



ENTREGABLE JURÍDICO

Informe final Jurídico Etapa 3- Evaluar y Proponer

“Informe final detallado con los resultados definitivos del estudio, que incluya conclusiones y recomendaciones. En particular, aquellas recomendaciones de la mejor alternativa para la entidad, la cual deberá ponderar la protección e integridad de la información, los costos asociados para todos los actores y la libre competencia”.

CONTRATO DE CONSULTORÍA 287 DE 2021

DICIEMBRE DE 2021

Contrato No. 287 de 2021

Objeto del Contrato: Contratar el servicio de consultoría especializada para la elaboración de los estudios, diseños y modelos de las condiciones técnicas, administrativas, tecnológicas, financieras y jurídicas para identificar y definir la alternativa o propuesta necesaria para el funcionamiento en la instalación, implementación, operación y mantenimiento del sistema de control y vigilancia -SICOV-, que le permita a la Superintendencia de Transporte la vigilancia, inspección y control del manejo legal y reglamentario al que están sujetos los organismos de Apoyo a las Autoridades de Transito (OAT)..



ENTREGABLE JURÍDICO

Versión 0.3

CONTROL DE VERSIONES			
VERSIÓN	FECHA	ELABORADO POR	MOTIVO
0.4	07/12/2021	David Daza	Creación inicial del documento
0.6	29/12/2021	David Daza	Ajustes a v0.6 documento

REFERENCIAS CONTRACTUALES DEL ENTREGABLE:

Contrato de consultoría 287 de 2021 – SICOV entre Grow Data y la Superintendencia de Transporte, plan para la gestión del proyecto.

APROBACIÓN POR LA ENTIDAD			
NOMBRE	ROL	FIRMA	FECHA
Dra. Adriana Margarita Urbina Pinedo	Supervisora Contrato de consultoría 287 de 2021 – SICOV		30-12-2021
Ing. Jorge Guillermo Neira Bossa	Supervisor Contrato de consultoría 287 de 2021 – SICOV		30-12-2021

APROBACIÓN POR GROW DATA			
NOMBRE	ROL	FIRMA	FECHA
Ing. Mario Briceño	–Gerente de Proyectos		30-12-2021
Ing. Guiovanni Serrano	–Asesor Gerencia de proyectos		30-12-2021



1. CONTENIDO

1. MODALIDAD DE SELECCIÓN IDÓNEA PARA LA ESCOGENCIA DEL CONTRATISTA – LICITACIÓN PÚBLICA.....	6
2. REQUISITOS HABILITANTES DE CARÁCTER JURÍDICO QUE DEBERÁN CUMPLIR LOS FUTUROS PARTICIPANTES DEL PROCESO DE SELECCIÓN.....	9
3. MODELO CONTRACTUAL IDÓNEO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO EN LA LEY 2050 DE 2020.....	14
• CARACTERÍSTICAS DE LA CONCESIÓN	15
• CARACTERÍSTICAS DE LA APP:.....	18
• RECOMENDACIÓN JURÍDICA A LA SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE:	21
• CLÁUSULA DE REVERSIÓN	22
4. PROTECCIÓN E INTEGRALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN	28
• Propiedad de la información contenida en las bases de datos de naturaleza pública ..	28
• Propiedad del software	32
5. COSTOS ASOCIADOS PARA TODOS LOS ACTORES, DE CONFORMIDAD CON LA ESTRUCTURA DEL PROCESO CONTRACTUAL.....	34
• Garantía de Seriedad de la Oferta y Garantía de Cumplimiento	34
• Constitución de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos – Interventoría Integral.	35
• CAPEX y OPEX.....	37
6. ANÁLISIS SOBRE LA FUENTE DE LOS RECURSOS PARA LA ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO DE CONSECIÓN, PARA LA INSTALACIÓN, IMPLEMENTACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE.....	38



7. POSIBLES IMPLICACIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA DE LA OPCIÓN PROPUESTA.....	45
8. CONCLUSIONES.....	52



INTRODUCCIÓN

El presente documento se expide en el marco de la ejecución del Contrato de Consultoría número 287 de 2021, celebrado entre la SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE y GROW DATA S.A.S; que tiene como finalidad plasmar los resultados definitivos del estudio jurídico realizado, razón por la que, a continuación se desarrollarán e incluirán las conclusiones y recomendaciones del consultor en cuanto a la mejor alternativa en materia contractual, para la adjudicación de la instalación, implementación, operación y mantenimiento del sistema SICOV con la finalidad de proporcionar a la entidad estatal los elementos de juicio necesarios que le permitan dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 2050 de 2020.

Así mismo, se desarrollarán temas fundamentales como la protección de la información a la luz del instrumento contractual propuesto, los requisitos que deberá cumplir la persona jurídica interesada en para participar en el proceso de selección, los posibles costos en que tendrán que incurrir las partes para la estructuración del proceso contractual y los elementos que deben garantizarse para la protección efectiva del régimen de la libre competencia y la protección de datos personales.



1. MODALIDAD DE SELECCIÓN IDÓNEA PARA LA ESCOGENCIA DEL CONTRATISTA – LICITACIÓN PÚBLICA

Por mandato legal la Superintendencia de Transporte tiene como función misional la inspección, vigilancia y control del sector transporte y su infraestructura; por tal razón, se apoya en terceros proveedores a los que, en virtud de Actos Administrativos, se les concede autorización para la operación del Sistema de Control y Vigilancia – SICOV, en los que se apoya para obtener la información necesaria que permite supervisar las actividades desarrolladas por los diferentes Organismos de Apoyo a las Autoridades de Tránsito (OAT's).

En el año 2020, se expidió por parte del Congreso de la República la Ley 2050, la cual estableció en el párrafo único del artículo veintidós, que la Superintendencia de Transporte adjudicará "(...) bajo las disposiciones de régimen de contratación estatal vigente, la instalación, implementación, operación y mantenimiento de los sistemas, cuyo servicio deberá ser facturado como pago a terceros, en concordancia con las tarifas que se determinen para estos efectos", y es en virtud de ello que en el marco de la presente consultoría se pretende recomendar a la entidad estatal, cuál es la mejor alternativa para materializar dicho mandato legal.

Bajo este panorama, en el segundo entregable presentado por Grow Data S.A.S., para la etapa de Estudio y Diagnóstico se realizó un estudio de cada una de las modalidades de selección vigentes en el marco del sistema de compra pública actual; así mismo, se realizó una metodología de descarte dejando de lado todas aquellas tipologías contractuales que, de acuerdo con su naturaleza o disposición legal no son viables para darle cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2050 de 2020.

Una vez decantado lo anterior, se logró establecer que, dado el tipo de servicio a contratar, la necesidad de ponderar factores técnicos y económicos para la futura selección del contratista, la cuantía, así como el alcance y naturaleza de las actividades que estarían a su cargo en la eventual adjudicación, a continuación se expone la modalidad de contratación que mejor se ajusta a los fines propuestos, así como la tipología contractual que resulta más adecuada, de conformidad con la operación que tendrá a su cargo el o los futuros contratistas.

Frente al primer criterio, es decir, la modalidad de contratación más idónea para la selección del futuro(s) contratista(s), se recomienda la **Licitación Pública**, regulada mediante la Ley 80 de 1993 (Artículo 30), Ley 1150 de 2007 (Artículo 2, 9), y en el Decreto 1082 de 2015 (Artículo 2.2.1.2.1.1.1, 2.2.1.2.1.1.2)

Dicha modalidad de selección es aquella por medio de la cual la Entidad Estatal adelanta una convocatoria pública para que las personas interesadas realicen o efectúen un ofrecimiento, con el fin de seleccionar, entre ellas, la más favorable para los intereses de la Entidad, atendiendo siempre a las condiciones mínimas y criterios ponderables establecidos en el pliego de condiciones (criterios técnicos, jurídicos, financieros, administrativos etc). Contrario a lo que se podría considerar, es la regla general para la selección de contratistas, de tal manera que los



procesos deberán adelantarse a través de esta modalidad, salvo que se configure alguna de las excepciones establecidas en la Ley.

Tanto la jurisprudencia¹ y la doctrina² han manifestado respecto de la presente modalidad que:

En nuestro ordenamiento jurídico se le impone a la Administración la obligación de adelantar licitaciones públicas para la escogencia de la propuesta más favorable para los intereses de la Entidad estatal; obligación cuya "cuya omisión genera la nulidad absoluta del negocio jurídico por violación de las normas imperativas de orden público". Mediante este procedimiento "se protegen los intereses económicos del Estado, porque a través de la libre concurrencia y la oposición se procura la celebración del contrato con el licitante que presente el precio más favorable y ajustado a las condiciones del mercado, evitando los sobrecostos que se podrían derivar de una contratación directa.

Esta modalidad de selección materializa el principio constitucional de la igualdad ante la ley, al brindarle la oportunidad a todos los asociados de acceso a los beneficios del estado, y de paso se garantiza un adecuado control de la sociedad sobre la gestión pública, por cuanto este procedimiento respalda la selección objetiva y la transparencia, evitando la discrecionalidad de la Administración³.

Adicionalmente, es importante resaltar que en concordancia con lo plasmado en la exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007, para el caso específico de la Licitación Pública, se indica que se utilizará dicha figura contractual en los eventos en los cuales el objeto a contratar sea complejo, es decir tenga múltiples prestaciones, lo cual encajaría en lo dispuesto en la Ley 2050 de 2020.

Por su parte y teniendo en cuenta que los Organismos de Apoyo a las Autoridades de Tránsito tienen su marco normativo general en la ley 769 de 2002, "Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones", considerando que de conformidad con el artículo 1º "Le corresponde al Ministerio de Transporte como autoridad suprema de tránsito definir, orientar, vigilar e inspeccionar la ejecución de la política nacional en materia de tránsito" y tomando como referencia la tipología contractual que se recomienda y desarrolla más

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 14 de abril de 1986, C.P Eduardo Suescún Monroy: En cuanto a la finalidad de la licitación pública, señalando que este procedimiento tiene por fin el cumplimiento de dos objetivos específicos, el primero de los cuales es que las entidades estatales estén en capacidad de elegir al mejor contratista de entre un número significativo de propuestas; y el segundo, que se garantice la igualdad de oportunidades entre los interesados que estén en capacidad de presentar oferta. La forma de garantizar estos objetivos se relaciona con las reglas establecidas dentro del procedimiento público de acceso a la libre competencia de los contratistas y con el hecho de proporcionar unas bases de condiciones para el contrato que se va a suscribir, sin que intervengan factores que generen discriminación ni favorecimientos, de tal manera , de tal manera que la entidad estatal pueda obtener el mayor número de ofertas para ser comparadas y así efectuar una adjudicación adecuada que se traduzca en beneficios para el interés público.

² Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. 1 ed., Legis Editores, 1999.

³ Matallana Camacho, Ernesto. Manual de contratación de la Administración Pública. 4 ed., Universidad Externado de Colombia, 2015.



adelante en este documento, resulta conveniente efectuar remisión por analogía, a lo dispuesto por el parágrafo 4, del artículo 8 de dicha Ley, que al referirse al RUNT dispuso:

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

Con fundamento en lo anterior y dada la estructura de la referida modalidad de selección, será necesario la determinación de los aspectos habilitantes que deben cumplir los proponentes, referidos a la Capacidad Jurídica, Financiera, Organizacional y Técnica en lo que tiene que ver con la experiencia general y específica, así como una determinación y ponderación de criterios Técnicos y Económicos que permitan asegurar la escogencia del ofrecimiento que mejor responda a los intereses y necesidades de la Superintendencia de Transporte como Entidad Contratante.



2. REQUISITOS HABILITANTES DE CARÁCTER JURÍDICO QUE DEBERÁN CUMPLIR LOS FUTUROS PARTICIPANTES DEL PROCESO DE SELECCIÓN.

Desde el punto de vista jurídico, a continuación, se presentan los requisitos habilitantes que, en tal sentido, debe cumplir el futuro proponente, así:

➤ **Autorizados para presentar Oferta**

Podrán presentar Oferta las personas naturales o jurídicas, sean nacionales o extranjeras y, en todo caso, como Oferente Individual u Oferente Plural, siempre que:

- i. Cumplan con lo previsto en el Proyecto de Pliego de Condiciones en cuanto a inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, y políticas de anticorrupción, y,
- ii. Cumplan con los requisitos habilitantes establecidos en el Proyecto de Pliego de Condiciones.

➤ **Capacidad jurídica y representación legal**

La capacidad jurídica se refiere a la aptitud para presentarse a La Licitación Pública, presentar Oferta y para celebrar el futuro contrato. Para las personas naturales, la capacidad se entenderá en los términos previstos en Los artículos 1502 y siguientes del Código Civil colombiano, mientras que, para las personas jurídicas, será Lo estipulado en los artículos 99 y siguientes del Código de Comercio colombiano, cuando se trate de Oferentes extranjeros, deberán cumplir con iguales calidades.

De igual forma, para que se entienda que existe capacidad, el Oferente o un integrante de un Oferente Plural, no puede estar incurso en ninguna causal de incompatibilidad, inhabilidad o conflicto de interés.

A. Persona natural

Deberá acreditar la identificación del Oferente con una fotocopia auténtica de la cédula de ciudadanía (para ciudadanos colombianos), cédula de extranjería (para personas extranjeras domiciliadas en Colombia) o del pasaporte (para personas extranjeras sin domicilio en Colombia).

Apoderado

Las personas naturales extranjeras sin domicilio permanente en Colombia deberán contar con apoderado domiciliado permanentemente en Colombia, facultado para la presentación de la Oferta y para representarlas a lo largo de la Licitación Pública y en la potencial suscripción del contrato. El apoderado debe estar plenamente facultado para



comprometer al representado, suscribir los documentos y declaraciones exigidas, proveer la información requerida, participar en la Licitación Pública. Así mismo, deberá contar, de manera clara y expresa, con facultades amplias y suficientes para suscribir la carta de Presentación de la Oferta y, en caso de resultar adjudicatario, el contrato, para actuar, obligar, notificarse y responsabilizar al Oferente y demás actos necesarios, de acuerdo con el presente documento.

Las Ofertas podrán presentarse directamente por el Oferente Individual o a través de apoderado. Cuando se trate de Oferentes Plurales, deben actuar a través de un representante común. De contarse con un apoderado, deberá presentarse el poder, otorgado en legal forma, en el que se confiera al apoderado facultades en los términos antes indicados. El apoderado deberá estar facultado para actuar en representación de todos los integrantes del Oferente Plural. El apoderado podrá ser una persona natural o jurídica que, en todo caso, deberá tener domicilio permanente en la República de Colombia, y deberá estar facultado para representar al Oferente y/o a todos los integrantes del Oferente Plural.

El poder deberá cumplir con lo previsto en los artículos 74 y 251 del Código General del Proceso, incluyendo, de ser el caso, su apostilla o legalización.

B. Persona jurídica

Persona jurídica colombiana o extranjera con sucursal en Colombia

La acreditación de La existencia, capacidad jurídica y representación legal se realiza a través del certificado de existencia y representación Legal expedido por la Cámara de Comercio o por La autoridad competente. Este certificado debe haber sido expedido como máximo un (1) mes antes de la fecha de cierre del proceso de selección.

EL certificado debe evidenciar Lo siguiente:

- I. Capacidad el objeto de la persona jurídica permite la presentación de La Oferta y la ejecución del Contrato
- II. Constitución y duración que la persona jurídica existe y que su término de duración es igual al de la ejecución del Contrato y tres (3) años más. Si la duración de la sociedad no cumple con lo exigido, deberá presentarse un acta del órgano social competente comprometiéndose a extender la duración de la sociedad en el evento de resultar Adjudicatarios. Esta acta deberá ser anterior a la fecha de cierre del proceso de selección

En el caso de las sucursales, se tendrá en cuenta la duración de su matriz.

- iii. Facultades del representante Legal: el representante Legal de La persona jurídica debe tener facultades para presentar la Oferta, participar en la Licitación Pública



vinculando a La sociedad y suscribir el Contrato. De existir limitaciones, deberá presentarse un acta del órgano social competente, autorizando al representante legal a actuar conforme a lo indicado

En el caso de las sucursales, de existir limitaciones, la autorización debe ser dada por el órgano social competente de la matriz.

- iv. Cuando se trate de entidades públicas o mixtas, deberá presentarse, además, el acto de creación legal

Además del certificado, debe presentarse copia del documento de identidad del representante legal

Persona jurídica extranjera sin sucursal en Colombia

La acreditación de la existencia, capacidad jurídica y representación legal se realiza a través del certificado expedido por la autoridad competente del país de su domicilio en el que conste la existencia y el nombre del representante legal de la persona jurídica o de La persona o personas que tengan la capacidad para comprometerla jurídicamente y sus facultades. Este certificado debe haber sido expedido como máximo dos (2) meses antes de la fecha de cierre del proceso de selección

EL certificado debe evidenciar Lo siguiente:

- i. Capacidad: el objeto de la persona jurídica permite la presentación de la Oferta y La ejecución del Contrato.
- ii. Constitución y duración: que la persona jurídica existe y que su término de duración es igual al de la ejecución del Contrato y tres (3) años más Si la duración de la sociedad no cumple con Lo exigido, deberá presentarse un acta del órgano social competente comprometiéndose a extender la duración de la sociedad en el evento de resultar Adjudicatarios Esta acta deberá ser anterior a la Fecha de Cierre.
- iii. Facultades del representante Legal: el representante legal de la persona jurídica debe tener facultades para presentar la Oferta, participar en La Licitación Pública vinculando a la sociedad y suscribir el Contrato. De existir limitaciones, deberá presentarse un acta del órgano social competente, autorizando al representante legal a actuar conforme a lo indicado.

Si una parte de La información solicitada no se encuentra en el certificado, o si este tipo de certificados no existen en la jurisdicción, la información deberá presentarse en un documento independiente emitido por un ejecutivo autorizado de la persona jurídica o por una autoridad



competente, según sea el caso, expedido como máximo dos (2) meses antes de la fecha de cierre

Si en la jurisdicción de incorporación no existe ninguna autoridad o entidad que certifique la totalidad de La información de existencia y representación legal, el oferente individual o integrante extranjero del oferente Plural deberá presentar una declaración juramentada de una persona con capacidad jurídica para vincularlo y representarlo en La que conste que:

- (i) No existe autoridad u organismo que certifique Lo solicitado;
- (ii) La información requerida; y,
- (iii) La capacidad jurídica de La persona que efectúa la declaración para vincular y representar a la persona jurídica, así como de las demás personas que puedan representar y vincular a la persona jurídica, si las hay.

Además del certificado, debe presentarse copia del documento de identidad del representante legal.

Así mismo, cuando se trate de entidades públicas o mixtas, deberá presentarse, además, el acto de creación legal.

Apoderado

Las personas jurídicas extranjeras sin domicilio en Colombia deberán contar con apoderado domiciliado permanentemente en el país, facultado para la presentación de la oferta y para representarlas a lo largo de la Licitación Pública y en la potencial suscripción del contrato. El apoderado debe estar plenamente facultado para comprometer al representado, suscribir los documentos y declaraciones exigidas, proveer la información requerida, participar en la Licitación Pública. Así mismo, deberá contar, de manera clara y expresa, con facultades amplias y suficientes para suscribir la carta de presentación de la oferta y, en caso de resultar adjudicatario, el contrato, para actuar, obligar, notificarse y responsabilizar al oferente y demás actos necesarios, de acuerdo con el presente documento.

Cuando se trate de Oferentes Plurales, deben actuar a través de un representante común. De contarse con un apoderado, deberá presentarse el poder, otorgado en legal forma, en el que se confiera al apoderado facultades en los términos antes indicados. EL apoderado deberá estar facultado para actuar en representación de todos los integrantes del oferente plural.

EL apoderado podrá ser una persona natural o jurídica que, en todo caso, deberá tener domicilio permanente en La República de Colombia, y deberá estar facultado para representar al oferente y/o a todos los integrantes del Oferente Plural. El poder deberá cumplir



con lo previsto en Los artículos 74 y 251 del Código General del Proceso, incluyendo, de ser el caso, su apostilla o Legalización.

Oferente Plural

En el caso de los Oferentes Plurales, deberán cumplir con las siguientes reglas

- I. Cada integrante del oferente plural deberá acreditar. La existencia, capacidad jurídica y representación legal conforme a las reglas anteriores.

En el anexo denominado "Carta de Presentación de la Oferta" del Proyecto de Pliego de Condiciones debe manifestarse que se presentan como oferente plural, quiénes lo integran y su participación.

- II. Todos los integrantes del oferente plural deberán designar a un representante común para que sin limitaciones los represente y vincule como oferente plural pero también a cada uno de sus integrantes en todos los aspectos relacionados con la presentación de la oferta, desarrollo de la Licitación Pública, suscripción y ejecución del contrato.
- III. Los integrantes del oferente plural deberán permanecer como tales, con las responsabilidades y participaciones pactadas, durante toda la Licitación Pública y la ejecución del contrato para ello, deberán, entre otras, suscribir y presentar el Anexo denominado "Acuerdo de Permanencia" del Proyecto de Pliego de Condiciones.
- IV. La presentación de ofertas como Oferentes Plurales no exime a cada uno de sus integrantes del cumplimiento y acreditación de la capacidad jurídica.



3. MODELO CONTRACTUAL IDÓNEO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO EN LA LEY 2050 DE 2020.

Tal y como se indicó, en desarrollo del ejercicio consultivo, se empleó una metodología de descarte dejando de lado todas aquellas tipologías contractuales que, de acuerdo con su naturaleza o disposición legal no son viables para darle cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2050 de 2020.

Dicho esto, es preciso indicar que, de conformidad con la naturaleza de la operación que se pretende contratar, esta consultoría ubicó el marco jurídico general del objeto de estudio, en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que en su tenor literal dispone:

"4. Contrato de concesión

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

De conformidad con esta disposición, los contratos de concesión revisten tres modalidades a saber:

1. Aquellas que se realizan para la **prestación**, operación, explotación, organización **o gestión** total o parcial **de un servicio público**.
2. Aquellas que se realizan para la **construcción**, explotación **o conservación** total o parcial **de una obra o bien, destinado al servicio o uso público**.
3. Aquellas que se realizan para la concesión **de un bien público** para su explotación o conservación total o parcial.

Ahora bien, de la disposición general en comentario, es posible identificar dos hitos principales:



- El supuesto de hecho indicado en el numeral 1º, se refiere a cuando **la causa de la contratación es la prestación del servicio** y la **consecuencia es la instalación de la infraestructura tecnológica que se requiere para tal fin**.
- Por su parte, los numerales 2 y 3 hacen referencia a cuando **la causa de la contratación es la infraestructura en sí misma y la consecuencia es la prestación del servicio público implícito**, aspectos que han sido abordados de manera especial por la Ley 1508 de 2012, que regula el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

Con fundamento en lo anterior, se estima conveniente esbozar las características generales de la Concesión, así como de la modalidad especial que la ley 1508 de 2012, establece para los proyectos que involucran la construcción y/o administración de una infraestructura, con el fin de establecer con claridad qué modalidad de Concesión resulta adecuada a la contratación de los servicios que se proponen contratar.

• CARACTERÍSTICAS DE LA CONCESIÓN

El Consejo de Estado⁴, ha señalado respecto del contrato de concesión que:

"<En otras palabras y como en precedente ocasión lo ha expresado la Sala, por virtud de la concesión una Entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal; en la doctrina, asimismo, se han formulado multiplicidad de conceptualizaciones respecto del tipo contractual en comento; entre ellas puede hacerse alusión a la que ofrece Gastón Jèze, para quien "por el contrato de concesión de un servicio público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión".

...

"El término "concesión" es uno de los más vagos del derecho administrativo. Se emplea para designar operaciones que no tienen gran cosa de común entre ellas, excepto la de tener como base una autorización, un permiso de la Administración. De este modo se hablará de concesiones en los cementerios, de concesiones de tierras en los territorios de ultramar, de concesiones de construcción de diques, o de "incrementos futuros" que son simplemente ventas de materiales. La expresión "concesión de servicio público" que se abrevia a veces con el término "concesión", tiene, por el contrario, un sentido mucho más preciso. Se trata de un procedimiento mediante el cual una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración que consiste, en la mayoría de los casos, en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio.

...

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 14390 de fecha 18 de marzo de 2010, Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez



Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: (i) su celebración por parte de una Entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (ii) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (iii) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comentario, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80:

- A. La Entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.*
- B. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.*
- C. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.*
- D. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.*
- E. La Entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.*
- F. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.*
- G. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.*

Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicompreensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato».



También la jurisprudencia constitucional ha perfilado los rasgos distintivos del contrato de concesión, en los siguientes términos:

"De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características:

- A. Implica una convención entre un ente estatal -concedente- y otra persona -concesionario-;
- B. Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.
- C. Puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;
- D. En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

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

- A. El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v.gr., la Ley 105 de 1993 dispone que, para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.
- B. Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.
- C. En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.
- D. Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.

La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se



transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de Entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Terminado el contrato de concesión, todos los elementos muebles e inmuebles que hacen parte de la empresa, pasarán ipso-facto a ser propiedad de la Nación -o de la Entidad oficial contratante como accesorios a ésta y a título de reversión, sin pago de indemnización alguna a favor del contratista. En relación con el contrato de concesión, cuando opera la reversión, no se consolida derecho a compensación alguna en favor del concesionario, existiendo en cabeza de éste una remuneración que se ha ido produciendo en la medida en que el contrato se encuentra en vía de ejecución y desarrollo, lo que le permite amortizar los costos de la inversión".

- **CARACTERÍSTICAS DE LA APP:**

La SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C., mediante concepto identificado con el radicado 2018IE7260, definió con claridad las principales características de las APP's', en los siguientes términos :

"En este sentido, con la expedición de la Ley 1508 de 2012 se estableció el régimen jurídico de las asociaciones público privadas APP, se definió el monto mínimo que se requiere para llevar a cabo un proyecto bajo esta modalidad, su duración, su financiación, la forma como se debe desarrollar, la forma como se debe adjudicar, así como también la forma como se manejarán los recursos en el proyecto. Lo anterior se puede sintetizar de la siguiente manera:

- *Es un instrumento de vinculación de capital privado, a través de un contrato suscrito entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado;*
- ***Su objeto es la provisión de bienes públicos (infraestructura)** y de sus servicios relacionados;*
- *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;***
- *Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012 y Ley 1882 de 2018.*
- ***Solo para proyectos cuyo monto de inversión sea superior a 6.000 SMMLV.***
- *Les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.*



- Se debe establecer **durante su estructuración que es una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.**
- 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.
- El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.
- Podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades territoriales.
- **Tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas, salvo que cuente con el concepto previo favorable del CONPES para un término mayor.**
- 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.
- Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la Ley 1508 de 2012, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.
- Están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado, las Sociedades entre Entidades Públicas, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.
- Pueden ser de iniciativa pública o de iniciativa privada.

Conforme a las características anotadas, la APP se utiliza para los proyectos que versan sobre la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados, si corresponden a infraestructura y si son superiores a 6.000 SMMLV.

Si, por el contrario, el proyecto no cumple las condiciones anteriormente señaladas, la consecuencia que se deriva es que son aplicables las normas del contrato de concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o demás normas contractuales especiales



y complementarias, siendo esta la principal diferencia entre los proyectos que se adelantan por APP o Concesión” (Negrillas y subraya fuera del texto)

Cerrando lo desarrollado anteriormente, y con la finalidad de simplificar las principales diferencias entre la Concesión dispuesta en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y de la figura de la Asociación Público Privada que tiene su marco regulatorio en la Ley 1508 de 2012, se desarrolla el presente comparativo:

Numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 Régimen jurídico de Concesiones	Ley 1508 de 2012 Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas
No existe iniciativa privada.	Pueden ser de iniciativa pública o privada.
La retribución puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación, o en una suma periódica, única o porcentual, entre otras posibilidades.	Las Asociaciones Público Privadas están orientadas a infraestructura, esto es, cuando se trata de la construcción y explotación de un bien de uso público o cuando se le asigna un bien de uso público para la administración y explotación. Por tanto, la remuneración está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura , al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto. Lo anterior implica que deben incluirse indicadores de calidad para medir el desempeño del contratista.
El plazo es el que se haya pactado en el contrato, y debe conciliar la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.	Los contratos de Asociación Público Privada tienen un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas, a menos que se requiera un plazo mayor, caso en el cual se requiere de un concepto previo favorable del CONPES.
La concesión no tiene limitante en cuanto a la cuantía de la inversión	Las APP sólo se pueden llevar a cabo cuando la inversión sea superior a 6.000 SMMLV
Las adiciones no pueden ser superiores al 50% del valor inicial.	En el caso de las Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública o de iniciativa privada que requieren desembolso de recursos públicos, las adiciones de recursos públicos no pueden superar el 20% del valor del contrato inicialmente pactado.



• RECOMENDACIÓN JURÍDICA A LA SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE:

Previo a emitir la recomendación respecto del vehículo contractual idóneo para materializar lo dispuesto en la Ley 2050 de 2020, es importante traer a colación lo establecido en la cartilla denominada "TODO LO QUE NECESITAS SABER SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN- PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA PREVENTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA⁵", documento en el cual, entre otros se desarrollan las principales diferencias existentes entre la concesión y una Asociación Público Privada de la siguiente manera:

*" Las normas citadas indican que **el régimen de APP previsto por la Ley 1508 de 2012 no es el único aplicable a contratos en que existe vinculación de capital privado para la provisión de bienes y servicios públicos** 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, **puesto que no se encuentran dentro de su ámbito de aplicación los proyectos que no versan sobre infraestructura o cuya cuantía es inferior a seis mil (6000) salarios mínimos legales mensuales.***

A su vez, el artículo 2o 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 APP, lo cual implica que todo proyecto relativo al desarrollo de infraestructura debe tramitarse conforme al régimen de la Ley 1508 de 2012.

Por otra parte, el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012 no derogó el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. El citado artículo 39 derogó las disposiciones contrarias a la Ley 1508, en particular el parágrafo 2o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, derogatoria que no se extiende a la norma que consagra la concesión como tipo contractual de forma general (numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993) y demás disposiciones que lo regulan en sectores particulares. Con base en lo previsto por el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 aplica residualmente a proyectos en los que existe vinculación de capital privado distintos de aquellos relacionados con infraestructura o inferiores a seis mil (6000) SMLLV.

En consecuencia, las Entidades Estatales deben establecer en sus proyectos si **i)** versan sobre la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados; **ii)** si corresponden a infraestructura; y, **iii)** si son superiores a la cuantía de que trata el parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012. **Si el proyecto no cumple tales condiciones, la consecuencia es que son aplicables las normas del contrato de concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o demás normas especiales y complementarias.**" (Negrillas y subraya fuera del texto)

⁵https://apps.procuraduria.gov.co/gp/gp/anexos/todo_lo_que_necesitas_saber_sobre_las_asociaciones_publico_privadas_de_iniciativa_privada.pdf



En concordancia con lo anterior y considerando que, tal y como se ha desarrollado en el presente acápite, **la causa de la contratación no recae sobre la construcción o administración de una infraestructura para la prestación de un servicio público**, sino la de entregar a un tercero la instalación, implementación, operación y mantenimiento del sistema de control y vigilancia - SICOV-, que le permita a la Superintendencia de Transporte optimizar su función misional de inspección, vigilancia y control y de esta manera dar cumplimiento al mandato legal, esta consultoría **RECOMIENDA LA CONCESIÓN** como la tipología a través de la cual se puede materializar lo dispuesto en el parágrafo único del artículo veintidós de la Ley 2050 de 2020.

Ahora bien, teniendo en cuenta el estudio y diagnóstico evidenciado en las fases anteriores, la realidad actual de la operatividad del Sistema de Control y Vigilancia y la estructura financiera y técnica que requiere la implementación y puesta en marcha de la operación del SICOV, se recomienda el desarrollo de un proceso de selección que tenga como resultado la adjudicación de la contratación de un ÚNICO concesionario para el manejo de todos los OAT's, aspecto que facilitará las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia. Es de anotar que la recomendación de esta propuesta será abordada y justificada en detalle en el componente técnico y financiero de la presente consultoría.

• CLÁUSULA DE REVERSIÓN

Una vez definido el vehículo contractual de la Concesión, en el entendido que es este el que mejor responde a las necesidades de la Entidad, abordaremos aspectos de trascendental importancia en lo que tiene que ver con el alcance de las disposiciones que se deberán tener en cuenta para la futura estructuración del proceso de contratación, así como posterior operación del proyecto.

Uno de los elementos que permite identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión es la reversión (o reintegro o devolución a la entidad) de los bienes muebles e inmuebles afectos a la prestación del servicio, aunque ello no se pacte en el contrato.⁶

Si bien es cierto este tipo de cláusula es de obligatoria disposición, es importante una mención especial cuando la prestación verse sobre servicios, en este sentido la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., mediante concepto identificado con el número 111 de 2008 indicó que:

“(…)

Dentro de los elementos del contrato de concesión, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha incluido la cláusula de reversión como una característica de la esencia del contrato que

⁶ Consejo de Estado, Sección 3 Radicado 26643 de fecha 30 de enero de 2013, Consejero Ponente. Stella Conto Díaz del Castillo.



se entiende incorporada al mismo aún cuando las partes no lo hayan señalado expresamente³

Ahora bien, el artículo 19 de la Ley 80 de 1993⁴ señaló que en el caso de los contratos de explotación o concesión de bienes estatales debe pactarse que al finalizar el término de la explotación o concesión los bienes directamente afectos a la misma pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por esta situación se deba efectuar compensación alguna.

En el mismo sentido, el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, al referirse a los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, señaló que en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión (...)

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia C- 250 de 1996⁷ al analizar el contenido del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, señaló en relación con la reversión, lo siguiente:

"El Contrato de Concesión y la Cláusula de Reversión.

(...) De acuerdo con la anterior definición, el citado contrato presenta las siguientes características: (...)

g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que, aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse ínsitas en el mismo contrato.

(...) La reversión implica, pues, por la naturaleza del contrato de concesión, que al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que, en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado, por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales.

Cabe destacar, como ya se indicó, que una particularidad del contrato de concesión, es que debe contener obligatoriamente la cláusula de reversión -que constituye una

7 Corte Constitucional, C-250 de 1996 Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara



prerrogativa exorbitante de obligatoria inclusión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado-, en cuya virtud los bienes y demás elementos directamente afectados a la concesión o explotación de los bienes estatales pasan a ser de propiedad de la entidad contratante, una vez terminado el plazo contractual -que es el término o período que las partes estiman suficiente para recuperar los costos del proyecto, intereses de capital empleado y demás gastos financieros y operativos-, sin compensación alguna".

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que ha tratado el tema de los contratos de concesión, deben resaltarse para efectos de resolver el interrogante planteado los siguientes aspectos:

*** Dentro de las modalidades del contrato de concesión señaladas en la Ley 80 de 1993 encontramos aquella que se realiza para la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público.**

* La reversión constituye un elemento de la esencia del contrato de concesión que se entiende incorporado al mismo aún cuando las partes no lo hayan señalado expresamente.

*** Son objeto de reversión todos aquellos bienes y demás elementos que se encuentren directamente afectos a la concesión o explotación de bienes estatales.**

En el caso consultado se suscribe un contrato de concesión para la entrega de un área de servicio exclusivo de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 9º de la Ley 632 de 2000, cuya finalidad contractual consiste en asegurar la prestación del servicio de aseo otorgando un derecho de exclusividad a un concesionario para que en determinadas zonas se encargue de las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores⁶

De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que cuando se celebra el contrato de concesión a que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, lo que en realidad se produce es una concesión para la prestación del servicio de aseo bajo la modalidad de áreas de servicio exclusivo. Dicho de otra forma, las mencionadas áreas de servicio exclusivo constituyen uno de los instrumentos con que los Municipios y Distritos pueden asegurar la prestación y cobertura del servicio público en comento.

En este orden de ideas, el contrato de concesión que se celebra para otorgar áreas de servicio exclusivo debe ser considerado como un contrato de concesión de aseo⁷ al cual se le aplica en lo pertinente lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación, **pero, sin perder de vista que el objeto de dicha concesión es la prestación de un servicio público y no la explotación de bienes estatales.**



Así las cosas, teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la cláusula de reversión es de inclusión obligatoria sólo en los contratos de concesión y explotación de bienes, no puede entenderse que lo mismo ocurre en las concesiones de áreas de servicio exclusivo en las que el contrato se suscribe para garantizar la prestación de un servicio público y no con el fin de que se realice la explotación de un bien estatal.

Si bien, la cláusula de reversión no es obligatoria en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, es importante recordar que, de conformidad con las precisiones jurisprudenciales efectuadas por el Consejo de Estado sobre el tema, siempre que se entreguen bienes estatales para su explotación bajo la modalidad de concesión, las partes deberán pactar la cláusula de reversión.

Sumado a lo anterior, nada obsta para que las partes, de manera potestativa, y de acuerdo con los postulados de los artículos 1618 del Código Civil y 40 de la Ley 80 de 1993⁸ consagren dentro de los contratos de concesión de aseo la cláusula de reversión de los bienes estatales que en determinado caso hayan sido entregados al concesionario por la entidad para la prestación del servicio público, o se generen en su ejecución.

En este evento, corresponderá a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos determinar en la estructura financiera del contrato, los bienes estatales que por estar afectos a la concesión de las áreas de servicio exclusivo deberán revertir al final de la misma.

Resta indicar que el alcance de la mencionada cláusula de reversión no deberá ser distinto de aquel señalado por el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y por la jurisprudencia vigente sobre la materia." (...) (Negrillas y subraya fuera del texto).

Así las cosas y considerando que cuando se trata de concesiones sobre servicios, la Cláusula de Reversión puede pactarse teniendo en cuenta la estructura financiera del contrato y los bienes estatales que puedan estar afectos al cumplimiento de dicha función, se sugiere incorporar la siguiente redacción, teniendo en cuenta el objeto y alcance de la concesión que se propone, así:

DEVOLUCIÓN Y REVERSIÓN TECNOLÓGICA AFECTA A LA CONCESIÓN.

El licenciamiento de software de todos y cada uno de los elementos que hacen parte de la Solución Tecnológica, las licencias, los códigos fuente, manuales, llaves maestras y los datos e información objeto de los registros incluidos en el SICOV serán propiedad exclusiva de la Superintendencia de Transporte, sin perjuicio del derecho que tiene el CONCESIONARIO de usarla por el tiempo de vigencia de este Contrato para que sea destinada a la prestación del servicio público de registro en relación con los registros incluidos en el mismo y para que sea explotada económicamente en las condiciones establecidas en el Contrato. No obstante lo anterior en la Fecha de



Terminación Efectiva del Contrato, el CONCESIONARIO deberá devolver dichos bienes a la Superintendencia de Transporte.

Para el cumplimiento de la obligación de reversión, la Superintendencia de Transporte, por conducto de la Interventoría y EL CONCESIONARIO, mantendrán actualizado un inventario completo de todos los elementos que soportan la operación del SICOV (actualizaciones tecnológicas), en el cual se deberá verificar y calificar su estado en función de la naturaleza y características de toda la plataforma (incluyendo bases de datos) que soporta la operación.

El CONCESIONARIO deberá preparar con un año de anticipación a la terminación del Contrato la reversión y para tal efecto hará la transferencia tecnológica a la Superintendencia de Transporte o a quien éste designe. Para lo anterior, capacitará al personal necesario para el manejo integral y detallado del sistema SICOV, el cual entre otros aspectos, incluirá el detalle de la programación, lenguajes, estructuras y bases de datos, manejo de scripts, manuales, seguridad física e informática, a un nivel que permita que quien reciba pueda continuar prestando el servicio del SICOV.

Al vencimiento del plazo de ejecución del presente Contrato, las Partes suscribirán un acta en el que se relacionen los bienes que van a ser devueltos y revertidos, especificando el estado en que se encuentran cada uno de ellos, acto seguido el CONCESIONARIO entregará material y físicamente dichos bienes a la Superintendencia de Transporte, sin perjuicio de cumplir con las solemnidades que el ordenamiento jurídico vigente impone para transferir el derecho de dominio, cuando a ello hubiere lugar.

Para la ejecución del objeto contratado, el CONCESIONARIO podrá arrendar o contratar los servicios necesarios para proveer los canales de comunicación requeridos para la implementación y operación del SICOV, así como los bienes que no hayan sido incluidos en el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones.

Con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, el CONCESIONARIO se obliga a incluir en todos los contratos que celebre de acuerdo con lo previsto en este numeral una cláusula de cesión del respectivo contrato en favor de la Superintendencia o a quien éste designe, en el evento en que el presente Contrato de Concesión termine por cualquier causa. En todo caso, la cesión de tales contratos a favor de la Entidad deberá realizarse en las mismas condiciones técnicas, operativas y económicas que fueron contratados con el CONCESIONARIO.

El CONCESIONARIO se obliga a ceder a quien reciba, todos los contratos de arrendamiento, licencia, leasing y garantías entre otros, que la



Superintendencia de Transporte considere necesario para la continuidad en la prestación del servicio.

En la Cláusula de Reversión no se incluirán elementos de hardware o bienes muebles que el Concesionario emplee para la prestación del servicio, los cuales se reputan de su propiedad al vencimiento del término de ejecución.



4. PROTECCIÓN E INTEGRALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

- **Propiedad de la información contenida en las bases de datos de naturaleza pública**

La Corte Constitucional definió el derecho de Habeas Data como aquel que otorga la facultad⁸ al titular de datos personales de exigir a los administradores de los datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de su divulgación, publicación o cesión⁹, de los mismos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales.

Igualmente, la Corporación señaló que este derecho tiene una naturaleza autónoma que lo diferencia de otras garantías con las que está en permanente relación, como los derechos a la intimidad y a la información.

La Sentencia T-444 de 1992, expresa que el derecho de habeas data "*implica poder exigir el conocimiento de los datos que se tengan almacenados de nosotros mismos y la posibilidad de solicitar su corrección, con el fin de proteger la intimidad debido al tratamiento que las diferentes entidades hacen a los datos de las personas, agregando la Corte en este apartado: Lo importante es que las personas no pierdan el control sobre la propia información, así como sobre su uso.*

Este derecho establece una doble línea de salvaguarda de los particulares; por una parte, incorpora obligaciones exigibles a entidades públicas y privadas que recopilan y tratan información, tales como de regirse por principios de lealtad, legitimidad con relación a la finalidad para lo que se recolectarán los datos. Y por otra parte, consiste en el derecho que tiene toda persona a exigir del Estado el respeto a derechos como el de la intimidad personal y familiar y a su buen nombre".

Posteriormente, mediante sentencia C-1011 de 2008, la Honorable Corte Constitucional reiteró y reconoció la autonomía del derecho al habeas data conceptualizándolo de la siguiente manera:

⁸ En este sentido, en sentencia T-414 de 1992, la Corte afirmó: "la libertad informática, consiste ella en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás." Así mismo, en sentencia SU-082 de 1995, afirmó: "La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales." Y en la sentencia T-552 de 1997 afirmó: "...el derecho a la autodeterminación informativa implica, como lo reconoce el artículo 15 de la Carta Fundamental, la facultad que tienen todas las personas de "conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de Entidades públicas y privadas"."

⁹ "El fundamento de validez de los llamados principios de la administración de datos personales, se encuentra en el segundo inciso del artículo 15 de la Constitución, el cual constituye en términos de la Corte, 'el contexto normativo y axiológico dentro del cual debe moverse, integralmente el proceso informático' y del cual derivan 'unas reglas generales que deben ser respetadas para poder afirmar que el proceso de acopio, uso y difusión de datos personales sea constitucionalmente legítimo', y que a su vez son el resultado 'de la aplicación directa de las normas constitucionales al proceso informático'."



“El hábeas data confiere, (...), un grupo de facultades al individuo para que, en ejercicio de la cláusula general de libertad, pueda controlar la información que de sí mismo ha sido recopilada por una central de información. En ese sentido, este derecho fundamental está dirigido a preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático”.

En este mismo sentido, mediante Sentencia C-748/11, señaló: que “el reconocimiento del derecho al habeas data –identificado como un derecho fundamental autónomo tanto en el plano nacional como internacional- persigue la protección de los datos personales en un mundo globalizado en el que el poder informático es creciente. Esta protección responde a la importancia que tales datos revisten para la garantía de otros derechos como la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el que exista una estrecha relación con tales derechos, no significa que no sea un derecho diferente, en tanto comprende una serie de garantías diferenciables y cuya protección es directamente reclamable por medio de la acción de tutela, sin perjuicio del principio de subsidiariedad que rige la procedencia de la acción.”

En la misma sentencia aclaró que “En efecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las características de los datos personales –en oposición a los impersonales¹⁰- son las siguientes: “i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación¹¹”.

En cuanto al marco regulatorio¹², se puede identificar la clasificación de los datos personales, así:

- Dato Público: Dato que no es semiprivado, privado o sensible (Ej. datos relativos al estado civil de las personas, su profesión u oficio, su calidad de comerciante o servidor público y aquellos que pueden obtenerse sin reserva alguna).
- Dato semiprivado: Dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento interesa al titular y a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general (Ej. datos financieros y crediticios, dirección, teléfono, correo electrónico).
- Dato privado: Dato que solo es relevante para su titular (Ej. fotografías, videos, datos relacionados con su estilo de vida.)
- Dato sensible: Categoría especial de datos personales.

¹⁰ Sentencia T-729 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹ Sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹² Ley 1266 de 2008.



El Departamento Administrativo de Planeación, en el documento denominado “Aprovechamiento de datos para la toma de decisiones en el sector público¹³”, se refiere a los datos como un activo estratégico de la siguiente manera:

“Por tanto, los datos se han convertido en activos estratégicos para la generación de valor social y económico tanto en el sector público como en el privado. Los aportes del Big Data a la creación de valor para el sector público son diversos, y se orientan a mejorar la prestación de servicios al ciudadano, acompañar el proceso del ciclo de política pública y mejorar los niveles de eficiencia (McKinsey Global Institute, 2016).

La experiencia internacional permite visibilizar la utilidad de la explotación y análisis del Big Data en proyectos de diversos sectores como el de la salud, el ambiental y el educativo, entre otros. El aprovechamiento de grandes cantidades de datos en el sector público trae oportunidades para generar evidencia en el diseño, implementación y seguimiento de los programas, proyectos y políticas, pero también importantes desafíos. Por ejemplo, la necesidad de contar en el país con las competencias necesarias para el análisis y explotación de datos, así como la incorporación de la analítica de datos en la agenda operativa y misional del Gobierno y de las entidades públicas (DNP, 2018), la consolidación de un marco jurídico e institucional que brinde las garantías para el intercambio de datos y la protección de la privacidad de los datos de las personas, y una infraestructura de datos soportada por un marco de política, normativa y de procesos estandarizados que permita aumentar la disponibilidad de datos públicos de calidad y su intercambio efectivo entre las entidades.

A su vez, La Ley 1581 de 2012 establece las diferentes categorías especiales de datos personales, como los datos sensibles y los datos personales. Esta norma es aplicable a los datos personales registrados en cualquier base de datos, y que por ello, los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

Así mismo, define el dato personal como “cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables” y, al titular de la información, como aquella “persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento” y finalmente al tratamiento como “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”.

La norma dispone que, la autorización del titular consiste en aquel consentimiento previo, expreso e informado del titular de los datos para llevar a cabo el tratamiento de aquellos datos personales; y a su vez, el tratamiento consiste en cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión¹⁴.

¹³ <https://www.dnp.gov.co/DNPN/Documents/Borrador-Aprovechamiento-de-datos.pdf>

¹⁴ Artículo 3 de la Ley 1581 de 2012



Conforme a lo anterior y, de acuerdo con el marco legal vigente, la propiedad de la "información personal" que se cargue, genere o conserve en el futuro Sistema de Control y Vigilancia que pretende contratar la Superintendencia de Transporte, será propiedad de su titular (usuario del servicio) y, en lo que se refiere a la información relacionada con el servicio que se prestará, la información y datos serán y deberán ser tratados por la Superintendencia de Transporte.

Es importante tener presente que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo decimo de la Ley 1581 de 2012, la autorización del titular no será necesaria cuando se trate de información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial, facilitando de esta manera el manejo de los datos personales de los usuarios, siempre y cuando estos se encuentren alineados a la Política de Tratamiento de datos personales y sensible que tenga la Superintendencia de Transporte

Ahora bien, en cuanto al tratamiento de la información en los contratos de Concesión que involucren la captura, procesamiento y aprovechamiento de datos dispone el Decreto 1974 de 2019 que, deberán incorporarse las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de todas las exigencias legales y reglamentarias de tratamiento de datos e información, lo cual habilita de manera automática que le sea aplique el marco regulatorio vigente.

Con la finalidad de mitigar cualquier riesgo relacionado con la naturaleza de la propiedad de la información y el acceso a la misma (dispuesto en la Ley 1712 de 2014), podría incluirse en el cuerpo del proyecto de minuta contractual las siguientes cláusulas:

CLÁUSULA.- NATURALEZA Y PROPIEDAD DE LA INFORMACIÓN. La información, registros y documentos de archivo contenidos en el Sistema de Vigilancia y Control, son propiedad de la Superintendencia de Transporte, quien ejercerá el pleno control sobre los mismos y sobre sus demás recursos informativos.

Por involucrar un archivo público, éste será considerado un bien de uso público, y por lo mismo, no será susceptible de enajenación. Mediante la suscripción de este Contrato, el CONCESIONARIO expresamente reconoce que la propiedad de las Bases de Datos que se implementen para llevar el Sistema de Control y Vigilancia y de toda la información y datos que en ellas repose es de la Superintendencia de Transporte, y en consecuencia, a partir de la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato, el CONCESIONARIO no podrá mantener copia de tales Bases de Datos, ni de la información que hace parte del Sistema de Control y Vigilancia, tampoco podrá utilizar ninguna de ellas en su propio beneficio o de terceros, obligándose a transferir la totalidad de las mismas a la Superintendencia de Transporte

CLÁUSULA.- ACCESO A LA INFORMACIÓN. Todas las personas tendrán derecho a consultar la información y los documentos que reposen en el Sistema de Control y Vigilancia –SICOV y a que se expida copia, siempre que una u otros no tengan carácter reservado conforme a lo dispuesto en Constitución, la ley o, no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.



En consecuencia, las entidades públicas o privadas podrán tener acceso a la información contenida en el Sistema de Vigilancia y Control, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la Superintendencia de Transporte para el efecto.

La Superintendencia de Transporte y el CONCESIONARIO garantizarán el derecho a la intimidad personal, a la honra y al buen nombre de las personas, los derechos de autor y de propiedad industrial y los demás derechos consagrados en la Constitución Política y en las leyes. La expedición de copias y certificaciones se regulará de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes sobre la materia.

- **Propiedad del software**

La protección jurídica que se concede al Software, tiene su fundamento jurídico en la Ley 23 de 1982, mediante la cual, se establece que "los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras", la doctrina ha asociado el lenguaje de programación (código objeto y código fuente) a un idioma natural, por lo que el Software como herramienta, es asociada a una obra literaria que demanda protección como creación.

El Decreto 1360 de 1989, incorporó el concepto de Software en la legislación nacional, definiéndose como una creación propia del dominio literario, a su vez, el artículo segundo determinó que el Software sujeto de protección debe comprender alguno de los siguientes aspectos: (i) el programa de computador, (ii) la descripción de programa y; (iii) el material auxiliar.

Por su parte, la Ley 565 del 2000 por medio de la cual se aprueba el "Tratado de la OMPI - Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- sobre Derechos de Autor (WCT)", adoptado en Ginebra, se establece de manera expresa que los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna. Como consecuencia de lo anterior, esa protección es aplicable a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. En el mismo sentido, se refiere a la protección que por derecho de autor debe darse a las compilaciones de bases de datos, sea cual sea su modalidad.

Finalmente, el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, en relación con la naturaleza de los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor, establece que: "*Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros*".

Con lo anterior, se entiende que la única solemnidad que exige la ley es que la cesión se haga por escrito, sin embargo, es importante tener presente aquellos contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor, deben ser inscritos en el Registro Nacional de Derecho de Autor, con la finalidad de que los mismos puedan ser oponibles frente a terceros.



Comúnmente se han desarrollado dos tipos de contratos de prestación de servicios relacionados con Software, el Contrato de Licencia de Software, mediante el cual el Creador o desarrollador autoriza los derechos de explotación de la misma a un tercero, estableciendo un precio determinado como forma de pago, consintiendo de esta manera un uso determinado del Software y estableciendo en el contrato las condiciones en que operará la licencia.

También se han celebrado Contratos de Desarrollo de Software, en el que el autor o creador delimita el uso que se dará al Software particular, se elige al contratista para pedirle la confección de una obra específica y de la cual normalmente se desprenden derechos patrimoniales frente a su utilización, el cliente contratante es quien establece en su necesidad las características particulares del Software y como deberá implementarse, comprometiéndolo al desarrollador a la ejecución de una obligación de resultado. Sin embargo, la titularidad de los derechos morales del autor sigue en cabeza del desarrollador.

En efecto, con relación a los desarrollos de software, los derechos morales hacen referencia al derecho personal que reconoce y resguarda el vínculo entre el autor y su obra, lo cual no se puede desconocer puesto que existe un vínculo inequívoco e inalienable entre los dos. Por tal motivo, se puede ceder el beneficio de la explotación de un software, pero no considerar que quien lo creó fue una persona y no otra, pues esto se escapa de la realidad. En tal sentido, los derechos morales no son transferibles, son irrenunciables y no tienen limitación de tiempo. Por su parte, los derechos patrimoniales de autor, hacen referencia a los derechos de explotación económica y son susceptibles de cesión, la cual supone la transmisión de la titularidad o propiedad de la totalidad del software al cesionario.

Ahora bien, para efectos de los desarrollos de SOFTWARE necesarios para la instalación e implementación del o los sistemas de vigilancia de la Superintendencia de Transporte que requiere contratar para darle cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2050 de 2020, es importante destacar que la norma determinó el alcance del futuro contrato que deberá suscribir la entidad, es decir, deberá incluir la instalación, operación y mantenimiento de la totalidad del sistema, en tal sentido, si la Superintendencia de Transporte considera necesario contar con la propiedad total de los desarrollos de software que se realicen para garantizar la operación del nuevo SICOV bastará con que las partes acuerden con total claridad que la propiedad de los desarrollos tecnológicos, deben quedar en cabeza de la entidad una vez finalice la ejecución del proyecto, incluyéndose los derechos patrimoniales y morales.

Al adelantarse el proyecto a través de concesión la ley determina que debe revertirse al Estado, a la finalización del contrato, aquellos bienes muebles e inmuebles afectos a la prestación del servicio, dentro de los cuales se enmarcan aquellos desarrollos necesarios para la operación del sistema; se recomienda determinar con total claridad en el clausulado del futuro contrato, que dicha reversión no implicará ningún pago adicional a favor del concesionario.

CLÁUSULA.- LICENCIAS DE USO DE SOFTWARE. El CONCESIONARIO se obliga a proveer y mantener vigentes al menos por un (1) año más, contado a partir de la fecha de terminación del contrato, a su costa, todas las licencias de uso de Software de Base y software aplicativo y, en general, todas aquellas que resulten necesarias para que la



Superintendencia de Transporte, directamente o a través del CONCESIONARIO, pueda hacer uso legítimo y explotación del software suministrado, instalado, implementado y operado en desarrollo del Proyecto durante un plazo igual al término de vigencia de este Contrato y el término adicional anteriormente previsto.

En consecuencia, el CONCESIONARIO se obliga a mantener indemne a la Superintendencia de Transporte y a terceros por el uso legítimo que la Superintendencia de Transporte o el CONCESIONARIO hicieren de tales bienes durante dicho lapso. Así mismo, el CONCESIONARIO se obliga a adelantar todas las gestiones necesarias o convenientes para garantizar que a la terminación del Contrato, *el licenciamiento de software de todos y cada uno de los elementos que hacen parte de la Solución Tecnológica, los códigos fuente, llaves maestras y los datos e información objeto de los registros incluidos en el SICOV serán propiedad exclusiva de la Superintendencia de Transporte, sin que por ello se generen costos adicionales para la Entidad.* En consecuencia, el CONCESIONARIO renuncia o cede en favor de la Superintendencia de Transporte a los derechos de propiedad intelectual (derechos de autor y derechos de propiedad industrial) de contenido económico relativos a dicho software.

5. COSTOS ASOCIADOS PARA TODOS LOS ACTORES, DE CONFORMIDAD CON LA ESTRUCTURA DEL PROCESO CONTRACTUAL

A continuación, se analizan los costos referidos a la entrega en Concesión del funcionamiento en la instalación, implementación, operación y mantenimiento del sistema de control y vigilancia - SICOV-, que le permita a la Superintendencia de Transporte la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias a las que están sujetos los organismos de apoyo a las autoridades de tránsito (OAT), tanto en la estructura de su oferta, como en la ejecución del contrato.

- **A cargo del Proponente – Concesionario**
- **Garantía de Seriedad de la Oferta y Garantía de Cumplimiento**

Para calcular el **valor de las pólizas, las compañías aseguradoras tienen en cuenta** el tipo de servicio que ofrece la empresa contratada, por un lado, y la capacidad crediticia del contratante, por el otro. El costo de este seguro varía de acuerdo con el perfil de riesgo que arroje el tomador y beneficiario.

El valor de los amparos se calculará con base en el presupuesto oficial, que tratándose de la Concesión, será el establecido para fines fiscales, con base en las estimaciones de la inversión CAPEX y OPEX, que se abordarán más adelante.



- **Constitución de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos – Interventoría Integral.**

A continuación se exponen dos herramientas jurídicas o mecanismos que recogen la obligación del Concesionario de reportar a la Superintendencia de Transporte, la operación financiera del proyecto, con el fin de que pueda ejercer una vigilancia adecuada sobre este aspecto.

El primero de ellos, es la implementación del esquema de administración y pagos a través de una Fiducia, permite delegar en la sociedad fiduciaria la administración de actividades tales como efectuar los pagos a proveedores, empleados y acreedores, administrar la tesorería de proyectos específicos, con el fin de que los recursos del proyecto sirvan de fuente de pago a los acreedores.

La gran ventaja de este fideicomiso radica en que libera al fideicomitente de la carga de administrar los recursos, el recaudo y el pago a proveedores y protege los recursos contra riesgos de solvencia.

Bajo este entendido, los pagos que realice el usuario al prestador del servicio por medio del operador de recaudo, (operador de recaudo elegido por el concesionario), deberán ser remitidos a la cuenta que destine la entidad Fiduciaria para que ésta distribuya de manera automática los porcentajes tal y como se disponga en el contrato conforme lo indique también la normatividad aplicable.

En tal sentido, la constitución de una Fiducia de Administración y Pagos, es un instrumento que permite verificar en tiempo real el balance de la concesión, accediendo a la información inmediata por parte de la Superintendencia de Transporte, con relación al cumplimiento de las obligaciones y correcta ejecución del objeto del contrato.

Para el efecto, a continuación, se presenta un esquema de funcionamiento del patrimonio autónomo, para la administración de los recursos provenientes de recaudo:

- El manejo de la totalidad de los recursos afectos a la concesión sin importar su fuente, deberán ser incorporados en la fiducia, para que, por ninguna consideración, se permita el manejo de recursos por fuera del sistema bancario ni del patrimonio autónomo como instrumento de recaudo para la concesión.
- En cuanto a la instrumentalización para el recaudo de los recursos, el proponente deberá hacer convenios a través de la sociedad fiduciaria con las entidades bancarias que estime convenientes, debidamente vigiladas por la superintendencia financiera.
- Las dispersiones (Interventoría, concesionario, OAT, ANSV, RUNT y demás giros que deban realizarse a terceros conforme lo establece la ley y el contrato) se realizan de manera mensual únicamente a través de encargo fiduciario, **respecto del cual el contratista deberá sufragar todos los gastos de constitución, administración y liquidación por el termino en que dure el contrato y 3 meses más hasta su liquidación.**

La sociedad fiduciaria administrará la totalidad de los recursos ingresados al encargo fiduciario Y la Superintendencia de Transporte, actuará como destinataria de los reportes de ejecución



financiera y autorizada para la consulta de la operación con la periodicidad que lo estime conveniente, todo lo cual deberá pactarlo el concesionario con la Fiduciaria, en cumplimiento de las instrucciones que en tal sentido le imparta la Entidad.

El segundo mecanismo del que se dispone para la adecuada vigilancia y control financiero de la operación, es la contratación de una Interventoría técnica, administrativa, operativa y financiera, que de manera específica tenga a su cargo, entre otras cosas, la solicitud, recepción y validación de los reportes financieros que debe generar el Concesionario, con la periodicidad que requiera la operación, junto con todos los soportes bancarios que los sustenten, en relación con el recaudo y dispersión en oportunidad de los recursos de la operación a los beneficiarios legales y contractuales de los mismos.

En tal sentido, se deberá solicitar dentro del equipo de trabajo de la interventoría, la vinculación de un consultor que tenga las calidades académicas y profesionales financieras, para que lleve a cabo de manera idónea la auditoría comentada, generando las observaciones y alertas tempranas que sean pertinentes, solicite la adopción de correctivos que correspondan y genere los informes a la Superintendencia de Transporte, para que pueda llevar a cabo la vigilancia sobre la operación.

Se ubica a la interventoría del proyecto en el capítulo de Gastos en que tendrá que incurrir el concesionario, toda vez que, al igual que esquema fiduciario arriba comentado, dicho valor deberá ser contemplado y cubierto por la concesión, en virtud de las estimaciones del CAPEX y OPEX que se comenta más adelante.

Si bien, ambos mecanismos propuestos proporcionan elementos jurídicos objetivos para el manejo de los recursos, conviene validar las implicaciones financieras y tributarias de cada figura, pues la concentración de los recursos en la fiduciaria, implica que previo descuento de la comisión bancaria, todos los recaudadores dirijan los recursos al patrimonio autónomo para la dispersión legal y contractual de los mismos, movimientos financieros que están gravados por el 4X1.000, lo cual llevaría de manera necesaria a un incremento en la tarifa de los servicios.

Ahora bien, como quiera que la interventoría se encarga de controlar, revisar y supervisar todos los componentes del proyecto, es decir, no solo los financieros, sino también los técnicos, jurídicos y administrativos, su valor necesariamente está estimado dentro del modelo financiero de la concesión y, en tal caso, bastaría con incorporar detalladamente el seguimiento que se requiere sobre las operaciones de recaudo y dispersión de los recursos, para tener cubierto el seguimiento que en tal sentido interesa llevar a cabo a la Superintendencia de Transporte.

Con fundamento en lo anterior, y una vez evaluadas las alternativas jurídicas de seguimiento a la operación del Sistema de Control y Vigilancia, la consultoría recomienda la incorporación de una interventoría con precisas obligaciones de seguimiento en todos los componentes del proyecto SICOV cuyo valor deberá ser cubierto por la operación misma de la concesión.



- **CAPEX y OPEX**

Un **OPEX**, del inglés "Operational expenditures", es un costo permanente para el funcionamiento de un producto, negocio o sistema. Su contraparte, el gasto de capital (**CAPEX**), es el costo de desarrollo o el suministro de componentes no consumibles para el producto o sistema. Juntos conforman el valor de la inversión que tendrá que estimar el proponente dentro del proceso de contratación de la concesión, para la estructuración de su oferta, de conformidad con el modelo financiero que lleve a cabo para tal fin.

En consecuencia, constituye la estimación de la inversión que tendrá que llevar a cabo el concesionario para el inicio e impulso de la operación, por lo cual debe calcular los costos mensuales y anuales de la operación y recaudo.

Conforme al modelo contractual de CONCESIÓN, el valor del contrato es en un principio indeterminado pero determinable considerando los recaudos que se realicen y la aplicación de la participación que el Concesionario oferte en el proceso de licitación.

- **Para la Entidad Contratante**

La Licitación Pública no cuenta con presupuesto oficial o disponibilidad presupuestal. Lo anterior, en razón a su objeto, a la forma de pago del Contrato y la fuente de retribución del concesionario.

Sin embargo, con el único propósito de servir para el cálculo del valor de la garantía de seriedad y para efectos de la experiencia a acreditarse, deberá estimarse un presupuesto oficial a manera de referencia, el cual resulta del modelo financiero que se lleve a cabo para el adelantamiento del proceso de contratación vía concesión.

Es importante precisar que para la ejecución del contrato, la Superintendencia de Transporte no compromete presupuesto ni vigencias futuras, puesto que la solución integral en TIC a contratar estará a cargo del CONCESIONARIO. Las inversiones que debe realizar el CONCESIONARIO serán financiadas en su totalidad por éste a través de recursos propios (capital de trabajo) y/o recursos de crédito u otras fuentes lícitas y demostrables según lo estime conveniente de conformidad con la legislación colombiana vigente.

Adicionalmente, cabe aclarar que la Superintendencia de Transporte no deberá expedir certificado de disponibilidad presupuestal y se entenderá que el CONCESIONARIO acepta que su ingreso viene de la tarifa que se genere por los servicios que serán concesionados en el contrato.

El proponente, futuro CONCESIONARIO, con la presentación de la oferta se obliga a prestar los servicios correspondientes a los servicios identificados, reconociendo que sólo respecto del recaudo se prestan servicios que constituyen pago a cargo de los ciudadanos. Vale decir, el CONCESIONARIO reconoce que sólo será titular de la porción de la tarifa que le corresponda.



Por último, de acuerdo con la naturaleza de la Concesión y en atención al numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, establece que: "(...) Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración", al proponente le corresponde adelantar los análisis que encuentre pertinentes para formular una propuesta adecuadamente sustentada desde el punto de vista jurídico, técnico y financiero. Bajo ese entendido, el valor del presupuesto, es meramente indicativo a partir de los cálculos realizados por la Superintendencia de Transporte.

En relación con el modelo financiero que el INTERESADO realice para asegurar la viabilidad del proyecto, el INTERESADO deberá realizar las proyecciones necesarias de las variables macroeconómicas con el fin de indexar los valores que considere para la estructuración financiera de la implementación y operación del proyecto.

6. ANÁLISIS SOBRE LA FUENTE DE LOS RECURSOS PARA LA ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN, PARA LA INSTALACIÓN, IMPLEMENTACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE

El presente documento tiene por objeto determinar si para la adjudicación de un contrato de concesión, para la instalación, implementación, operación y mantenimiento del sistema de control y vigilancia de la Superintendencia de Transporte, es necesaria la determinación de disposiciones normativas especiales, que garantice la retribución del concesionario.

1. Cambios introducidos por la Ley 2050 de 2020.

El 12 de agosto de 2020, fue sancionada la Ley 2050, "Por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley 1503 de 2011 y se dictan otras disposiciones en seguridad vial y tránsito", que en su artículo 22, determina que la Superintendencia realizará directamente o a través del Sistema de Control y Vigilancia, visitas periódicas a los organismos de apoyo a las autoridades de tránsito, con el fin de verificar el cumplimiento de los mandatos legales y reglamentarios, que adjudicará bajo las disposiciones de régimen de contratación Estatal vigente la instalación, implementación, operación y mantenimiento de los sistemas¹⁵.

Así las cosas, existe un cambio trascendental para la operación del Sistema de Control y Vigilancia de la Superintendencia de Transporte, que ha venido operando a través de homologaciones en virtud de las cuales actualmente el autorizado una vez debidamente habilitado por la entidad, celebra un contrato con cada Organismo de Apoyo al que le presta el servicio, en consecuencia, el cobro de las tarifas y el recaudo de las mismas no se realiza por parte de la Superintendencia de forma directa, ni tampoco indirecta (pues los prestadores no son sus contratistas), por ello, actualmente el cobro se realiza sujeto a las leyes de competencia

¹⁵ **ARTÍCULO 22.** Inspección, vigilancia y control. La Superintendencia de Transporte realizará, directamente o a través del Sistema de Control y Vigilancia, visitas periódicas a los organismos de apoyo a las autoridades de tránsito, con el fin de verificar el cumplimiento de los mandatos legales y reglamentarios.

Parágrafo. La Superintendencia de Transporte adjudicará bajo las disposiciones de régimen de contratación Estatal vigente, la instalación, implementación, operación y mantenimiento de los sistemas, cuyo servicio será facturado como pago a terceros, de acuerdo con las tarifas que se determinen para estos efectos".



privada, en relación a la oferta y demanda, en lo que respecta a los homologados. En tal sentido, el cambio sugerido consiste en que, en desarrollo del mandato legal, a futuro la Superintendencia deberá adjudicar la operación del SICOV a través de las disposiciones de contratación estatal vigentes, es decir con la celebración de un contrato.

Respecto de la fuente u origen de los recursos con los cuales la Superintendencia puede adquirir las obligaciones derivadas del contrato que deberá celebrar en virtud de lo dispuesto en la Ley 2050 de 2020, en el cual debe estar plasmado con claridad la retribución que recibirá el contratista, la norma en comento no estableció mayor claridad, pues solamente dispone que el pago será facturado como pago a terceros, de acuerdo con las tarifas que para ello se fijen, así:

“ARTÍCULO 22. *Inspección, vigilancia y control. La Superintendencia de Transporte realizará, directamente o a través del Sistema de Control y Vigilancia, visitas periódicas a los organismos de apoyo a las autoridades de tránsito, con el fin de verificar el cumplimiento de los mandatos legales y reglamentarios.*

Parágrafo. *La Superintendencia de Transporte adjudicará bajo las disposiciones de régimen de contratación Estatal vigente, la instalación, implementación, operación y mantenimiento de los sistemas, cuyo servicio será facturado como pago a terceros, de acuerdo con las tarifas que se determinen para estos efectos”.*

Conforme a lo anterior, el legislador no estableció disposiciones especiales sobre la fuente de los recursos con los cuales la Superintendencia ponga en marcha el sistema de Control y Vigilancia, de acuerdo con el tipo de contrato que determine precedente.

2. Disposiciones reglamentarias emanadas por el Ministerio de Transporte.

En tal sentido, es necesario destacar que el Ministerio de Transporte reglamentó la expedición de las facturas, por concepto de los servicios que prestan de los organismos de apoyo al tránsito, en el marco de las acciones necesarias para dar cumplimiento a lo ordenado en la Ley 1702 de 2013, “*Por la cual se crea la Agencia Nacional de Seguridad vial y se dictan otras disposiciones*”, que estableció en su artículo 20 (modificado por el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015), que el Ministerio de Transporte debía definir las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción¹⁶.

¹⁶ **ARTÍCULO 20.** DETERMINACIÓN DE TARIFAS POR SERVICIOS QUE PRESTEN LOS ORGANISMOS DE APOYO. Modificado por el artículo 30 de la Ley 1753 de 2015. El Ministerio de Transporte definirá mediante resolución, en un plazo no mayor a noventa (90) días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes. Se efectuará un estudio de



El contenido de las disposiciones expedidas por el Ministerio de Transporte, en relación con la facturación del servicio, ordenando que dicha factura debe contener, además de los valores establecidos para los organismos de apoyo a las autoridades de tránsito, los demás valores correspondientes a los servicios que correspondan al cumplimiento de las condiciones para su operación, es decir los impuestos, los valores correspondientes a la tasa a favor de la Agencia Nacional de Seguridad Vial y los correspondientes al sistema de vigilancia de la Superintendencia de Transporte, pues de conformidad con las mismas, el usuario del servicio que presta el organismo de apoyo a las autoridades de tránsito, paga a éste no solo su servicio, sino lo que corresponde a los terceros y posteriormente lo transfiere, de conformidad con lo ordenado en el estatuto tributario.

En tal sentido, cuando el artículo 22 de la Ley 2050 de 2020, ordenó que la facturación se realizará como pago a terceros, tiene por objeto determinar que, no obstante escogerse según las formas de contratación contenidas en la Ley el nuevo proveedor de los sistemas de control y vigilancia, la facturación que se le emite al usuario, debe atender lo dispuesto por el Ministerio de Transporte, entendiéndose que la labor de quien factura y presta el servicio para estos pagos, es similar a la que presta una empresa obligada a retener impuestos, cumpliéndolo ordenado por el artículo 381 del estatuto tributario.

En tal sentido, en el momento de dar cumplimiento a lo allí dispuesto, el pago que realice el usuario se trasladará al contratista, que para éstos efectos es uno de los terceros, cuyo servicio deberá estar discriminados en la factura, de acuerdo con lo establecido por el Ministerio de

costos directos e indirectos considerando las particularidades, infraestructura y requerimientos de cada servicio para la fijación de la tarifa.

Para la determinación de los valores que por cada servicio deben transferirse al Fondo Nacional de Seguridad Vial, se aplicará el siguiente procedimiento:

1. Se tomará el valor del presupuesto de la Agencia Nacional de Seguridad Vial ejecutado en el año inmediatamente anterior, certificado por el responsable del presupuesto.
2. Se definirá el número de servicios acumulados en el mismo período por los cuatro (4) grupos de organismos de apoyo (Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento de Conductores, los de Diagnóstico Automotor y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción), dividiendo el valor del numeral precedente en el número de servicios.
3. El producto de dividir la operación se tendrá como base del cálculo individual de cada tasa.
4. La tasa final de cada servicio corresponderá al cálculo individual multiplicado por factores numéricos inferiores a uno (1) en función de la pertenencia de cada usuario o de su vehículo (en el caso de los Centros de Diagnóstico Automotor) a grupos de riesgo con base en criterios como edad, tipo de licencia, clase de vehículo, servicio u otros que permitan estimar el riesgo de accidente, tomados con base en las estadísticas oficiales sobre fallecidos y lesionados. Los factores serán crecientes o decrecientes en función de la mayor o menor participación en accidentes, respectivamente.
5. Una vez definido el valor de la tasa individual, esta se acumulará al valor de la tarifa para cada servicio. (...)"



Transporte; respecto de los Centros de Reconocimiento de Conductores en la Resolución 5228 del 14 de diciembre de 2016, *"Por la cual se establecen las condiciones, características de seguridad y rangos de precios al usuario para servicios prestados por Centros de Reconocimiento de Conductores y se modifica la Resolución 217 de 2014"*, respecto de los CDA en la Resolución 3318 del 14 de Septiembre del 2015, *"Por la cual se establecen las condiciones, características de seguridad y rangos de precios al usuario para servicios prestados por Centros de Diagnósticos Automotor"*, respecto de los CEA en la Resolución 1208 del 5 de mayo de 2017, *"Por la cual se establecen las condiciones, características de seguridad y los rangos de precios al usuario para servicios prestados por los Centros de Enseñanza Automovilística -CEA-"*, respecto de los CALE en la Resolución 1349 del 12 de mayo de 2017, *"Por la cual se reglamentan las condiciones de habilitación para los Centros de Apoyo Logístico de Evaluación – CALE y las condiciones, características de seguridad y el rango de precios del examen teórico y práctico para la obtención de la licencia de conducción en el territorio nacional y se dictan otras disposiciones"*.

Para el presente análisis, es necesario tener en cuenta que el contrato de concesión, implica una convención entre un ente estatal- concedente- y otra persona -concesionario¹⁷, puesto que de conformidad con el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"*

3. Contraprestación a favor del contratista

A través del contrato de concesión, el Estado confiere a un contratista llamado Concesionario, la realización de una actividad que le es propia, el concesionario actúa por su propia cuenta y riesgo, siempre bajo la vigilancia de la entidad concedente. La contraprestación por su parte será un incentivo económico representado en derechos, tarifas, tasas, valorización participación en la explotación del bien o en una suma periódica o porcentual o cualquiera otra modalidad que acuerden las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, la suscripción de un contrato de concesión para la instalación, implementación, operación y mantenimiento del sistema de control y vigilancia de la Superintendencia de Transporte, cuya contraprestación consista en el pago que debe realizar el usuario, cada vez que acuda a un servicio, puede implicar la conformación de una *"tarifa"*, precisamente a cargo del usuario, entendida como la cuota que debe abonar cuando desea utilizar un determinado servicio, . Esta se encuentra recogida y varía en relación con

17 C-250-96



actualizaciones del Capex, IPC, etc, tal y como se describe en el documento financiero de la presente consultoría.

En tal sentido es necesario determinar si con la expedición de la Ley 2050 de 2020 se establecieron por parte del legislador los elementos necesarios para la conformación de la tasa, de tal forma que sea posible realizar el cobro al usuario, para lo cual habrá que considerar el concepto genérico de "Tributo", pues en él se contiene el de "Tasa".

1. *Conceptos de: Tributo, Tasa, reserva legal en materia Tributaria, método y sistema.*

Respecto del concepto de tributo, ha sido decantado por la Corte Constitucional señalando que: "... tiene aquí un alcance genérico y hace referencia a todo lo relacionado con los ingresos corrientes de la Nación -tributarios y no tributarios-. Incluye pues, impuestos, tasas y contribuciones como parece corresponder al sentido natural y obvio de la norma."¹⁸, hace referencia al género, que comprende los impuestos, tasas y contribuciones, lo que implica una visión amplia de la definición de las cargas impositivas, el tributo es entonces un ingreso destinado al financiamiento de la satisfacción de las necesidades por parte del Estado¹⁹.

De conformidad con lo expuesto en la sentencia C-278 de 2019, Las tasas son una especie de tributo en la que se establece una prestación económica a favor del Estado. En ese orden, para esta Corporación las "tasas" han sido consideradas como un gravamen que el Estado cobra por un bien o servicio ofrecido, cuyo precio pagado por el ciudadano al Estado guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido, así mismo el particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio y el precio deberá cubrir los gastos de funcionamiento y las previsiones para amortización y crecimiento de la inversión²⁰, constituyéndose en una especie de autofinanciación del servicio, mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta, siendo "una retribución equitativa por un gasto público que el Estado trata de **compensar** en un valor igual o inferior, exigido de quienes, independientemente de su iniciativa, dan origen a él."²¹

La misma Sentencia C-278 de 2019, señala respecto de las tasas que "éstas se pueden definir como aquellos ingresos tributarios que se establecen en la ley o con fundamento en ella, a través de los cuales el ciudadano contribuye a la recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, prestar una actividad, un bien o servicio público, **bien sea de manera directa o indirecta, esta última en el caso de particulares que presten servicios públicos**. Por su propia naturaleza, esta erogación económica se impone unilateralmente por el Estado a manera de retribución equitativa de un gasto público, que no obstante ser indispensable para el contribuyente, tan sólo se origina a partir de su solicitud". (Negrillas y subraya fuera del texto)

En tal sentido, el artículo 338 de nuestra Constitución, dispone que sólo la Ley puede permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten; los valores que se establezcan como obligación

¹⁸ Sentencia C-040 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁹ Sentencia C-040 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

²⁰ Sentencia C-040 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

²¹ Sentencia C-465 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



tributaria excluyen la utilidad que se deriva de la utilización de dicho bien o servicio; aun cuando su pago resulta indispensable para garantizar el acceso a actividades de interés público o general, su reconocimiento tan sólo se torna obligatorio a partir de la solicitud del contribuyente, **por lo que las tasas indefectiblemente se tornan forzosas a partir de una actuación directa y referida de manera inmediata al obligado**²²; el pago, por regla general, es proporcional, pero en ciertos casos admite criterios distributivos, como por ejemplo, con las tarifas diferenciales²³.

Ahora bien, en materia tributaria de conformidad con las normas Constitucionales, es especial el precitado artículo 338, así como el 150, numeral 12, establecen una “*reserva legal*”, que no es otra cosa que la atribución de la competencia al Congreso de la República, para definir los tributos, según la cual, salvo en los casos en que concurren estados de excepción²⁴, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales, para ello también deben considerarse los artículos 300-4 y 313-4, las entidades territoriales ejercen su potestad tributaria dentro del marco fijado por la Constitución y la ley²⁵.

Para ello, la ley, las ordenanzas y los acuerdos deberán fijar los sujetos activos y pasivos, los hechos y bases gravables, y si bien, en el caso de las tasas y contribuciones, las corporaciones públicas mencionadas pueden permitir a autoridades gubernamentales fijar la tarifa de las mismas, esto solo es posible, a condición que aquellas hayan definido el método y el sistema para su cálculo; que sólo operará a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo, de conformidad al principio de irretroactividad de las normas tributarias²⁶.

Respecto de los conceptos de Método y Sistema, en la sentencia C- 816 de 1999, la Corte sostuvo que “*No se trata de fórmulas sacramentales ni de simples denominaciones, sino de linderos sustanciales de la atribución que se otorga a las autoridades administrativas. En consecuencia, bien pueden encontrarse fijados en la norma el método y el sistema sin nombrarlos, o por el contrario estar mencionados y materialmente no hallarse contenidos en el precepto*²⁷ y reiterando lo dicho en la sentencia C-455 de 1994, señaló: “*En esos términos, una interpretación*

²² En cuanto a esta característica, en Sentencia C-1171 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, este Tribunal puntualizó: “*la doctrina suele señalar que las tasas se diferencian de los tributos parafiscales en cuanto aquéllas constituyen una contraprestación directa por parte de los ciudadanos a un beneficio otorgado por el Estado, hacen parte del presupuesto estatal y, en principio, no son obligatorias, toda vez que queda a discrecionalidad del interesado en el bien o servicio que preste el Estado*”.

²³ A respecto ver Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁴ Esta es la interpretación que la Corte realiza de la expresión “*en tiempo de paz*”, prevista en el artículo 338 de la Constitución. Sentencias C-416 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-134 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

²⁵ Sentencia C-987 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶ C-278 de 2019

²⁷ M.P. José Gregorio Hernández Galindo (En esta ocasión la Corte declaró inexecutable el artículo 96 de la Ley 488 de 1998 que atribuía al Gobierno Nacional la facultad de fijar “*las tasas para la tramitación de los procedimientos relacionados con la propiedad industrial al estado de la técnica y al sistema nacional de normalización, certificación y metrología y a las actividades propias del INVIMA relacionadas con el control, inspección y vigilancia de los medicamentos, alimentos, cosméticos, productos varios e insumos.*” Considero la Corte que la norma acusada “*es abiertamente inconstitucional, pues, pese a la perentoria exigencia superior, al no señalar directamente el método y el sistema previstos en el artículo 338 de la Constitución Política, transfiere de manera incondicionada al Gobierno la atribución de fijar las tarifas de unas tasas.*”)



coherente de la normatividad constitucional y el fin del precepto superior, llevan a la conclusión según la cual los métodos -pautas técnicas encaminadas a la previa definición de los criterios que tienen relevancia en materia de tasas y contribuciones para determinar los costos y beneficios que inciden en una tarifa- y los sistemas -formas específicas de medición económica, de valoración y ponderación de los distintos factores que convergen en dicha determinación- son directrices cuyo acatamiento es obligatorio para el encargado de fijar la tarifa y constituyen a la vez garantía del contribuyente frente a la administración". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-455 del 20 de octubre de 1994)."²⁸, todo esto para concluir que el Congreso además de atribuir a una autoridad administrativa la facultad de fijar la tarifa de una tasa, debe establecer el sistema y el método que permitan definir los costos del servicio prestado.

Todo lo anterior, guarda relación con reiterada Doctrina, en especial la sentencia C-1371 de 2000²⁹, para concluir que si bien, la Constitución no señaló lo que debía entenderse por "sistema" y "método", pero reconoció la necesidad de acudir a ellos al menos en tres momentos: (i) para definir los costos de los servicios, esto es, los gastos en que incurrió un entidad, (ii) para señalar los beneficios generados como consecuencia de la prestación de un servicio (donde naturalmente está incluida la realización de una obra) y, (iii) para identificar la forma de hacer el reparto de costos y beneficios entre los eventuales contribuyentes.

Finalmente, en Sentencia C-532 de 2003, la Corte concluyó que, si los costos de montaje, operación y sostenimiento de un sistema, exigen el cobro de una tarifa, dicho cobro no podrá hacerse mientras el legislador no la fije o señale el método y el sistema para que la administración pueda fijarla.

2. Conclusiones y recomendaciones.

En tal sentido, teniendo en cuenta que no existe disposición legal (ni en la Ley 2050, ni en otra), que contenga el método y sistema de cálculo de la tarifa, que permita a la Superintendencia de Transporte, celebrar un contrato para la instalación, implementación, operación y mantenimiento del (o los), sistemas de Control y Vigilancia, es necesario el impulso de una norma de carácter legal que tenga por objeto determinar los costos y regular la tarifa que debería establecerse para el pago del servicio del sistema SICOV de cara al futuro concesionario, toda vez que en la actualidad el monto o rubro que dentro del cobro corresponde al homologado, no se encuentra regulado o determinado en la norma legal.

Situación diferente para los demás actores que por la prestación de servicio o por disposición legal reciben un valor determinado por la ley, como sucede con los porcentajes que deben ser dispersados a la Agencia Nacional de Seguridad Vial³⁰, Registró Único Nacional de Tránsito -

²⁸ Sentencia C-155 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. (En esta sentencia la Corte unificó su doctrina en torno a método y sistema en materia de tributos, tasas y contribuciones).

²⁹ M.P. Álvaro Tafur Galvis. (En esta sentencia la Corte al declarar la exequibilidad de algunos apartes de la Ley 505 de 1999, precisó que "el señalamiento de los elementos y procedimientos que permitirán fijar los costos y definir las tarifas no requiere de una regulación detallada y rígida, pues se estaría desconociendo la delegación misma autorizada a las autoridades administrativas en el artículo 338 superior, antes citado. Así, ese señalamiento legal deberá hacerse desde una perspectiva general y amplia, ajustada a la naturaleza específica y a las modalidades propias del servicio del cual se trate.")

³⁰ Ley 1753 de 2015 y Resolución 993 de 2017, con sus correspondientes modificaciones, adiciones y derogaciones.



RUNT³¹, Organismos de Apoyo al Tránsito³², con su correspondiente forma de hacer su distribución y el procedimiento a seguir con el objeto de determinar en concreto el monto de la obligación tributaria.

En consecuencia, en la actualidad, no existiendo método y sistema para el cobro de la tarifa asociada al servicio del sistema SICOV que corresponda al futuro contratista, la Superintendencia podría suscribir un contrato de concesión, cuya fuente de recursos cabe aclarar, no se encuentra determinado en el presupuesto de la entidad, sino que está incluido dentro del valor total de la tarifa a cobrar al usuario por el servicio prestado, todo lo cual será posible una vez se adelante el respectivo proceso normativo que regule esta tarifa.

7. POSIBLES IMPLICACIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA DE LA OPCIÓN PROPUESTA

El Régimen de Protección de la Competencia, es el conjunto de normas que enmarcan la actividad competitiva de todos los agentes económicos, y pretende mantener y propiciar la existencia de mercados libres. De acuerdo con lo anterior, este régimen es el garante de la protección de la oferta y la demanda, velando por una participación dinámica y creciente de diferentes agentes económicos en los mercados nacionales.

El Derecho a la Libre Competencia Económica³³ implica dos aspectos fundamentales: (I) de una parte, garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de otra (II) implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de libre y sana competencia.

Como consecuencia, la Libre Competencia Económica es beneficiosa para los mercados, como quiera que incentiva a los diferentes negocios para que mejoren su desempeño, ofrezcan nuevos productos y respondan a necesidades cambiantes de los diferentes tipos de consumidores.

Dentro de los principales beneficios de carácter general que se obtienen al proteger la Libre Competencia Económica por parte del estado, se encuentran:

- Obtener una asignación eficiente de los recursos disponibles en el mercado, y evitar de esta manera pérdidas o subutilización de los mismos.
- Fomenta el desarrollo económico, como quiera que se dinamiza los mercados e incrementa los ingresos.
- Permite encontrar una mayor variedad de productos que satisfagan las necesidades que requieren satisfacer los consumidores.
- Incentiva al mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en un mercado determinado.

³¹ Ley 769 de 2002, Resolución MT 20203040016055 de 16 de octubre de 2020, con sus corre

³² Artículo 20 de la Ley 1702 de 2013, modificado por la Ley 1753 de 2015

³³ Se entiende por libertad de competencia económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. La libre competencia económica se encuentra consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política. (Londoño, 1997)



- Contribuye a la innovación, pues incentiva la investigación y el desarrollo de nuevos productos o tecnologías que mejoren continuamente la experiencia de los consumidores.
- Aumenta la competitividad de las empresas nacionales para ingresar, crecer o mantenerse presentes en mercados globalizados.

En Colombia, el marco regulatorio del Régimen de Protección de la Competencia se encuentra desarrollado en la siguiente manera:

- **El artículo 333 de la Constitución Política:** Establece los principios de libertad económica, libertad de empresa (también denominada iniciativa privada) y libre competencia, como derechos radicados en cabeza de todos los ciudadanos y sometidos a los límites que establezca la Ley.
- **Ley 155 de 1959:** Primera norma que estableció disposiciones generales sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia, esta ley reguló las concentraciones empresariales. Esta norma sigue vigente, y una de sus disposiciones más importantes es el artículo 1º, que contempla una prohibición general que reprocha cualquier tipo de acuerdo o convenio limitativo, así como toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.
- **Decreto 2153 de 1992:** Señaló de manera expresa las conductas que constituyen acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos y abusos de posición de dominio; desarrolló el régimen de control previo de integraciones de una manera más exhaustiva; y estableció diferentes aspectos procedimentales en la materia.
- **Ley 256 de 1996:** Estableció los actos que constituyen competencia desleal en los mercados.
- **Circular Única de la SIC de 2001:** Contiene diferentes actos de instrucción que han sido emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de su Circular Única, los cuales indican la manera de cómo esta Entidad ejerce su función de inspección, vigilancia y control en los mercados.
- **Ley 1340 de 2009:** Esta Ley buscó modernizar y fortalecer el régimen de protección de la competencia. Entre los principales cambios que introdujo vale la pena mencionar los siguientes:
 - (a) Designó a la SIC como autoridad nacional de protección de la competencia.
 - (b) Introdujo la función de abogacía de la competencia.
 - (c) Incrementó los topes de las multas que se pueden imponer por la infracción al régimen de libre competencia.
- **Decreto 4886 de 2011:** Establece los principios que deben seguir las actuaciones administrativas en materia de competencia; las funciones que están en cabeza del



Despacho del Superintendente de Industria (en este campo) y de la Delegatura para la Protección de la Competencia; las facultades y atribuciones de esta última división para tramitar averiguaciones preliminares e investigaciones; entre otros.

Ahora bien, centrándonos en la necesidad existente de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2050 de 2020, es decir, adelantar la implementación del Sistema de Control y Vigilancia para lograr una mejor interacción con los Organismos de Apoyo a las Autoridades de Tránsito (OAT) y con los usuarios finales (consumidores), a la luz de lo dispuesto en el marco regulatorio del Régimen de Protección de la Libre Competencia, se observa que la puesta en ejecución del proyecto (iniciando este con el trámite contractual pertinente- estructuración de una Concesión) no transgrede en manera algún dicho régimen, al contrario, estimula a los posibles competidores (mercado relevante) bajo las condiciones más adecuadas para que ellos compitan y puedan ser adjudicatarios del proyecto.

En este punto del análisis y con fundamento en las afectaciones a la competencia que se pretenden establecer, conviene efectuar una breve reflexión sobre el concepto de **Monopolio Natural**, pues es claro que, de conformidad con el esquema de contratación propuesto, la operación necesariamente estará concentrada en un número reducido prestadores en función de la adjudicación del contrato, una vez concluido el proceso de selección.

En este orden de ideas, lo primero que debe indicarse es que este tipo de monopolios se dan, porque carece de sentido o viabilidad económica generar una infraestructura replicada para una prestación de servicios en los diferentes sectores económicos; en Colombia, este tipo de Monopolios son más evidentes, por ejemplo, en el sector de hidrocarburos en virtud de los cuales es necesario la construcción de una infraestructura (gasoductos, poliductos, refinerías, etc.), que se dada su complejidad, se convierten en críticas para el funcionamiento del estado; similar escenario se presenta en el sector de servicios públicos, (por ejemplo, cuando se habla de sistemas de interconexión eléctrica que maneja ISA o lo referente a las plantas de generación de energía, hidroeléctricas, etc.,) puesto que dadas las condiciones especiales de esa infraestructura, no permite que sean replicados, porque sería un verdadero descalabro económico y financiero.

Para el caso puntual del SICOV y teniendo en cuenta, que la prestación del servicio es a nivel nacional, es claro que necesariamente estamos frente a un monopolio natural, pues pensar, por ejemplo, en una sectorización, equivaldría a replicar la infraestructura por cada región, lo que necesariamente hace más complejo el control y vigilancia, así como las actividades de supervisión asociados a ese tipo de modelos establecidos.

Ahora bien, es necesario indicar que la libre competencia, está garantizada desde el planteamiento adecuado de las condiciones de participación que se definan en el proceso de contratación, en igualdad de condiciones y criterios de selección objetiva, al término del cual necesariamente habrá un solo adjudicatario, lo cual no trasgrede en modo alguno los criterios de la libre competencia.

Previo a adelantar cualquier trámite contractual, es importante tener presente el deber de las Entidades Estatales de elaborar un Análisis del Sector y Estudio de Mercado, ello permite, además



de identificar el mercado relevante, identificar los principales aspectos de carácter jurídico, técnico, financiero y organizacional necesarios para adelantar la estructuración del proceso contractual.

El resultado del análisis adelantado por la Entidad Estatal debe dar un panorama general del contexto del futuro proceso de contratación, y permitirá además de identificar posibles riesgos que se pueden presentar en cualquier etapa del proceso contractual, determinar entre otros los requisitos habilitantes o requisitos mínimos que deben tener los posibles competidores, y que como consecuencia de ello, deberán exigirse en el marco del proceso contractual.

La importancia de realizar este análisis ha sido recalcada en las recomendaciones que la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos (OCDE) le ha formulado al Gobierno Nacional, las cuales constituyen buenas prácticas en materia de promoción de la competencia en la contratación pública.

En materia de Contratación estatal, la licitación pública (procesos utilizados de acuerdo con la complejidad del objeto contractual – es decir aquel que tiene múltiples prestaciones) es la regla general para contratar en el Sistema de Compra Pública, es un proceso competitivo, y como consecuencia de ello, este instrumento jurídico garantiza la libre concurrencia de los posibles participantes en el proceso.

Respecto de los organismos de apoyo a las autoridades de tránsito, en el año 2013, el Congreso de la República expidió en el marco de sus facultades la Ley 1702 de 2013, “*Por la cual se crea la Agencia Nacional de Seguridad vial y se dictan otras disposiciones*”, que estableció en su artículo 20 (modificado por el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015), que el Ministerio de Transporte debía definir las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción³⁴, instrucción que fue

³⁴ ARTÍCULO 20. DETERMINACIÓN DE TARIFAS POR SERVICIOS QUE PRESTEN LOS ORGANISMOS DE APOYO. Modificado por el artículo 30 de la Ley 1753 de 2015. El Ministerio de Transporte definirá mediante resolución, en un plazo no mayor a noventa (90) días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes. Se efectuará un estudio de costos directos e indirectos considerando las particularidades, infraestructura y requerimientos de cada servicio para la fijación de la tarifa.

Para la determinación de los valores que por cada servicio deben transferirse al Fondo Nacional de Seguridad Vial, se aplicará el siguiente procedimiento:

1. Se tomará el valor del presupuesto de la Agencia Nacional de Seguridad Vial ejecutado en el año inmediatamente anterior, certificado por el responsable del presupuesto.
2. Se definirá el número de servicios acumulados en el mismo período por los cuatro (4) grupos de organismos de apoyo (Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento de Conductores, los de Diagnóstico Automotor y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción), dividiendo el valor del numeral precedente en el número de servicios.



acatada por dicha cartera a través de la expedición de bandas de precios que se aplican para la prestación del servicio, y que no le permiten a los Organismos de Apoyo a las Autoridades de Tránsito, cobrar por fuera de las bandas de precios establecidas por el Ministerio de Transporte.

Como consecuencia de lo anterior, adelantar la contratación para implementación del Sistema de Control y Vigilancia por parte de la Superintendencia de Transporte para darle cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 22 de la Ley 2050 de 2020, a través de un proceso competitivo, no contraría lo dispuesto en el marco regulatorio referente al Régimen de la Libre Competencia Económica, no obstante, si es importante tener en cuenta, que deberá garantizarse la libre concurrencia de posibles concursantes u ofertantes en el proceso contractual que se adelante para la contratación de la instalación, implementación, operación y mantenimiento del Sistema de Control y Vigilancia.

Durante la estructuración del proyecto, es importante que la entidad estatal, y el equipo estructurador, minimice la posibilidad de que se presente algún tipo de colusión, entendiéndose esta como aquellos acuerdos que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de un contrato, la distribución de concursos o la fijación de términos de las propuestas.

Los procesos competitivos que conforman el Sistema de Compra Pública son un ambiente propicio para la actuación de los "carteles", los cuales pueden adquirir varias formas:

Durante la elaboración de los pliegos de condiciones

Es una etapa vulnerable que puede prestarse para manipulaciones. Dentro de las prácticas más comunes se encuentra el intercambio de información entre los funcionarios y los futuros proponentes, con la finalidad de direccionar la futura adjudicación, por ejemplo, se implanta un precio de oferta muy bajo, garantizando así la adjudicación, pero estableciendo posibilidades dentro del contrato para reestablecer su equilibrio o extender su tiempo de ejecución, se ponen barreras de entrada (participación requisitos habilitantes), entre otros.

Durante la presentación de ofertas

Si bien es cierto, identificar este tipo de conductas no es sencillo, como quiera que su principal característica es la clandestinidad con la que obran los intervinientes, pueden identificarse algunos esquemas de manipulación en los procesos competitivos que suelen utilizar los proponentes:

-
3. El producto de dividir la operación se tendrá como base del cálculo individual de cada tasa.
 1. La tasa final de cada servicio corresponderá al cálculo individual multiplicado por factores numéricos inferiores a uno (1) en función de la pertenencia de cada usuario o de su vehículo (en el caso de los Centros de Diagnóstico Automotor) a grupos de riesgo con base en criterios como edad, tipo de licencia, clase de vehículo, servicio u otros que permitan estimar el riesgo de accidente, tomados con base en las estadísticas oficiales sobre fallecidos y lesionados. Los factores serán crecientes o decrecientes en función de la mayor o menor participación en accidentes, respectivamente.
 5. Una vez definido el valor de la tasa individual, esta se acumulará al valor de la tarifa para cada servicio. (...)"



- Posturas encubiertas (cover bidding): Se produce en aquellos eventos en los cuales una persona natural o jurídica acuerdan presentar ofertas que contienen por lo menos algunos de los siguientes supuestos:
 - (1) Un participante acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado en el acuerdo,
 - (2) Un participante presenta una oferta que es mucho más elevada que las demás,
 - (3) Un participante presenta una oferta con condiciones que serán claramente inaceptables para la entidad contratante. En general, apuntan hacia la presentación de ofertas que no tienen posibilidad alguna de obtener la adjudicación, ya sea por los altos precios o por no cumplir con las exigencias mínimas (habilitantes) requeridas en el pliego de condiciones por la entidad.
- Supresión de ofertas: En esta clase de esquemas los participantes acuerdan abstenerse de presentar una oferta, con la finalidad de que la adjudicación se le otorgue a un participante que hace parte del acuerdo colusorio.
- Asignación de mercado: Se produce una repartición de mercado o de zonas geográficas entre los competidores.

Para el caso concreto, es indispensable que los funcionarios y o contratistas se mantengan alerta durante todo el proceso contractual, con la finalidad de que se evidencien algunas de las señales que pueden identificar la posible existencia de un acuerdo colusorio. A continuación, se procederá a indicar algunas de las señales más comunes durante las principales etapas del proceso.

Señales de advertencia en la etapa de presentación de ofertas en procesos competitivos

- Un mismo proveedor es el que frecuentemente presenta la mejor oferta.
- Parece existir un reparto geográfico entre los oferentes.
- Hay un claro patrón de rotación entre los vencedores de las licitaciones.
- El participante vencedor repetidamente subcontrata el trabajo de oferentes no adjudicatarios.
- Participantes que tendrían condiciones (técnicas, financieras y jurídicas) para participar aisladamente del proceso competitivo presentan propuestas en consorcio o unión temporal.



- El adjudicatario, desiste o cede el contrato, y posteriormente aparece como subcontratista.
- Los participantes regularmente socializan o celebran reuniones días antes del cierre del proceso de selección.

Señales de advertencia en la documentación presentada

- Las propuestas presentadas contienen los mismos errores de ortografía, correcciones o tachaduras.
- Los fondos con los cuales se pagan los pliegos de condiciones o las pólizas de seguros provienen de una cuenta conjunta de los oferentes.
- Las propuestas presentadas por distintos oferentes se redactan de manera semejante, con similar papelería, tipografía o formatos.
- Los documentos presentados por uno de los proponentes hacen referencia expresa a las ofertas de otros competidores, utilizan el membrete, dirección o fax de otro de los participantes.
- Se presentan coincidencias en la relación de personal que presentan distintos oferentes.
- Ofertas de distintas empresas contienen errores de cálculo similares, o valores coincidentes o equivalentes.

Señales de advertencia en cualquier momento

- Las propuestas son presentadas por distintos oferentes en tiempos sucedáneos antes del cierre del proceso competitivo.
- Una empresa presenta su oferta y la de un competidor.
- Los oferentes se han unido frecuentemente a través de uniones temporales o consorcios para participar en otros procesos competitivos.



8. CONCLUSIONES

- **MODALIDAD DE SELECCIÓN IDÓNEA PARA LA ESCOGENCIA DEL CONTRATISTA – LICITACIÓN PÚBLICA**

Luego de revisar todas las modalidades de selección y considerando el objeto complejo que se pretende contratar, en el cual será necesario la ponderación de aspectos técnicos y económicos, se recomienda la Licitación Pública, para llevar a cabo el proceso de contratación del futuro contratista.

- **MODELO CONTRACTUAL IDÓNEO PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO EN LA LEY 2050 DE 2020**

En el presente documento se abordaron las modalidades del contrato de concesión y se llegó a la conclusión de que, en función de la finalidad de la futura contratación, se trata de una concesión por servicios y no de infraestructura (APP's)

- **DEVOLUCIÓN Y REVERSIÓN TECNOLÓGICA DE LA CONCESIÓN.**

Considerando que se trata de una concesión de servicios y la necesidad de que, al término de la operación del SICOV, la Entidad pueda garantizar la prestación del servicio de manera continua, capitalizando la experiencia que se tendrá de la concesión, se estableció la necesidad de pactar expresamente que el licenciamiento de software de todos y cada uno de los elementos que hacen parte de la Solución Tecnológica, las licencias, los códigos fuente, manuales, llaves maestras y los demás datos e información objeto de los registros incluidos en el SICOV, serán propiedad exclusiva de la Superintendencia de Transporte, sin perjuicio del derecho que tiene el CONCESIONARIO de usarla por el tiempo de vigencia del Contrato para que sea destinada a la prestación del servicio público de registro, en relación con los registros incluidos en el mismo y para que sea explotada económicamente en las condiciones establecidas en el Contrato.

No obstante, lo anterior, en la Terminación Efectiva del Contrato, el CONCESIONARIO deberá devolver dichos bienes a la Superintendencia de Transporte.

- **ANÁLISIS SOBRE LA FUENTE DE LOS RECURSOS PARA LA ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN, PARA LA INSTALACIÓN, IMPLEMENTACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL SISTEMA DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE**

Teniendo en cuenta que no existe disposición legal (ni en la Ley 2050, ni en otra), que contenga el método y sistema de cálculo de la tarifa, que permita a la Superintendencia de Transporte, celebrar un contrato para la instalación, implementación, operación y mantenimiento del (o los), sistemas de Control y Vigilancia, es necesario el impulso de una norma de carácter legal que tenga por objeto determinar los costos y regular la tarifa que debería establecerse para el pago del servicio del sistema SICOV de cara al futuro concesionario, toda vez que en la actualidad el



monto o rubro que dentro del cobro corresponde al homologado, no se encuentra regulado o determinado en la norma legal.

En consecuencia, en la actualidad, no existiendo método y sistema para el cobro de la tarifa asociada al servicio del sistema SICOV que corresponda al futuro contratista, la Superintendencia podría suscribir un contrato de concesión, cuya fuente de recursos cabe aclarar, no se encuentra determinado en el presupuesto de la entidad sino que se encuentra incluido dentro del valor total de la tarifa a cobrar por el servicio prestado, una vez adelantado el respectivo proceso normativo.

- **AFECTACIONES A LA LIBRE COMPETENCIA**

Al respecto, ha quedado establecido que el adelantamiento de un proceso de contratación, con la determinación de condiciones de participación acordes a los estudios del sector, del mercado y de las particularidades del proyecto, en igualdad de oportunidad para todos los interesados, asegura la observancia de los postulados de la libre competencia, pese a que al final del ejercicio, se tenga un solo adjudicatario.

- **SEGUIMIENTO DEL PROYECTO. COSTOS ASOCIADOS A LAS PARTES**

En el presente documento se han definido con precisión los costos y gastos en que tendrá que incurrir el futuro concesionario, tanto para la presentación de la oferta, como para la estructura y puesta en marcha de la operación, así como los mecanismos de control sobre la misma, en favor de la Superintendencia, en virtud de lo cual se recomendó la contratación de un interventor, cuyo costo será derivado de la operación misma de la concesión, cuyo modelo será abordado en detalle en los entregables financieros que hacen parte del proyecto.