece que las APP son instrumentos que «deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio».

a) La transferencia de riesgos al contratista asociados al desarrollo y cumplimiento del objeto de la APP.

De conformidad con la disposición citada, la Corte Constitucional ha señalado que los contratos celebrados bajo el esquema de APP se caracterizan por «trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-207 de 2019. Al respecto la Corte señaló: «En efecto, una de las principales características de estos contratos es, justamente, que la remuneración de la obra de infraestructura, o al menos la mayor parte de ella, consiste en el derecho a la explotación (concesión) por plazos que pueden llegar a ser de hasta 30 años o más en casos excepcionales. Estos contratos permiten, a través de la transferencia de riesgos entre las partes, desarrollar grandes obras de infraestructura y de servicios públicos, sin que sea necesario para ello una erogación presupuestal del patrimonio público, porque la remuneración de la obra proviene de la concesión de la misma para su explotación [...]».

⁵¹ En el mismo sentido, la doctrina ha señalado este requisito como connatural al contrato de concesión de obra o de servicios. La Directiva 2014-23-UE (en adelante DC), relativa a los contratos de concesión de obras o de servicios, consagra en forma similar a nuestra ley este requisito. Mediante estos contratos, se confían la ejecución de las obras o la prestación de servicios a unos operadores económicos, «...cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras o servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago». De igual forma, sobre el requisito esencial de explotación económica, puede verse el artículo 14.4 de la Ley de Contratación del Sector Público (LCSP) de España, el cual establece el derecho a la explotación de las obras vinculado con la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en dicha explotación.

diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura según su capacidad y experiencia»⁵².

En este sentido, cabe resaltar que uno de los objetivos de la Ley 1508 de 2012 fue superar las problemáticas que se presentaban con el esquema tradicional de las concesiones, en relación con la falta de claridad sobre la asunción de riesgos por parte del contratista y las posteriores disputas judiciales por presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato⁵³.

Como se observa, los contratos de APP tienen una íntima vinculación con la noción de concesión⁵⁴, aunque en Colombia, se consideró importante establecer un régimen con reglas especiales, más flexibles que las establecidas en la Ley 80 de 1993⁵⁵.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014.

⁵³ Durante la presentación del Proyecto de ley número 160 del 2011 Senado 144 de 2011 Cámara, sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas, el Director de Planeación Nacional señaló lo siguiente: «Por otra parte en este proyecto de ley también **lo que buscamos es que haya mayor claridad sobre los temas de quienes asumen los riesgos y en qué naturaleza, qué riesgos asume el Estado versus los que debe asumir el sector privado y en ese sentido hemos tenido en el pasado en esta materia de asignación de riesgos y concesiones de primera, segunda y tercera generación, o sea con esto nos permitiría sacar ya una nuevas generación de concesiones donde sea absolutamente claro cuáles son los riesgos que asume la Nación y cuáles son los riesgos que asume el Estado [...]**». Por su parte, durante la discusión del proyecto, el representante a la cámara Juan Felipe Lemos señaló: «Un cambio fundamental aquí no se va a pagar por la obra que construya el concesionario (sic), aquí el Estado Colombiano va a pagar por el servicio prestado, eso tiene, tiene (sic) una gran connotación y cuál es esa connotación, que el riesgo que en las concesiones tradicionales antes era un riesgo por decirlo de alguna manera en las concesiones de primera generación (sic) el riesgo lo asumía totalmente el Estado, en las de segunda lo asumían de manera compartida, en las de tercera generación ya el Gobierno Nacional definió una política sobre el riesgo y minimizó el impacto al principio contractual del equilibrio económico, **pero la ventaja de esto es que el riesgo se transfiere totalmente al privado en el tema de construcción, mantenimiento, operación**, ya no podrá un contratista [...] en el futuro decir que hay que renegociar el contrato porque la ecuación financiera del contrato se rompió porque el flujo de tráfico no fue el previsto inicialmente en los estudios previos que dieron lugar al proceso de selección y posteriormente la adjudicación y celebración del contrato, ahora el Estado va a pagar por el servicio prestado, **aquel privado que quiera participar en uno de estos procesos o proyectos de Asociación Público-Privada tendrá la responsabilidad, la obligación, el deber de asumir el riesgo por la construcción [...]**». Gaceta del Congreso. 25 de julio de 2013, págs. 21 ss.» (Subraya y resalta la Sala).

⁵⁴ «Las concesiones en las que participan socios privados son una forma particular de colaboración pública-privada (CPP)» Dictamen del Consejo de Estado español al proyecto de ley de LCSP. De la misma manera, el artículo 2° de la Ley 1508 de 2012 establece que las concesiones se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP.

⁵⁵ En especial, las reglas sobre cuantías (artículo 3, parágrafo 1°); plazo máximo de los contratos (artículo 6); adiciones y prórrogas (artículo 7); adiciones y prórrogas de los contratos de iniciativa pública (artículo 13); el derecho a la explotación económica del proyecto (artículo 3); patrimonio autónomo (artículo 24); registro especial (artículo 25); recursos que se generen por la explotación

b) La asunción del riesgo operacional.

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

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

En los contratos de APP se incorporan actividades propias de una obra realizada sobre una infraestructura y sus servicios asociados⁵⁶. Pero al mismo tiempo, el mismo artículo 3° estipula el derecho del contratista a la explotación económica de dicha infraestructura. En otras palabras, comprende la construcción de obras y su explotación económica, sometido al riesgo operacional de esta explotación.

Para el efecto, el prestador asume el riesgo de la explotación del proyecto y su correspondiente retribución.

Por el contrario, en el contrato de obra, según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, solo se incorporan las actividades propias de la construcción sobre un bien inmueble⁵⁷, y como contraprestación y pago, el contratista recibirá el valor íntegro de las obras realizadas. En este caso, tendrá solo el riesgo de construcción, de suerte que si se ejecuta más obra de la prevista el contratista tendrá derecho a su abono total⁵⁸.

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

En el mismo sentido, la doctrina comparada ha reiterado como requisito de estos contratos la asunción del riesgo por el contratista. Los considerandos 18 y siguientes de la Directiva DC de la Unión Europea, señalan que la característica

de la infraestructura que no se contabilizan en el presupuesto de la entidad ni vigencias futuras (artículo 26); acuerdo de terminación anticipada (artículo 32).

⁵⁶ Tales como el diseño, la construcción, la reparación, el mejoramiento o el equipamiento, adicionada siempre con la operación y mantenimiento de dicha infraestructura, según el artículo 3° de la Ley 1508 de 2012.

⁵⁷ La construcción, mantenimiento, instalación y cualquier otro trabajo material.

⁵⁸ Por riesgo de construcción se entiende el riesgo surgido de los retrasos en la construcción, sobrecostos, incumplimiento de estándares de calidad y, en general, deficiencias técnicas y externalidades negativas, propias de la labor que realiza el contratista. Puede verse Cfr. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Alberto Palomar Olmeda y Mario Garcés Sanagustín. Directores. Madrid, 2018, pág. 687.

principal de una concesión, el derecho de explotación económica, implica siempre la transferencia al contratista del riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas y los costos incurridos para la explotación del proyecto, en condiciones normales de funcionamiento⁵⁹. Se podría agregar la posibilidad de que obtenga rendimientos y utilidades superiores a las estimadas, en las condiciones normales previstas.

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

Finalmente, la exigencia de la explotación económica y la transferencia del riesgo operacional en la explotación abarcan el riesgo de demanda y/o el de suministro⁶⁰.

A.6. Acorde con la posibilidad de trasladar estos riesgos del contrato al inversionista relacionados con la explotación económica, la ley condiciona el pago de su retribución a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y a estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto (artículos 1 y 3).

Se reitera en la ley que el derecho a la retribución por la explotación económica del proyecto está condicionado a la asunción de obligaciones por parte del contratista, relacionadas con la disponibilidad de la infraestructura, cumplimiento de niveles de servicio o estándares de calidad. No hay una retribución asegurada por la obra e infraestructura ejecutada, sino que ella pende del cumplimiento de estas condiciones, sobre las cuales el contratista asume todos los riesgos normales.

⁵⁹ Se considera que el contratista asume un riesgo operacional cuando no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas o a cubrir los costos en que incurrió como consecuencia de la explotación del proyecto objeto de concesión. La parte de los riesgos transferidos debe suponer una exposición real a la incertidumbre del mercado. Artículo 14.4. Ley LCSP de España. Cfr. Tratado de contratos del Sector Público. Tomo 3. Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2018. Págs. 2538, ss.

⁶⁰ Como riesgo de demanda se ha entendido por la doctrina, el que surge de la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro, el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular, el riesgo de que los servicios no se ajusten a la demanda. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Ob.Cit. Págs. 688, ss.

A.7 Los esquemas de APP se pueden materializar a través de múltiples modalidades contractuales, entre ellas los contratos de concesión, en la medida en que se cumplan los requisitos especiales de la Ley 1508 de 2012.

En este sentido, el art. 2 de la Ley 1508 de 2012 establece que:

«Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas».

Como lo manifestó esta Sala en reciente oportunidad, esto significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas⁶¹.

En efecto, a partir de la Ley 1508 de 2012, las APP se convirtieron en el mecanismo a través del cual se permite hacer viables los propósitos concesionales de obras o servicios públicos, siempre que se cumplan los requisitos contemplados en la Ley 1508 de 2012.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como «[...] los principios, fundamentos y criterios inspiradores del modelo del contrato de concesión de obra pública son de la esencia de la figura de las «Asociaciones Público Privadas».⁶²

Sin embargo, estos contratos no son los únicos a través de los cuales se pueden materializar las APP, pues estas aplican para todos aquellos contratos que tengan como objeto las actividades previstas en el ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012⁶³, y cumplan los demás requisitos previstos en esta normativa.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2346 del 15 de agosto de 2017 y concepto 2382 del 8 de mayo de 2018.

⁶² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad. Número 57421.

⁶³ Al respecto, en la discusión y votación del proyecto de ley de las APP se advirtió lo siguiente: «[...] este proyecto tiene un principio el de la transversalidad (sic) y hace referencia a esos temas que usted con juicio planteaba, brinda la posibilidad de que las asociaciones público-privadas no solamente sean para el tema de concesiones viales, sino que se tengan en cuenta todos esos sectores que usted planteaba y está ahí plasmado en el proyecto de ley, incluso trae un elemento adicional que no lo planteaba el régimen actual de concesiones y es el de la infraestructura social. Podrán invertir a través de esta figura de las APP en proyecto como cárceles, como el tema de educación, hospitales, en fin es un proyecto que amplía el espectro, no solamente de las concesiones, yo creo que la primera claridad que hay que hacer doctor Hernando José es que las concesiones son una modalidad de las APP». Intervención del Representante Juan Felipe Lemos. Op, cit, p. 25.

A.8. La ley hace un especial énfasis para que en la etapa de planeación y estructuración del proyecto de APP se demuestre que esta es la **modalidad eficiente o necesaria** para su **ejecución**, a través de los estudios económicos o análisis de costo beneficio, y los dictámenes comparativos. (inciso 2 del art. 4).

A.9. Conforme a lo establecido en los títulos II y III de la Ley 1508 de 2012, las APP se clasifican en dos tipos: APP de iniciativa pública o de iniciativa privada. La Guía de Asociaciones Público Privadas del DNP⁶⁴ advierte que la diferencia entre las APP de iniciativa pública y privada reside en que en las primeras los proyectos corresponden a una necesidad identificada por las entidades públicas, razón por la cual, el peso de la estructuración del proyecto recae en esta. Por su parte, en las APP de iniciativa privada, tanto la conceptualización de la propuesta, como los estudios de prefactibilidad y factibilidad recaen sobre el agente privado, quien debe estructurar el proyecto de tal manera que el mismo genere sus propios recursos para ser viable.

Sobre este punto, esta Sala, en concepto del 8 de mayo de 2018⁶⁵, precisó que, comoquiera que en las anteriores modalidades de APP puede haber o no aporte de recursos públicos, los tipos de APP que pueden utilizarse en nuestro país son realmente cuatro (4), a saber: i) APP de iniciativa pública sin aporte de recursos públicos; ii) APP de iniciativa pública con aporte de recursos públicos; iii) APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos, y iv) APP de iniciativa privada con aporte de recursos públicos.

⁶⁴ Departamento Nacional de Planeación. «Guía de Asociaciones Público Privadas». Capítulo 3. Estructuración. Octubre de 2014, pág. 14. Disponible en la página web <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructura/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%203.pdf>. Consulta el 15 de febrero de 2020.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Rad. Número 2382. En este concepto, se expone la siguiente definición de las dos etapas:

[Estructuración del proyecto: «Se refiere a la realización de todos los estudios, pruebas e investigaciones científicas, técnicas, económicas, financieras, sociales y jurídicas que se requieran para determinar la viabilidad del proyecto, es decir, la posibilidad real de ejecutarlo, así como la obtención de los permisos, autorizaciones o licencias exigidas, y la elaboración de un modelo teórico, pero suficientemente detallado del proyecto, que incluya todos los componentes jurídicos, financieros, sociales, técnicos y ambientales, la metodología de ejecución, los costos estimados, las etapas y los plazos previsibles para su realización, los materiales, equipos y mano de obra requeridos, los planos y diseños y, en fin, todos los componentes o elementos que resulten necesarios para acometer materialmente el proyecto por parte del mismo originador [en el caso de las APP de iniciativa privada] o de un tercero».

Selección del contratista: «Conjunto de etapas, actividades y decisiones tendientes a lograr que el Estado contrate a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que se encargará de ejecutar el proyecto, de acuerdo con las reglas que rigen las asociaciones público privadas y las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»].

A.10. Solo se puede estructurar un proyecto por el esquema de APP si el monto de inversión es superior a seis mil [6.000] smmlv y «cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, **demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución**» Resalta la Sala (art. 3 de la Ley 1508 de 2012).

Con esta previsión, la ley destaca la importancia de cumplir el deber de planeación al momento de optar por este instrumento. Cabe destacar que este deber aplica tanto para los sujetos interesados en formular una iniciativa privada, como para las entidades estatales llamadas a decidir su realización o a estructurar un proyecto de iniciativa pública⁶⁶.

A.11. Los procesos de selección⁶⁷ (licitación) y las reglas para la celebración y ejecución de contratos en el marco de los esquemas de APP son aquellos consagrados en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, 1082 de 2015, salvo las reglas especiales establecidas en la Ley 1508 de 2012 [art 3 de la Ley 1508 de 2012].

A.12. De igual manera, los esquemas de APP están sujetos a los principios de la función administrativa (artículo 209 de la C.P., artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 3 de la Ley 489 de 1998), los de la contratación estatal (artículo 3 Ley 80 de 1993) y los criterios de sostenibilidad fiscal (artículo 4 inciso 1o Ley 1508 de 2012).

⁶⁶ Sobre el deber de planeación que tiene el inversionista, en la estructuración de una APP de iniciativa privada, el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha señalado: «[...] Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto. 35.- Así mismo, la etapa en la que debe producirse un impacto determinante en la aplicación del principio de planeación es en la de pre-factibilidad al tenor de lo consagrado en el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, ya que estando en cabeza del particular originador de la iniciativa privada la estructuración del proyecto, es a él a quien corresponde observar los criterios técnicos en los que se sustentan los diseños de la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura, por lo que no se trata de un simple requisito formal al que debe someterse, ni basta con presentar este con deficiencias, falencias, o incluso sometido a criterios teóricos o experimentales que no haya elaborado, o que tome de diferentes fuentes no contrastadas para el medio en el que se pretende desarrollar la infraestructura». Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad. Número 57421.

⁶⁷ Según el Decreto 1082 de 2015.

A.13. Los contratos a través de los cuales se materializan los proyectos de APP tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas las prórrogas, a menos que se cuente con un concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, para pactar un plazo mayor (art. 6 de la Ley 1508 de 2012).

A.14. De manera adicional, en estos contratos sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres [3] años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato (art. 7 de la Ley 1508 de 2012).

Para finalizar, es importante reseñar que en el derecho comparado la figura de las APP, también denominada en la doctrina como esquemas de colaboración público privada (CPP), fue suprimida por el ordenamiento español a través de la Ley 9 de 2017, sobre los contratos del sector público, bajo el presupuesto de que esta herramienta tiene elementos confusos y que sus objetivos podrían desarrollarse mejor a través de los contratos de concesión, con fundamento en las mayores ventajas que reportan estos contratos para el desarrollo de los proyectos que podrían ser objeto de CPP⁶⁸.

B. Fuentes de retribución de los inversionistas privados en el marco de una APP: distinción entre los dineros derivados del derecho a la explotación económica del proyecto, del desembolso de recursos públicos y de otras retribuciones pactadas por las partes

En relación con la retribución que pueden recibir los particulares como contraprestación de los contratos a través de los cuales se materializa un proyecto de APP, los artículos 3 y 5 de la Ley 1508 de 2012 establecen lo siguiente:

Artículo 3. Ámbito de aplicación:

[...] En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

[...]

⁶⁸ *Tratado de contratos del sector público*. Tomo I. Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles. Directores. Tirant Lo-blanch. Madrid. 2018. Pág. 121. El derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual.

Artículo 5o. Modificada por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015⁶⁹. **Derecho a retribuciones.** El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento. [...] (Resalta la Sala)

De acuerdo con estas normas, la retribución del contratista privado en un esquema de APP procede, fundamentalmente, **de los recursos que provienen del derecho a la explotación de la infraestructura o servicios objeto del contrato.** Esto obedece, sin duda, a la forma como se estructuran estos proyectos, en los que su financiación proviene esencialmente de los inversionistas privados, quienes, en contraprestación, reciben el derecho a la explotación de los bienes o servicios públicos objeto de la APP.

Sin embargo, la Ley 1508 de 2012 también admite que el inversionista privado sea remunerado con desembolsos de recursos públicos, cuando la naturaleza del proyecto lo requiera, o con cualquier otra contraprestación que las partes acuerden.

En este contexto, es importante destacar las siguientes disposiciones relacionadas con la naturaleza de los recursos destinados a la remuneración de los inversionistas privados en el marco de las APP:

- **Ley 1508 de 2012:**

ARTÍCULO 26. Vigencias futuras de la Nación y las entidades estatales del orden nacional para proyectos de asociación público privada.

[...] **Los recursos que se generen por la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios públicos en desarrollo de Proyectos de Asociación Público Privada, no se contabilizarán en el Presupuesto General de la Nación, durante la ejecución del contrato.**

Parágrafo. Adicionado por el artículo 112 de la Ley 1955 de 2019. **Las entidades estatales del orden nacional que cuenten con recursos propios o fondos especiales destinados al desarrollo de proyectos de Infraestructura, podrán destinar estos recursos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada [APP], sin que estos sean contabilizados dentro del límite anual de autorizaciones de vigencias**

⁶⁹ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 «Todos por un nuevo país».

futuras establecido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes] para el desarrollo de dichos proyectos. [...]

(Resalta la Sala)

- Por su parte, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, 1082 de 2015, que reglamenta la contratación pública, establece:

Artículo 2.2.2.1.3.1. Desembolso de recursos públicos. Los desembolsos de recursos públicos a los que hace referencia la Ley 1508 de 2012, se entienden como erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General de Regalías.

Los desembolsos de recursos públicos estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad de los servicios prestados y no a los insumos necesarios para la prestación de los mismos. **Para los efectos previstos en la Ley 1508 de 2012, los recursos generados por la explotación económica del proyecto no son considerados desembolsos de recursos públicos.**

Los recursos generados por la explotación económica por uso de la infraestructura, previo al cumplimiento de los Niveles de Servicio y Estándares de Calidad definidos contractualmente, no serán contabilizados en el Presupuesto General de la Nación durante la ejecución del contrato. Los rendimientos de estos recursos serán manejados de acuerdo con lo previsto en el contrato de asociación público privado, conforme con el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 y harán parte de la retribución al concesionario⁷⁰. (Resalta la Sala)

Estas disposiciones enfatizan en dos aspectos distintos, pero relacionados: **a.** que los recursos generados por la explotación económica de un proyecto de APP no son contabilizados como recursos públicos del Estado, y **b.** que estos recursos se diferencian de los desembolsos de recursos públicos con los que el Estado apoya la financiación del proyecto y sí corresponden a recursos del Presupuesto General de la Nación o de las entidades públicas.

B.1. Los recursos generados por la explotación económica de un proyecto de APP no son contabilizados como recursos públicos del Estado

Esta previsión armoniza con uno de los elementos característicos de las APP, esto es que, a través de los respectivos contratos, el Estado concede a los

⁷⁰ Anterior art. 2 del Decreto 301 de 2014

inversionistas privados el derecho a la explotación económica de los proyectos de APP, como forma de retribución de su inversión.

Para la ley, estos dineros no se registran presupuestalmente como recursos públicos, ni en el presupuesto general de la Nación, ni en el de las entidades territoriales⁷¹ y, por ende, no son considerados desembolsos de recursos públicos.

Esta circunstancia no excluye, en todo caso, el hecho de que estos dineros mantengan, en su aspecto funcional, un interés público, teniendo en cuenta su afectación a un fin específico (léase retribución de los inversionistas privados por la colaboración que prestan a la Administración), con el cual se da cumplimiento a un objetivo o finalidad pública a cargo de la entidad estatal⁷².

B.2. Los recursos públicos aportados por el Estado

El desembolso de recursos públicos hace específica alusión a los dineros que tienen una fuente externa al proyecto y, por lo tanto, no pueden confundirse con los que provienen de su explotación económica.

En efecto, como lo señala el art. 2.2.2.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, el desembolso de recursos públicos al que alude la Ley 1508 de 2012, hace referencia a las erogaciones del Presupuesto General de la Nación, de las Entidades Territoriales, de las entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, destinados al desarrollo de proyectos de APP.

⁷¹ Las reglas del art. 26 de la Ley 1508 de 2012 son aplicables a los proyectos de APP celebrados con las entidades territoriales, de acuerdo con el art. 27 ibídem que establece. «Requisitos para proyectos de Asociación Público Privada que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales. En las entidades territoriales el desarrollo de este tipo de proyectos se regirá, además, por las siguientes reglas: [...]».

⁷² Estos recursos, al igual que los recursos públicos desembolsados por la Administración para la ejecución del proyecto, deben ser administrados a través de un patrimonio autónomo, según lo prevé el art. 24 de la Ley 1508 de 2012:

«Artículo 24. Patrimonio autónomo. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

Parágrafo. Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres [3] días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero «UIAF» el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera».

En relación con esta fuente de retribución, el art. 17 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015, que regula las APP de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos públicos, prevé lo siguiente:

Artículo 17 Iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos. [...] En esta clase de proyectos de asociación público-privada, **los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.** Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. [...]. (Resalta la Sala)

B.3. Otro tipo de retribución reconocida a los inversionistas privados

El artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el art. 37 de la Ley 1753 de 2015, establece:

«El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o **a cualquier otra retribución**, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a [...]». (Resalta la Sala)

Como se puede observar, la norma alude a una tercera fuente de retribución de los inversionistas privados, diferente a los recursos que proceden de la explotación económica del proyecto o los recursos públicos desembolsados por las entidades del Estado.

Por su parte, el art. 2.2.2.1.3.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, 1082 de 2015, señala:

Artículo 2.2.2.1.3.2. Aportes del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos. Los aportes del Estado que no constituyen erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las entidades territoriales o de otros Fondos Públicos no son desembolsos de recursos públicos.

Los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos deberán estar valorados a precios de mercado de conformidad con la normatividad vigente, monto que deberá reflejarse en la estructuración financiera del proyecto como un esfuerzo financiero realizado por las entidades estatales respectivas.

Los aportes del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos deben estar relacionados directamente con la implementación y

puesta en marcha del Proyecto de Asociación Público Privada. (Resalta la Sala)

De conformidad con esta disposición, se infiere que la tercera fuente de retribución de los inversionistas privados, señalada en el art. 5 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el art. 37 de la Ley 1753 de 2015, hace referencia a los bienes aportados por el Estado y que, a diferencia de los dineros calificados como desembolso de recursos públicos, sí están vinculados directamente con el proyecto de APP.

C. El contrato para la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos que permiten detectar infracciones de tránsito y su remuneración mediante un porcentaje del recaudo. La no viabilidad del contrato de APP (artículo 5 Ley 1843 de 2017).

A continuación, se examinará de manera general, la viabilidad de perfeccionar este contrato y el régimen aplicable, dado que no se allegaron modelos de proyectos de APP para el objeto enunciado.

Si bien las autoridades de tránsito, en ejercicio de su libertad de configuración y de las necesidades del servicio, podrían contratar exclusivamente la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar las infracciones de tránsito, esto no sería posible bajo un esquema de APP, como parece deducirse del contenido de la pregunta número 4 de la consulta.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el art. 3 de la Ley 1508 de 2012 señala:

La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, **actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.** [...]. (Resalta la Sala)

Acorde con esta disposición, es claro que no es posible estructurar un proyecto de APP, con el único objeto de contratar la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos utilizados para detectar las infracciones de tránsito, pues por disposición legal sería necesario que se contratara, además, su operación y mantenimiento.

Por lo tanto, si la Administración requiere contratar solo la instalación y la puesta en operación de los citados equipos deberá analizar otras modalidades contractuales distintas a la APP que se ajusten a sus necesidades, o cualquier

otro negocio jurídico que le permita contratar las prestaciones requeridas por la entidad.

Ahora bien, es pertinente referirse a la posibilidad que tiene la Administración para contratar, además de la instalación, la operación y mantenimiento de estos medios tecnológicos.

C.1. El contrato para la instalación, operación y mantenimiento de los medios técnicos y tecnológicos utilizados para la detección de infracciones de tránsito, de acuerdo con el régimen jurídico vigente.

Del análisis que se ha realizado en esta consulta, sobre el régimen jurídico vigente y los desarrollos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, surge con claridad la conclusión sobre las importantes restricciones que tiene la Administración para la contratación de la instalación, mantenimiento y operación de los medios tecnológicos que le permitan evidenciar la comisión de una infracción y los demás elementos necesarios para expedir el comparendo, imponer la multa y obtener su recaudo.

En efecto, la entidad no podrá celebrar convenios o delegar en particulares la expedición de órdenes de comparendo, el recaudo de las multas⁷³, los procesos de cobro que impliquen facultades decisorias, en especial sobre jurisdicción coactiva, y la valoración de la prueba.

Asimismo, si los medios tecnológicos utilizados para detectar la infracción no permiten identificar al conductor, le corresponderá a la Administración aportar la prueba correspondiente, teniendo en cuenta que no es posible predicar una responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo y el conductor. Lo anterior, según la reciente sentencia de la Corte Constitucional⁷⁴.

Esta situación se ve agravada porque varias de estas actividades, que podrían ser materia de colaboración por los particulares, han sido calificadas por la ley como delegación de funciones administrativas, con el régimen jurídico que debe aplicarse en este caso. En forma específica, esta delegación se consagra para el aporte de pruebas de infracciones de tránsito⁷⁵.

⁷³ Salvo la prestación de servicios que faciliten o sean instrumentales al recaudo de las multas (arts. 4 y 8 de la Ley 1843 de 2017, interpretados de manera concordante con la modificación introducida por el art. 306 de la Ley 1955 de 2019, al art. 160 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, en relación con la destinación del recaudo de las multas).

⁷⁴ Corte Constitucional Sentencia C-038 de 2020.

⁷⁵ Código Nacional de Tránsito. Artículo 7.

En este marco restringido, la Administración conserva la facultad de contratar la implementación de estas ayudas tecnológicas (instalación y puesta en operación) que permitan detectar la infracción, y podrá utilizar el recaudo de las multas que hayan sido obtenidas con la ayuda de estos medios tecnológicos, con un límite de hasta el 10% del recaudo. Las otras variables que puedan incidir en el modelo financiero o en la determinación del presupuesto oficial, le corresponderá a la Administración en los respectivos estudios previos.

Ahora bien, si además la autoridad de tránsito pretende contratar la operación y mantenimiento de estas ayudas tecnológicas, deberá tener en cuenta que el límite del hasta el 10% del recaudo de las multas, por expreso mandato legal, solo puede utilizarse para remunerar su instalación y puesta en operación.

Por lo tanto, las prestaciones relacionadas con la operación y mantenimiento, si se decide contratarlas, deberán remunerarse con recursos del presupuesto de la entidad y con el cumplimiento de los requisitos presupuestales de disponibilidad y registro consagrados, en general, en el régimen del contrato estatal. Lo anterior puesto que las normas vigentes⁷⁶ sobre la destinación de los recursos recaudados, no permite su utilización para remunerar la operación y mantenimiento de estos equipos, y solo la prevé para la «dotación de equipos»⁷⁷.

Además, el contrato que se pueda celebrar para obtener la colaboración del particular con estas prestaciones tendrá como resultado el aporte válido de una prueba, en los términos del artículo 7 antes citado, para el proceso de imposición de la orden de comparendo, la imposición de la multa y su recaudo. Por consiguiente, al calificar la ley esta colaboración como una delegación de función administrativa, igualmente está sometida al régimen establecido en la Ley 489 de 1998.

Finalmente, como ya se señaló, el aporte de la prueba obtenida con la delegación de esta función al particular es solo uno de los múltiples elementos probatorios, etapas y actuaciones que deberá realizar la Administración para el procedimiento sancionatorio y la obtención del recaudo de la multa. Por lo tanto, el resultado de obtener el efectivo recaudo de la sanción no pende de esta prueba, la cual se limita a suministrar los primeros elementos de juicio de todo el proceso, sin que exista certidumbre de obtener la identificación del conductor y el pago correspondiente.

⁷⁶ Código Nacional de Tránsito. Artículo 160, modificado por el art. 306 de la Ley 1955 de 2019.

⁷⁷ El artículo 160 señala la destinación del recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, entre ellas el porcentaje del 10% que le corresponde a la Federación Colombiana de Municipios, según el artículo 10 de este código, y lo atinente exclusivamente a la dotación de equipos.

Es competencia exclusiva e indelegable de las autoridades de tránsito valorar las pruebas de las infracciones de tránsito; expedir las órdenes de comparendo; iniciar y adoptar las decisiones del proceso contravencional que se debe adelantar cuando el inculpado no acepta la comisión de la infracción a efectos de imponer la multa; adelantar el cobro coactivo de las multas y, finalmente, realizar su recaudo.

Sobre la eventual contratación de estas prestaciones bajo la modalidad de APP, consagrada en la Ley 1508 de 2012 en términos generales, no se observa su viabilidad por las consideraciones citadas, en particular por el régimen previsto en la Ley 489 de 1998 para la delegación de funciones administrativas⁷⁸.

Además, tendría que evaluarse si se cumplen los requisitos y características de las Asociaciones Públicas y Privadas reseñadas con antelación, entre ellas, que exista el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio, los riesgos que corresponde asumir al contratista por el cumplimiento del objeto contractual, entre ellos el riesgo operacional, y el derecho de retribución al contratista sustentado principalmente en la explotación económica del proyecto.

Visto lo anterior, y como se señalará al final de este concepto, la Sala considera necesario que se revise y modifique el régimen legal aplicable a estos contratos, dada su complejidad, ambigüedad, generalidad, y en algunos casos su contradicción, con el fin de que los particulares puedan colaborar con la Administración en la obtención de su finalidad de servicio público.

Por último, dadas las consideraciones expuestas, no es pertinente analizar los impuestos que se originan en la suscripción del contrato para determinar si forman parte del componente financiero, dada la inviabilidad de utilizar la modalidad de las APP para la contratación prevista en el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017.

V. Exhorto

Teniendo en cuenta el análisis realizado sobre el régimen jurídico vigente para la contratación con particulares de ayudas tecnológicas que permitan evidenciar las

⁷⁸ El régimen general establecido en la Ley 489 de 1998 para el ejercicio de funciones administrativas por particulares tiene características distintas al régimen de la APP, consagrado en la Ley 1508 de 2012. En efecto, por la naturaleza de la función administrativa atribuida, la delegación deberá estar precedida de acto administrativo; por motivo de interés público y social y en cualquier tiempo, la entidad puede dar por terminada la autorización; el plazo de ejecución será hasta de 5 años, sin prorrogas, según sentencia C-702 del 20 de septiembre del 1999; para los recursos públicos que puedan derivarse del ejercicio de la función administrativa no se consagra su manejo mediante patrimonio autónomo.

infracciones de tránsito, bien sea la instalación, o en forma adicional su operación y mantenimiento, resulta de la mayor importancia que se modifiquen las normas legales vigentes que le permitan a la Administración utilizar en forma eficiente estas ayudas.

En este marco, parte del análisis que debería realizarse es precisar la naturaleza de las actividades del particular, dada su calificación legal de función administrativa. En especial, si la prestación recibida por la Administración con la ayuda de estos medios tecnológicos, esto es el aporte de un elemento probatorio, realmente debería calificarse como delegación.

Así mismo, se observa la inconveniencia de establecer un porcentaje máximo para la remuneración de las actividades de instalación y puesta en operación, sin referirse a las limitaciones que tendría la remuneración de las prestaciones consecuentes de operación y mantenimiento de estos equipos. Parecería más lógico eliminar estas limitaciones cuantitativas y, en su lugar, establecer unos parámetros que permitan contratar bajo un sistema de eficiencia y gestión de resultados y retribuir al contratista con el real alcance y valoración de su prestación.

En forma adicional, es importante revisar las destinaciones específicas que establece la ley sobre el recaudo de multas, para permitir una mayor flexibilidad en la colaboración del particular para detectar infracciones con estas ayudas tecnológicas. Aun, si es el caso, establecer unas normas especiales para contratar con los particulares, en un régimen especial de concesión o de otro tipo de contrato que resulte concordante con el régimen vigente de infracciones de tránsito.

Por todo lo expuesto, se exhorta al Gobierno Nacional para proponer una modificación de este marco normativo, relacionado con los contratos que pueden celebrar las autoridades de tránsito con los particulares, para colaborar en el ejercicio de su facultad sancionatoria por las infracciones de tránsito y su efectivo recaudo.

De conformidad con todo lo expuesto,

IV. LA SALA RESPONDE:

1. ¿Cuál es el alcance de los términos «remuneración a la inversión privada», «instalación», «puesta en operación de sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones» y «recaudo» referidos en el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017?

Los términos utilizados por el art. 5 de la Ley 1843 de 2017 deben entenderse, en el contexto de la norma, de la siguiente manera:

a) Remuneración a la inversión privada: retribución o contraprestación que reciben las entidades privadas por la instalación y la puesta en operación de sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones de tránsito.

b) Instalación y puesta en operación de sistemas automáticos y semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones:

La instalación y la puesta en operación comprenden todas las actividades, de diferente naturaleza, que debe realizar el particular para poner al servicio de las autoridades de tránsito los sistemas técnicos y tecnológicos utilizados para la detección de las infracciones de tránsito, en los términos expuestos en este concepto. En este sentido, la «instalación y puesta en operación» de los equipos equivale a su «implementación».

c) Recaudo: dineros efectivamente recibidos por las autoridades de tránsito por las multas que tienen origen y sustento en las pruebas obtenidas con los sistemas técnicos y tecnológicos instalados por el contratista.

2. ¿De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, es posible que las autoridades de tránsito dispongan del 90% del recaudo para remunerar el OPEX del proyecto?

No. De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, no es posible que las autoridades de tránsito dispongan del 90% de los dineros recaudados por concepto de multas para remunerar la operación y mantenimiento de los sistemas tecnológicos contratados.

Lo anterior, por cuanto que, como regla general, lo obtenido por el recaudo de las multas ingresa al presupuesto de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. De manera adicional, porque el art. 160 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, que establece una destinación específica de estos recursos, no incorpora la remuneración de las actividades de operación y mantenimiento de los equipos utilizados para la detección de infracciones de tránsito, en los términos establecidos en este concepto.

En este caso la contratación de estas actividades debe realizarse con recursos del presupuesto de la autoridad de tránsito.

3. Teniendo en cuenta que el artículo 5 de la Ley 1843 de 2017, establece que la remuneración a la inversión privada no puede superar en ningún caso el 10% del recaudo, ¿Qué actividades se pueden remunerar con el 10% del recaudo, indicado en la citada disposición?

Las actividades que se pueden remunerar hasta con el 10% de los valores recaudados por concepto de multas de tránsito, de conformidad con lo previsto en el art. 5 de la Ley 1843 de 2017, son todas aquellas necesarias para la instalación y la puesta en operación de los sistemas tecnológicos utilizados para la detección de infracciones de tránsito. Entre tales actividades, se pueden destacar su instalación física en un lugar inmediato o cercano a las carreteras del país, su programación técnica, la tramitación de las autorizaciones legales, y la realización de las pruebas técnicas exigidas por el ordenamiento para que estos equipos puedan entrar en funcionamiento, en los términos expuestos en este concepto.

4. En el evento que la instalación y puesta en operación de sistemas automáticos, semiautomáticos y otros medios tecnológicos para la detección de infracciones, se realice bajo esquemas de APP ¿Los impuestos que origine la suscripción del contrato, forman parte del componente financiero como un componente de la inversión al que está obligado el concesionario?

La instalación y la puesta en operación de los medios tecnológicos utilizados para la detección de infracciones de tránsito, a los que se refiere el art. 5 de la Ley 1843 de 2017, no pueden ser contratados bajo el esquema de las Asociaciones Público Privadas, en los términos expuestos en este concepto.

5. ¿Los recursos que obtengan [sic] como consecuencia de la imposición de órdenes de comparendo a través de sistemas de detección electrónica de infracciones de tránsito, ostentan la calidad de recursos públicos durante la ejecución del contrato de concesión, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012, artículo 2 del Decreto 301 de 2014 y el artículo 2.2.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015?

Los ingresos obtenidos por el recaudo de las multas de tránsito son recursos públicos y de propiedad de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del art. 159 del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

Por lo tanto, como regla general, ingresan al presupuesto de las entidades públicas correspondientes, salvo la destinación específica consagrada en el art. 160 del mismo Código que se somete a las normas presupuestales respectivas y de lo previsto en el art. 5 de la Ley 1843 de 2017. En consecuencia, no les son

aplicables las normas relacionadas de la Ley 1508 de 2012 y de los Decretos 301 de 2014 y 1082 de 2015, por las razones expuestas en este concepto.

Remítase copia a la señora ministra de transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala