

CONTRATO DE CONCESION - Destinación de los rendimientos financieros producidos por recursos de la nación. Peajes o contribución de valorización / RENDIMIENTOS FINANCIEROS - Propiedad de los generados por los recursos de entidades que forman parte del presupuesto general de la nación / ANTICIPO - Propiedad de los recursos generados en éste / PEAJES - Contrato de concesión: destinación de los rendimientos

La regla general según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal está incorporada en las disposiciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto cuando regula el tema de los rendimientos financieros producidos por recursos de la Nación y de los establecimientos públicos. Como tal es igualmente predicable respecto de los recursos aportados por el particular contratista, al objeto del contrato de concesión. La aplicación del principio en comento, al tema de la consulta conduce a las siguientes conclusiones: 1) Los rendimientos producidos por los recursos aportados a la fiducia por el concesionario para la construcción, independientemente de su fuente de financiación, son del concesionario; respecto de ellos no es exigible reintegro alguno de rendimientos financieros o intereses para el tesoro nacional ni para la tesorería de INVIAS o INCO. Cosa distinta es que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el concesionario acuerde con el Instituto disponer, para el objeto del contrato, de dichos rendimientos. De igual manera son del concesionario aquellos rendimientos producidos por los dineros públicos –provenientes del presupuesto general de la nación- que recibe el fideicomiso a título de pago, sea que provengan de peajes, valorizaciones o del presupuesto nacional, pues por corresponder al pago del contrato entran al patrimonio autónomo como recursos del concesionario. 2) Los rendimientos de los recursos entregados a título de anticipo por INVIAS/INCO, deberán ser reintegrados: a) a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, de acuerdo con lo previsto en el decreto 4730 del 2005; o, b) a la tesorería de INVIAS/INCO, cuando esos rendimientos sean fruto de los recursos propios de estos institutos. No es jurídicamente viable estipulación en contrario a las disposiciones de las normas orgánicas de presupuesto.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 16357 de 28 de marzo de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802)

Actor: MINISTRO DE TRANSPORTE

Referencia: Instituto Nacional de Concesiones, INCO - Contratos de concesión. Recursos del patrimonio autónomo. Destinación de los rendimientos.

El señor Ministro de Transporte, doctor Andrés Uriel Gallego Henao, formula a la Sala la siguiente pregunta:

“¿Cuando en un contrato de concesión de primera generación se pacte su remuneración con peajes, contribuciones por valorización y aportes estatales, los rendimientos de tales recursos que se administran bajo la figura de fiducia mercantil y conformen el patrimonio autónomo que respalda económica y financieramente proyecto (sic), pueden ser utilizados para ser invertidos en el mismo, con el fin de garantizar el retorno de la inversión particular o deben ser consignados a la Dirección del Tesoro Nacional?”

La consulta expresa “la necesidad de dilucidar la naturaleza jurídica, la propiedad y destinación de los dineros que obran en los patrimonios autónomos que se constituyen mediante fiducia mercantil y que celebran los contratistas en desarrollo de los proyectos de concesión vial”, porque, según explica, para la Contraloría General de la República los rendimientos que esos dineros generen deben ser reintegrados al tesoro público, en tanto que para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General del Presupuesto Nacional, los mismos rendimientos pertenecen al patrimonio autónomo y pueden ser utilizados para el desarrollo del proyecto.

Según se manifiesta en la consulta, la dificultad se refiere al contrato de concesión número 448 de 1994, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, y el consorcio La Calera, con el objeto de “realizar los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Bogotá - Gachetá, sector Los Patios - la Calera - Guasca y el sector Briceño - Sopó - el Salitre, en el Departamento de Cundinamarca”; contrato en el cual se pactó que la remuneración del contratista “consiste en aportes estatales, peajes ubicados sobre la vía y las contribuciones por valorización que se recauden en la zona”; obligándose el concesionario a celebrar “un contrato de fiducia mercantil” en el que “cede sus derechos de recaudo sobre los dineros que corresponderán al pago o contraprestación por su actividad”; se establece que el patrimonio autónomo del fideicomiso “posee cuentas a nombre de la entidad pública contratante y del concesionario”, de modo que los dineros recaudados “que excedan la remuneración del concesionario contratista”, y los “rendimientos de los dineros de unos y otros permanezcan en el mismo patrimonio pero en cuentas separadas.”

Agrega la consulta que en marzo de 1997 las partes suscribieron un otrosí, para establecer que “los rendimientos que genere la suma de \$218'090.407,00, girada al CONCESIONARIO como compensación anticipada por concepto de costos de interventoría técnica y financiera, serán reintegrados mensualmente por el Concesionario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección del Tesoro Nacional, previo visto bueno de la interventoría financiera del Contrato.” Y en julio de 1998 las partes acordaron que “a partir de la fecha de giros de los recursos, los rendimientos que genere la suma de \$218'090.407,00, girada al CONCESIONARIO como compensación anticipada por concepto de costos de interventoría técnica y financiera, **pertenecerán al proyecto y su destinación será definida por EL INSTITUTO (INVIAS) en su oportunidad**”. (Negrilla fuera de texto). Este acuerdo fue cuestionado por la Contraloría General de la República en visita de auditoría de diciembre del 2005, formulando un hallazgo con alcance disciplinario por considerar que con él se “permitió que el contratista no consignara rendimientos por \$299.0 millones a valores corrientes (1997-2005) generados por los recursos públicos de la fiducia en la Dirección del Tesoro Nacional... [y]

legalizara hechos cumplidos (incumplimiento del contratista) y omisiones a deberes legales de supervisión y de manejo presupuestal...”.

La consulta cita y transcribe las disposiciones de los decretos 2056 y 1800, ambos del 2003, que reestructuraron el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, y el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, y establecieron como recursos de su patrimonio, en ambos casos, los ingresos provenientes del recaudo de peajes y valorizaciones. Respecto del INCO diferencia entre “los ingresos que se generen para el desarrollo de los contratos que el Instituto ejecute” y los provenientes de peajes “que hacen parte de proyectos concesionados [y que] seguirán siendo parte del patrimonio autónomo de cada uno de los proyectos, hasta la fecha de reversión de los mismos.” También se incluye la cita y transcripción de los artículos 22, 23 y 33 de la ley 105 de 1993, sobre el destino de los peajes y la valorización, así como la posibilidad de que en los contratos de concesión para infraestructura de transporte se prevea que “cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.”

Para responder la Sala CONSIDERA:

La consulta indaga, en el marco de un contrato particular de concesión vial, inicialmente suscrito por el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, y cedido por éste al Instituto Nacional de Concesiones, INCO, si los rendimientos de los recursos provenientes de los peajes, contribuciones por valorización y aportes estatales, administrados mediante un contrato de fiducia mercantil, pueden ser invertidos en el mismo contrato o deben ser consignados en la Dirección del Tesoro Nacional. Se tratará, entonces, en primer término, el régimen jurídico de los rendimientos generados por los recursos públicos, teniendo en cuenta que los dos institutos contratantes son establecimientos públicos del nivel nacional¹; en segundo término se analizará la estructura financiera del contrato de concesión al que se contrae la consulta, para establecer la naturaleza de los recursos comprometidos en el desarrollo de su objeto; a continuación se tratará sobre el patrimonio autónomo constituido por razón de las obligaciones adquiridas por el concesionario; y finalmente, se determinará cuál puede ser el destino de los rendimientos generados en los recursos del patrimonio autónomo.

Como la consulta hace referencia específica al contrato de concesión número 448 de 1994, suscrito por el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, para ejecutar “los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Santa Fe de Bogotá - Gachetá, sector Los Patios - La Calera - Guasca y el sector Briceño - Sopó - El Salitre, en el Departamento de Cundinamarca”, el Consejero Ponente solicitó al Ministerio consultante el envío del texto del contrato y sus modificaciones, los cuales fueron oportunamente remitidos junto con los documentos atinentes al contrato de fiducia mercantil que forma parte de aquél; solicitud que fue hecha con el único fin de conocer la estructura financiera de la concesión para analizar el tema de la destinación de los rendimientos generados en los recursos que en ella se involucran.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la función consultiva que le compete, la Sala ha tomado del texto del contrato los elementos configurativos de su estructura

¹ Cfr. INVIAS: decretos 2171 de 1992, 080 del 2000 y 2056 del 2003; INCO: decreto 1800 del 2003.

financiera, sin emitir concepto alguno respecto del contrato particular ni de sus modificaciones, máxime que de los términos en los cuales está formulada la pregunta que hace el Ministerio del Transporte, es claro que la consulta se orienta a conocer, de manera general, el destino de los rendimientos causados por los recursos afectos a un contrato de concesión cuando se ha estipulado la constitución con ellos de un patrimonio autónomo.

1. La propiedad de los rendimientos financieros generados por los recursos de las entidades que forman parte del presupuesto general de la Nación:

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, contenido en el decreto 111 de 1996², con las modificaciones introducidas por las leyes 617 del 2000 y 819 del 2003, regula el tema enunciado tanto para la Nación como para los establecimientos públicos, de la siguiente manera:

1.1. Respetto de la Nación:

El Estatuto Orgánico del Presupuesto en el artículo 11³ enseña que el presupuesto general de la Nación se integra con el presupuesto de rentas, el de gastos o ley de apropiaciones y las disposiciones generales; respecto del primero relaciona como ingresos que lo conforman, los corrientes de la Nación, las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.

En el artículo 31 *ibidem*, desagrega el concepto de “recursos de capital”, y relaciona como parte de él, los rendimientos financieros. Como la norma orgánica no define ninguno de los recursos a los que hace mención, esta Sala de Consulta ha asumido que dichos rendimientos financieros “son los frutos civiles de los recursos (entendidos como un capital que produce intereses)...”⁴, es decir, son los réditos que produce el capital.

A la vez, el Estatuto Orgánico en comento, regula el tema de la propiedad de esos rendimientos de manera clara y precisa, en el inciso segundo del artículo 101, según el cual:

“Pertenece a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, así como de los órganos públicos o privados con los

² Decreto 111 de 1996, (enero 15), el cual compila las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995.

³ Decreto 111/96, Art. 11. El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes: a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del Presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional; / b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la Rama Judicial, la Rama Legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos; / c) Disposiciones generales. Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan (Ley 38 de 1989, art. 7°, Ley 179 de 1994, arts. 3°, 16 y 71, Ley 225 de 1995 art. 1°).

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de fecha 30 de octubre de 1996, Radicación No. 906, C.P, César Hoyos Salazar.

recursos de la Nación, con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social.”⁵ (Destaca la Sala).

1.2. Respetto de los establecimientos públicos:

Como bien se sabe, la categoría de establecimiento público expresa una forma de descentralización por servicios, que el legislador configura creando una persona jurídica, que tiene como objeto el desarrollo de funciones administrativas y la prestación de servicios públicos bajo un régimen de derecho público como regla general, y está dotada de autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, conformado con bienes o fondos públicos comunes, impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, de acuerdo con la Constitución y la ley.⁶

Por su parte, el Estatuto Orgánico del Presupuesto trata de los “ingresos de los establecimientos públicos” en el artículo 34, a cuyo tenor:

“Artículo 34. Ingresos de los establecimientos públicos. En el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los Establecimientos Públicos. Para estos efectos entiéndese por:

a) Rentas propias. Todos los ingresos corrientes de los Establecimientos Públicos, excluidos los aportes y transferencias de la Nación;

b) Recursos de capital. Todos los recursos del crédito externo e interno con vencimiento mayor de un año, los recursos del balance, el diferencial cambiario, los rendimientos por operaciones financieras y las donaciones. (Ley 38 de 1989, art.22, Ley 179 de 1994, art.14.)” (Subraya la Sala).

Obsérvese que el legislador al regular el patrimonio y los recursos de los establecimientos públicos, contempla tanto los propios de esas entidades como los que reciben de la Nación. Y en cuanto a los rendimientos se presenta una diferencia en su destinación, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 16, que establece:

“Los rendimientos financieros de los establecimientos públicos provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la Dirección del Tesoro

⁵ Decreto 111 de 1996, texto completo del artículo 101: “La Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, elaborará mensualmente un estado de resultados de sus operaciones financieras, con el cual se harán las afectaciones correspondientes. / Pertenecen a la Nación los rendimientos obtenidos por el sistema de cuenta única nacional, así como los de los órganos públicos o privados con los recursos de la Nación, con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social.”

⁶ Ley 489 de 1998, (diciembre 29) “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. Art. 70. “Establecimientos públicos. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa y financiera;

c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.”

Nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley. Exceptúanse los obtenidos con los recursos recibidos por los órganos de previsión y seguridad social, para el pago de prestaciones sociales de carácter económico.” (Destaca la Sala).⁷

La precisión de esta norma permite comprender mejor el inciso segundo del artículo 101 del mismo Estatuto Orgánico, antes transcrito, el que dispone que son de la Nación tanto los rendimientos obtenidos de sus recursos manejados en la cuenta única como de sus recursos cuando están siendo administrados por otros órganos públicos o privados.

En los términos de la ley orgánica del presupuesto no hay entonces duda alguna en el sentido de que los rendimientos que produzcan los recursos públicos son del dueño de estos últimos. Con lo cual se da clara y sencilla operatividad al principio general de derecho según el cual lo accesorio sigue a lo principal.

Se agrega a lo dicho que el decreto 4730 del 2005⁸, al reglamentar el tema, dispone en sus artículos 33 y 40, lo siguiente:

“Artículo 33. Rendimientos Financieros. Los rendimientos financieros originados con recursos de la Nación, incluidos los negocios fiduciarios, deben ser consignados en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional en el mes siguiente de su recaudo. Se exceptúan los rendimientos financieros generados con aportes destinados a la seguridad social.

“Artículo 40. Convenios. A partir de la vigencia del presente decreto, las entidades de carácter financiero, rendirán un informe trimestral al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación, sobre la ejecución de los proyectos adelantados con órganos que ejecutan recursos del Presupuesto General de la Nación.

“Cuando en desarrollo de tales contratos o convenios se generen rendimientos financieros que correspondan al órgano contratante, la entidad de carácter financiero los consignará a más tardar el 28 de febrero de cada año en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, y/o en las tesorerías de los órganos del Presupuesto General de la Nación cuando correspondan a recursos propios.”

⁷ Decreto 111/96, Art. 16. “Unidad de Caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación.

“Parágrafo 1°. Los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional son de propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, determinará la cuantía que hará parte de los recursos de capital del presupuesto nacional, fijará la fecha de su consignación en la Dirección del Tesoro Nacional y asignará por lo menos el 20% al establecimiento público que haya generado dicho excedente. Se exceptúan de esta norma los establecimientos públicos que administran contribuciones parafiscales.

“Parágrafo 2°. Los **rendimientos financieros de los Establecimientos Públicos** provenientes de la inversión de los recursos originados en los aportes de la Nación, deben ser consignados en la Dirección del Tesoro Nacional, en la fecha que indiquen los reglamentos de la presente ley. Exceptúanse los obtenidos con los recursos recibidos por los órganos de previsión y seguridad social, para el pago de prestaciones sociales de carácter económico (Ley 38 de 1989, art. 12, Ley 179 de 1994, art. 55, incisos 3°, 8° y 18, Ley 225 de 1995 art. 5°).” (Destaca la Sala).

⁸ Decreto 4730 del 2005 (Dic. 28), “Por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto”. Diario Oficial N° 46135 de la misma fecha.

La última de las normas transcritas hace mención expresa de contratos o convenios en los cuales los recursos aportados por el órgano o la entidad que forma parte del presupuesto general de la Nación, generan rendimientos, para reiterar la pertenencia de éstos a ese órgano o entidad y la obligación de su consignación.

Para concluir esta primera parte, es pertinente recordar que en la Constitución de 1991 se reitera la primacía de las normas reguladoras del presupuesto nacional, en su programación, aprobación, modificación y ejecución, al establecer que tales normas tienen el carácter de “orgánicas”, y a ellas se supedita el ejercicio de la actividad legislativa y, en general de toda la actividad estatal. Al respecto estatuye el artículo 151 de la Carta:

“El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.”

Disposición que armoniza con el artículo 352 ibidem, conforme al cual:

“Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

Dada su especial naturaleza, ni el legislador a través de leyes ordinarias, ni el ejecutivo ni los particulares, pueden introducir modificaciones o acuerdos que contraríen las disposiciones contenidas en la ley orgánica, ya reseñadas en cuanto son pertinentes al asunto consultado.

2. Consideraciones generales sobre el contrato de concesión de obra con financiación total a cargo del concesionario:

2.1. La estructura financiera:

El documento contractual estudiado muestra la celebración de un contrato de concesión vial, que en su estructura financiera se caracteriza por:

a) La **financiación**, como una de las actividades incluidas para el cumplimiento del objeto del contrato, es una **obligación del concesionario**, y debe cubrir **el valor total** del proyecto incluidos los costos de interventoría, la supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de los predios para la zona de la carretera. De manera que corren por cuenta del concesionario la consecución y el aporte de todos los recursos necesarios para la ejecución del objeto contractual;

b) El **pago** al concesionario **del valor total** del contrato, más los costos de la operación, el mantenimiento **y en general de todos los costos** relacionados con la propuesta, se hace mediante la “**cesión de los derechos de recaudo de**

peaje”, para lo cual se fija el valor de las tarifas de acuerdo con el tipo de vehículo, sus actualizaciones y ajustes y las etapas en las que éstas proceden;⁹

c) la **garantía de un mínimo de tránsito** y un tope como **máximo de volumen de tránsito**, de manera que la cesión del recaudo del peaje como forma de pago, efectivamente extinga las obligaciones adquiridas por INVIAS y no las exceda, respecto de las cuales se prevé:

(i) si el ingreso por concepto de peaje es menor que el garantizado para el respectivo año, INVIAS se obliga a compensar la diferencia, con aplicación del sistema de compensaciones;

(ii) si dicho ingreso es mayor al máximo esperado de tránsito para el año de que se trata, a la fiduciaria corresponde mantener en una cuenta especial el 50% de esa diferencia, que junto con sus rendimientos, servirán, en su orden, para cubrir las compensaciones de déficits generados en situaciones garantizadas por INVIAS, y para financiar la ejecución de obras adicionales prioritarias; el otro 50% de ese mayor valor, será para el concesionario como contraprestación por los mayores costos de mantenimiento de la vía que genera un aumento de los volúmenes de tránsito;

d) un **sistema de compensaciones** que salvaguarda el equilibrio financiero del contrato, acorde con el objeto de la concesión, expresado en la aplicación conjunta o separada de tres procedimientos o sistemas: (i) un mayor plazo para la etapa de operación; (ii) el incremento de las tarifas de peaje, durante la etapa de operación, por encima del IPC sin exceder de un porcentaje determinado; (iii) **el pago, en moneda nacional con cargo a los recursos del presupuesto general de la Nación, para** cubrir faltantes por compra de predios o costos de interventoría, compensar incumplimientos de INVIAS, y cuando los déficits presentados sean superiores al porcentaje estipulado; tratándose de sobrecostos de construcción y déficits de la demanda, sólo se recurrirá a este último sistema si los dos anteriores son insuficientes;

e) la **constitución de un fideicomiso** que debe manejar los recursos aportados por el concesionario y proveerlos oportunamente al desarrollo del proyecto, creando un **patrimonio autónomo**, al cual el concesionario se obliga a transferir los derechos de tipo patrimonial derivados del contrato, entre los que, por supuesto, incluyen el derecho de recaudo del peaje, que es el medio de pago acordado a favor del concesionario.

2.2. Propiedad de los recursos comprometidos:

Cuando en los contratos de concesión, los aspectos financieros están estructurados en: (i) la obligación del concesionario de financiar la totalidad del objeto del contrato, (ii) el pago del total del valor del contrato y de todos los costos relacionados en la propuesta con el recaudo del peaje que se produzca durante la etapa de operación de la concesión, (iii) la cesión al concesionario del derecho a

⁹ Es claro que tanto INVIAS como INCO, están legalmente facultados para ceder los derechos de recaudo de peaje, pues, como lo comenta la consulta, los Decretos 2171 de 1992 y 2056 de 2003, artículo 3, num.3.5, para INVIAS, y 1800 del 2003, artículo 14, num. 14-8, para INCO, contemplan como recursos de sus patrimonios los ingresos provenientes del recaudo de peajes; se trata, pues, para ambos Institutos, de recursos propios. Así mismo, el artículo 33 de la ley 105 de 1993, referido concretamente a los contratos de concesión de obra, permite estructurar financieramente el contrato de concesión en la forma que se analiza.

ese recaudo, (iv) la constitución de un fideicomiso y del consiguiente patrimonio autónomo, al que el concesionario debe aportar los recursos necesarios para la ejecución del contrato, y al cual también debe transferir los derechos patrimoniales derivados del contrato, esto es, entre otros, el derecho al recaudo del peaje, significa entonces que, en principio, el objeto de la concesión se realiza con recursos **del concesionario**: tanto los que aporta como los que recibe por concepto del recaudo del peaje, en virtud de la cesión de este recaudo que en el mismo contrato se le hace.

No hay, pues, recursos que provengan del presupuesto público, salvo aquellos que compensarán los déficits del contrato, en los términos pactados para mantener su equilibrio financiero, pero que también entran al patrimonio autónomo para pagar al concesionario.

En la normatividad vigente¹⁰, este tipo de contrato y la posibilidad de pago al concesionario con el recaudo de impuestos, tasas, contribuciones, y más precisamente de peajes, están previstos sin discusión. En efecto:

La ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 4º, estatuye:

“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.” (Las negrillas son de la Sala.)

Específicamente para el sector transporte, la ley 105 de 1993¹¹ prevé, tratándose de la construcción y conservación de la infraestructura a cargo de la Nación, recursos del presupuesto nacional y los provenientes del cobro del uso de esa infraestructura, de acuerdo con los principios y reglas que en ella mismas se desarrollan.¹²

¹⁰ También vigente para la época de celebración del contrato de concesión No. 448 de 1994.

¹¹ Ley 105 de 1993 (diciembre 30), "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial No.41.158 (30 Dic./93)

¹² Texto original de la Ley 105 de 1993: Art. 21. <Artículo modificado parcialmente por el artículo 1 de la Ley 787 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> “Para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, ésta contará con los recursos que se apropien en el presupuesto nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo. / Para estos efectos, la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte. / Todos los servicios que la Nación o sus entidades descentralizadas presten a los usuarios accesoriamente a la utilización de la infraestructura nacional de transporte, estarán sujetos al cobro de tasas o tarifas. / Para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes, se observarán los siguientes principios:...”.

Respecto del contrato de concesión, interesa destacar en la ley 105 de 1993:

“Artículo 30. Del contrato de concesión. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, **podrán** en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, **otorgar concesiones a particulares** para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios **podrán establecer peajes** y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. **La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.**

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura distrital o municipal de transporte.

Parágrafo 1o. Los municipios, los departamentos, los distritos y **la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.**

Parágrafo 2o. Los contratos a que se refiere el inciso 2o. del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2o. del artículo 45 de la citada ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Parágrafo 3o. **Bajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido.** El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.” (Las negrillas son de la Sala).

Las disposiciones legales que se transcriben permiten afirmar, sin duda, que los ingresos por concepto de peaje que “se asignan” al concesionario particular con la precisa y específica finalidad de “retornarle el capital invertido”, se configuran, por autorización de la ley en un instrumento de **pago** al concesionario, y por ende, son de él.

Ahora bien, para el caso consultado, la revisión de los documentos allegados muestra que en la ejecución de un contrato de concesión estructurado financieramente de la manera como se ha descrito en el acápite precedente, es factible que la aplicación de la cláusula sobre ecuación financiera del contrato y el

sistema de compensaciones pactados en el contrato, lleve a que en diversos momentos confluyan en el patrimonio autónomo los recursos aportados por el concesionario, que, por supuesto, son recursos privados y los recursos públicos, que con cargo al presupuesto nacional entrega la entidad pública concedente a su contratista; como las estipulaciones contractuales contemplan el ingreso de esos dineros públicos al patrimonio autónomo a título de **compensación**, son en realidad un pago de las obligaciones que ha adquirido la entidad estatal con el concesionario, por lo que jurídicamente están destinadas para el concesionario, así se consignan en el patrimonio autónomo.

También debe tenerse presente que cuando con los recursos del presupuesto general de la Nación se hace un aporte a título de anticipo, es claro para la Sala que tales recursos entran al contrato como recursos públicos y, entonces están sujetos indefectiblemente al régimen establecido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

2.3. El patrimonio autónomo:

La ley 105 de 1993, ya invocada, dispone en su artículo 31:

“Artículo 31. Titularización y crédito para concesionarios. Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, **los concesionarios, podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos** manteniendo la responsabilidad contractual.” (Las negrillas son de la Sala).

En nuestra legislación el fideicomiso se identifica con el contrato de fiducia mercantil regulado en los artículos 1226¹³ y siguientes del código de Comercio, el cual tiene como elementos esenciales que lo configuran y sin los cuales no puede existir:

- a) la transferencia del dominio de unos bienes, que hace el fideicomitente o fiduciante, a la entidad legalmente autorizada para celebrar este tipo de negocio jurídico;
- b) la constitución, con esos bienes, de un patrimonio autónomo¹⁴, afecto a la finalidad perseguida, excluido de la garantía general que a favor de los acreedores consagra la ley, e independiente de los activos y pasivos del fideicomitente o fiduciante y de la entidad fiduciaria.

Así, tratándose del contrato de concesión, el contrato de fiducia mercantil que se celebre para la constitución del patrimonio autónomo, contiene como estipulaciones:

¹³ Código de Comercio, Art. 1226: “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. / Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. / Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.”

¹⁴ Código de Comercio, Art. 1227. “Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.”

a) su objeto, que es precisamente la constitución del patrimonio autónomo con los bienes y derechos afectos a la ejecución del proyecto concesionado, de manera que la entidad fiduciaria sea la propietaria fiduciaria de los bienes fideicomitidos;

b) la transferencia que el fideicomitente hace al fiduciario, de la propiedad de los bienes, recursos y derechos, que correspondan al proyecto, el derecho a percibir los recaudos del peaje y los demás derechos patrimoniales que en el contrato son del concesionario, e incluyendo todos los demás que se lleguen a recibir por razón del contrato de concesión;

c) los acreedores garantizados y los beneficiarios, entre los cuales están: el fideicomitente (el concesionario); y el Instituto Nacional de Vías, “por el excedente en el recaudo de los peajes en relación con los saldos resultantes del manejo de la cuenta especial...”.

Es decir, el patrimonio autónomo recoge todos los bienes y recursos aportados por el concesionario para el desarrollo del contrato y también el recaudo del peaje, a título de pago para el concesionario; esto es, recursos de carácter privado. Excepcionalmente administra “el excedente” del recaudo del peaje que se causa para INVIAS, que si bien estará sujeto a las estipulaciones contractuales, no puede desconocer el régimen jurídico de la entidad destinataria.

3. El destino de los rendimientos generados por los recursos del patrimonio autónomo:

Como se analizó en el acápite correspondiente, la regla general según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal está incorporada en las disposiciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto cuando regula el tema de los rendimientos financieros producidos por recursos de la Nación y de los establecimientos públicos. Como tal es igualmente predicable respecto de los recursos aportados por el particular contratista, al objeto del contrato de concesión.

La aplicación del principio en comento, al tema de la consulta conduce a las siguientes conclusiones:

1. Los rendimientos producidos por los recursos aportados a la fiducia por el concesionario para la construcción, independientemente de su fuente de financiación, son del concesionario; respecto de ellos no es exigible reintegro alguno de rendimientos financieros o intereses para el tesoro nacional ni para la tesorería de INVIAS o INCO. Cosa distinta es que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el concesionario acuerde con el Instituto disponer, para el objeto del contrato, de dichos rendimientos.

De igual manera son del concesionario aquellos rendimientos producidos por los dineros públicos - provenientes del presupuesto general de la Nación - que recibe el fideicomiso a título de pago, sea que provengan de peajes, valorizaciones o del presupuesto nacional, pues por corresponder al pago del contrato entran al patrimonio autónomo como recursos del concesionario.

2. Los rendimientos de los recursos entregados a título de anticipo por INVIAS / INCO, deberán ser reintegrados:

a) a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, de acuerdo con lo previsto en el decreto 4730 del 2005; o,

b) a la tesorería de INVIAS/ INCO, cuando esos rendimientos sean fruto de los recursos propios de estos institutos.

Se reitera que no es jurídicamente viable estipulación en contrario a las disposiciones de las normas orgánicas de presupuesto.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“¿Cuando en un contrato de concesión de primera generación se pacte su remuneración con peajes, contribuciones por valorización y aportes estatales, los rendimientos de tales recursos que se administran bajo la figura de fiducia mercantil y conformen el patrimonio autónomo que respalda económica y financieramente proyecto (sic), pueden ser utilizados para ser invertidos en el mismo, con el fin de garantizar el retorno de la inversión particular o deben ser consignados a la Dirección del Tesoro Nacional?”

Los rendimientos de los recursos comprometidos en el desarrollo de un contrato de concesión deben ser consignados en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional solamente cuando hayan sido generados por recursos de propiedad de la Nación, y mientras estos recursos conserven esa titularidad. Los recursos por concepto de peajes, contribuciones de valorización y otros, deben analizarse a la luz de las estipulaciones contractuales, en particular de las referentes a la financiación del contrato y al régimen de compensaciones, pues esa es la información determinante de la titularidad y eventual destinación de los rendimientos, en aplicación del principio general de derecho según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Cuando en los contratos de concesión se estipula el pago al concesionario con los recaudos por concepto de peaje, los recursos y sus rendimientos, provenientes de esos recaudos son del concesionario y respecto de éstos no es exigible devolución alguna al tesoro nacional.

Transcríbase al señor Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE
Presidente de la Sala

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

LIDA YANNETTE MANRIQUE
Secretaria de la Sala