

21 ABR. 2014  
F. 2014-70055

Bogotá, D.C., Marzo 26 de 2014

Doctor

**OSCAR SÁNCHEZ**

Secretario de Educación Distrital

Ciudad.

Respetado Doctor:

Procedemos a rendir el concepto jurídico solicitado por Usted, en los términos que a continuación se expresan:

**OBJETO DE LA CONSULTA.-**

De acuerdo con lo expuesto por su Despacho, se consulta nuestra opinión jurídica respecto a los contratos de los colegios en concesión, formulando puntualmente dos interrogantes, así:

- “1. *¿Es viable prorrogar los contratos de concesión actuales?*
2. *¿Si no es viable prorrogar los contratos actuales (o algunos de ellos), ¿Qué otra opción habría?”*

Para proceder entonces al análisis del objeto consultado, nos remitiremos en primer lugar a las generalidades del contrato de concesión y a la regulación sobre su adición y prórroga, para posteriormente resolver las cuestiones formuladas por el Despacho de acuerdo con lo que se expone a continuación.

## CONCLUSIONES DESARROLLADAS EN EL PRESENTE CONCEPTO JURÍDICO-.

De manera preliminar y para facilitar una mejor comprensión del presente estudio, los conceptos jurídicos que se pasan a desarrollar en los acápites posteriores llegan a las siguientes conclusiones:

1. De acuerdo con la regulación aplicable a los contratos del servicio de educación suscritos por la SED, esto es la ley 80 de 1993 y sus normas especiales concordantes, sí es jurídicamente viable la prórroga de los contratos de concesión, siempre y cuando se cumplan con el lleno de los presupuestos establecidos en la Ley 1294 de 2009 y su decreto reglamentario 2355 de 2009, es decir, la necesidad de suplir una insuficiencia para la prestación del servicio de educación en los establecimientos educativos oficiales. Este aspecto debe demostrarse con el correspondiente estudio previo que identifique dicha necesidad y con los aspectos financieros pertinentes para fundamentar la decisión de extender el plazo del contrato más allá del término originalmente previsto.
2. La Secretaría de Educación Distrital cuenta con la gama de posibilidades que le ofrece el artículo 4 del Decreto 2355 de 2009, como figuras jurídicas adicionales a la prórroga de los contratos de concesión del servicio educativo, bajo la precisión conceptual y argumentativa que se expone respecto a la vigencia de la modalidad contractual de la concesión por fuera del marco de la Ley 1508 de 2012- APP-.

Nociones generales del contrato de concesión.

La celebración y ejecución de contratos, es un mecanismo otorgado al Estado para el cumplimiento de sus fines. En este sentido, la Ley 80 de y sus distintas reglamentaciones establecen las reglas y principios que deben regir la contratación pública.

Así las cosas, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos implica para el Estado como parte contratante, la obligación de garantizar cada uno de los postulados normativos en la escogencia, suscripción, ejecución, terminación y liquidación de los contratos y recíprocamente para el contratista, el deber de colaboración con la administración para la obtención del fin buscado, el cual no es otro que la satisfacción de una necesidad pública.

Al abordar el texto del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, el artículo 32 otorgó al Estado el contrato como una herramienta, definiéndolo de la siguiente manera:

*“Artículo 32. De los contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebre las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en las disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen a continuación:*

1. *Contrato de obra.*
2. *Contrato de consultoría*

3. *Contrato de concesión*
4. *Encargos fiduciarios y fiducia pública.*

Si nos remitimos al contrato de concesión propiamente dicho, encontramos que responde a la imposibilidad que tiene el Estado muchas veces de atender directamente todas y cada una de las necesidades de los administrados. Se trata entonces de un mecanismo en el cual, se debe conjugar el equilibrio entre el interés público de la entidad concedente y el interés privado del concesionario, representado en la utilidad económica que le significa la ejecución del contrato.

Respecto a su regulación, y tal como se mencionó de manera antecedente, la Ley 80 de 1993 en el artículo 32, numeral 4 hace referencia a este contrato. Del mismo modo, los artículos 33 al 38 particularizan su aplicación a campos específicos, encontrando también leyes especiales que se encargan de desarrollar la concesión en servicios concretos.

Vale la pena, resaltar que la Ley 80 de 1993 define la concesión en los siguientes términos:

*“Artículo 32 numeral 4 Ley 80 de 1993. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a un apersona 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”.*

En este orden de ideas, la concesión es un contrato en el que el Estado es el titular de la actividad o del bien, el cual otorga a un sujeto que se denomina concesionario la prestación del servicio público o la realización y explotación de una obra, por su cuenta y riesgo, recibiendo como contraprestación un incentivo económico previamente pactado por las partes, ejecución contractual que siempre estará bajo la vigilancia y control de la entidad.

De acuerdo con lo anterior, es posible señalar unas características propias que identifican la concesión. Así tenemos que es un contrato bilateral en la medida que crea obligaciones recíprocas entre concedente y concesionario; sin embargo lo que se entiende como equivalente no se trata de una equiparación absoluta, pues no es ésta una realidad esencial<sup>1</sup>.

Entendiendo que las obligaciones no se pueden cumplir instantáneamente, se trata entonces de un contrato de tracto sucesivo al diferir en el tiempo, más o menos

---

<sup>1</sup> La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de junio 1 de 1952, Y LXXII, 503, citada por la Dra. Susana Montes en el artículo “Concesiones Viales, la inadecuada distribución de riesgos, eventual crisis de los contratos”. Revista de Derecho Público, No 11, junio 11 de 2007, Pág. 64, señaló:  
“... Lo que caracteriza el contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe, o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta.

largo, la ejecución de las prestaciones. Es un contrato *intuitu personae*, en tanto que, las calidades del contratista constituyen la razón determinante de su selección.

Por último, se tiene que el contrato de concesión es solemne, pues debe constar por escrito tal como lo indica el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, que en su primer inciso expresamente dice: “ *Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que implican la mutación de dominio o imposición de gravámenes y servidumbre sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad*”.

Ahora bien, la doctrina ha señalado que los siguientes son los elementos del contrato de concesión:

1. **Partes:** En primer lugar la entidad concedente, que es la que otorga la concesión de una actividad propia, es siempre una entidad estatal en cumplimiento de una función administrativa. En segundo orden, el contratista- concesionario, que asume por su cuenta y riesgo la actividad concesionada y se obliga con la entidad a construir y mantener, operar, gestionar, o simplemente construir y conservar las actividades objeto del contrato.
2. **Un acuerdo entre las partes:** Partiendo de la base de que todo contrato es un acuerdo de voluntades, es claro que en el contrato de concesión la voluntad es un elemento esencial para que nazca a la vida jurídica y surta efectos.

3. **La remuneración:** En efecto, el precio también es un elemento esencial del contrato de concesión, en tanto de no pactarse o establecerse este vicio degenera en la inexistencia del contrato. La remuneración puede ser en dinero o de otros mecanismos que permitan la remuneración del concesionario, tales como, las tarifas, los peajes etc.
4. **La ejecución de un objeto:** se trata del fin que las partes persiguen con la celebración del contrato, es decir, el objeto sobre el que recae la manifestación de voluntad de las partes.
5. **Término de duración del contrato:** Aunque el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no previó un término de duración, por seguridad jurídica y acorde con la modelación financiera del contrato de concesión, éste debe pactarse con una limitación temporal.
6. **Causa lícita:** El Código Civil en el artículo 1524 enseña que la causa es ilícita en eventos en que esté prohibida por la ley o sea contraria a las buenas costumbres o el orden público.
7. **Que se ejecute por cuenta y riesgo del concesionario:** Este aspecto es de la esencia de la relación contractual, pues la ejecución de la concesión conlleva para el concesionario que lo haga bajo su propia cuenta y ventura.

En cuanto a su adición y prórroga, la Ley 80 de 1993 en el artículo 40 al regular el contenido del contrato estatal en el último inciso de su párrafo hace mención sólo a la primera, de la siguiente manera:

*“Artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buen administración.*

*En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.*

*Parágrafo. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.*

**Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.** (Subrayado y negrilla al exterior del texto).

Significa entonces lo anterior, que el legislador estipuló en la Ley 80 de 1993 las adiciones a los contratos estatales bajo el condicionamiento de no sobrepasar más del 50% de su valor inicial.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, se introdujo en el artículo 28 el término de "prórroga o adición". Para este caso, se estableció el postulado según el cual, el plazo estimado no podía exceder más del 60%, limitante que al aplicarse a ambos preceptos se entendía que se utilizaban como sinónimos, es decir que predicable tanto de la prórroga como de la adición.

Y se habla en pasado, por cuanto dicha disposición fue derogada por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, que a su vez también se derogó por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012. Vale la pena resaltar que de conformidad con el artículo 2 de esta última normatividad, los contratos de concesión vigentes al momento de la expedición de la ley, se regirán por lo estipulado en la Ley 80 de 1993, siendo ésta entonces aquella aplicable en los casos pertinentes.

Pero adicional a ello, es de anotar sobre la vigencia de la Ley 80 de 1993 en lo que de las prórrogas y las adiciones se trata, que de una parte la 1150 de 2007 reguló estas figuras para la concesión de obra pública como se deriva del contenido textual del enunciado del artículo 28, y de otra que aunque la Ley 80 de 1993 (norma general) no habló de la prórroga expresamente, lo cierto es que tampoco estableció disposición alguna en el sentido de prohibirla.

Este aspecto ha sido no sólo confirmado sino por demás convalidado, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-068 de 2009 con ponencia de Magistrado Mauricio González Cuervo, sobre la prórroga en los contratos de concesión, expresó:

*“Esta Corporación ha puesto de presente que la prórroga de las concesiones no implica en sí misma una figura inconstitucional, reconociendo, por el contrario, que puede constituir un valioso instrumento para la administración, resultando aconsejable desde el punto de vista técnico y financiero en ciertas situaciones. Así lo expresó en sentencia C-949 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), a propósito de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones (...)”<sup>2</sup>*

Así las cosas, ante el silencio de la Ley 80 de 1993 frente a la prórroga, entendida ésta como una extensión en su plazo distinta a la adición que es un aumento de su valor, la misma es viable ante la estipulación contractual de las partes en el sentido de pactarla. Interpretación que tiene sustento en la medida que en términos generales para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona la facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración. Pues tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-711 de 1996, la concesión de servicios públicos es un acto complejo, en el cual el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y

---

<sup>2</sup> Sentencia C-068 de 2009, de fecha 10 de febrero, con ocasión del estudio de inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley 1 de 1991 que regula el plazo y reversión del contrato de concesión portuaria.

reglamentario, pero cuyos derechos y obligaciones se determinan contractualmente.<sup>3</sup>

**De la viabilidad de la prórroga de los contratos de concesión de colegios de la Secretaría de Educación Distrital.**

Una vez analizada la información<sup>4</sup> que nos fue remitida para efectos de esta consulta, se tiene que la Secretaría de Educación Distrital tiene suscritos 25 contratos de concesión, cuyo objeto en general consiste en:

*"CLÁUSULA 1. OBJETO DEL CONTRATO<sup>5</sup>.*

*Las partes, al celebrar y ejecutar este contrato, obran con los siguientes propósitos: a) Atender la responsabilidad que al CONCEDENTE, como parte del Estado, y al CONCESIONARIO como parte de la sociedad, les atribuye, junto con la familia, el artículo 67 de la Constitución en el servicio público educativo, que tiene una función social; b) Contribuir al cumplimiento del artículo 68 constitucional, cuando reconoce a los padres de familia el derecho a escoger el tipo de educación que prefieren para sus hijos menores, y*

---

<sup>3</sup> Esta es la tesis de los denominadas "publicistas" franceses, entre ellos Duguit, Hauriou y Jéze.

<sup>4</sup> Para mayor claridad de la información consultada y establecida para esta opinión jurídica, se anexa cuadro comparativo con los datos de cada contrato de concesión educativa, su fecha de iniciación, institución concedida, concesionario, cláusula contentiva de la posibilidad de prórroga, modificaciones con su fecha y tipo, así como el plazo de terminación de la concesión.

<sup>5</sup> Cláusula contractual tomada del contrato de concesión educativa No 385 del 23 de diciembre de 1999, suscrito entre el Distrito Capital- Secretaría de Educación y la Caja de Compensación Familiar Colsubsidio.

*cuando afirma el deber de la comunidad educativa de participar en la dirección de las instituciones de educación; c) Contribuir a dar eficacia al derecho que los artículos 68 y 365 de la Constitución confieren a los particulares para fundar establecimientos educativos, y prestar los servicios públicos, con sujeción a la ley. Y para atender esos propósitos, el objeto de este contrato consiste en prestar el servicio educativo formal en los niveles preescolar, básica primaria, básica secundaria y media, en el inmueble que se identifica en el Anexo ENGATIVA-ETB. Dotado según se especifica en los Anexos I, II y III, con prioridad para niños y niñas de familias residentes en sectores de estratos 1 y 2 de Santafé de Bogotá, en desarrollo de la ley 115 de 1994, a cambio de la remuneración que se describirá adelante para el CONCESIONARIO, quien asumirá en los términos de este contrato y de la ley los derechos y deberes necesarios para su ejecución."*

Del mismo modo, como aspectos específicos pero comunes de estos acuerdos contractuales, se observa que: fueron pactados por un término que oscila entre los 12, 14 y 15 años de duración, han sido objeto de modificaciones relacionadas con la adición de su valor, y regularon todos en la cláusula 20 del contrato respectivo el plazo, terminación y vigencia, contemplando la posibilidad de su prórroga por acuerdo entre las partes de conformidad con lo establecido en la ley.

Para citar un ejemplo del contenido de la estipulación contractual referida, se transcribe la cláusula del contrato de concesión educativa No 385 del 23 de diciembre de 1999, que sobre el particular reza:

*"CLÁUSULA 20. PLAZO, TÉRMINACIÓN Y VIGENCIA DEL CONTRATO. Este contrato durará quince años, contados a partir del acta de iniciación, una vez cumplidos los requisitos de ejecución; pero podrá prorrogarse por acuerdo entre las partes, en los términos establecidos en la ley. El contrato terminará por vencimiento del plazo, por*

*incumplimiento precedido de constitución en mora cuando la ley la exija, y por las otras causas que admite la ley. En particular si hubiere circunstancias imprevistas tales como cambio en el régimen legal aplicable al contrato, a las prestaciones del CONCESIONARIO a favor de los alumnos, a las relaciones entre los CONCESIONARIOS y los docentes, al régimen tributario o presupuestal, que hicieren excesivamente oneroso en términos administrativos, económicos o de los valores que profesa cada parte, el cumplimiento de las futuras prestaciones a cargo de cualquiera de ellas, hasta el punto de que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no fuere suficiente para restablecer todas las condiciones iniciales en las que se pactó la colaboración de las partes o para lograr el objetivo que ambas se propusieron, las partes de común acuerdo o los árbitros, podrán dar por terminado el contrato. Terminado el contrato se prolongará hasta que termine su liquidación. En el evento de que, por la terminación, el CONCEDENTE desee celebrar un nuevo contrato con similar objeto, el CONCESIONARIO, en cuanto la ley no lo impida y el contrato no haya terminado por culpa suya o por la excesiva onerosidad que se mencionó arriba, tendrá derecho a que se considere como eventual contratista, en igualdad de condiciones con otros posibles interesados.” (Subrayado y negrillas al exterior del texto)*

Ahora bien, para entrar a definir la viabilidad o no de su prórroga debemos comenzar por señalar que la suscripción de estos contratos data de los años 1999, 2000, 2002 y 2003, como se verifica en el cuadro anexo No 3. Esta precisión resulta de la mayor importancia, en tanto permite identificar la ley que rige estos contratos de concesión.

En efecto, el artículo 38 de la Ley 153 de 1886 contiene el postulado imperativo y de obligatorio cumplimiento de que “*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración*”.

Este principio general de la irretroactividad de la ley en material contractual, en voz de decantada jurisprudencia no es exclusivo de la contratación entre particulares, ni únicamente sujeta a los preceptos del derecho común. Por el contrario, también son aplicables a los contratos celebrados por las entidades públicas con particulares o con otras instituciones del Estado y sometidos, en principio, a un régimen especial, contenido en el denominado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y otras normas). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado que por ejemplo en providencia del 11 de febrero de 2009<sup>6</sup>, manifestó:

*A su turno, en nuestro orden jurídico, a la par de en que (sic) la Constitución Política se garantizan los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato, en el artículo 38 de la 153 de 1887, se consagra la regla de que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado...*

*(...)*

*“Por lo demás, la citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. N° 25000-23-31-000-2000-13018-01 (16653). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

*presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general.*

*"(...)*

*"Dentro del anterior marco jurídico, los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación, así:*

*"(...)*

*iii.) En la Ley 80 de 1993 (actualmente vigente): "Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación."*

De esta manera, atendiendo a la fecha de suscripción de los contratos estudiados su celebración ejecución y liquidación están regidos entonces en lo pertinente por las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Y esta claridad resulta relevante, en tanto retomando lo dicho en el primer aparte de este escrito, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 conserva su vigencia en relación con los contratos suscritos bajo su amparo legal. En este mismo sentido, y tal como se mencionó, aunque no existe norma expresa en esta normatividad que refiera literalmente a la prórroga del contrato de concesión como sí se hace respecto a la adición, lo cierto es que tampoco contempla alguna que la prohíba. Noción entonces que nos lleva al campo de lo estipulado por las partes en la ley que rige las relaciones entre las partes, esto es, el contrato, pues *lex privata lex contractus*, de

la cual se abstrae sin dubitación alguna que en el caso concreto existe cláusula contractual que la faculta.

Siendo ello así, se debe previamente y como corolario de ser ésta una norma general, abordar si existe disposición especial que regule para la concesión del servicio de educación la figura en comento. En el ámbito normativo educativo, la Ley 1294 de 2009 que modificó el artículo 30 de la Ley 1176 de 2007, regula la prestación de este servicio público, en el sentido de establecer en que eventos es posible que el servicio educativo oficial se contratarte con entidades particulares, sin que aborde de manera particular lo que tiene que ver con la prórroga contractual de la concesión educativa.

No obstante, se tiene que el Decreto 2355 de 2009 reglamentó la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas, encontrándose la previsión relacionada en el artículo 10 que de la concesión del servicio público educativo, indica:

*“Artículo 10. Concesión del servicio público educativo. En los términos del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades territoriales certificadas podrán contratar con particulares la prestación del servicio educativo bajo la modalidad de concesión. En estos contratos, el ente territorial podrá aportar infraestructura física y dotación o éstas podrán ser aportadas, adquiridas o construidas, total o parcialmente por el particular, imputando su valor a los costos de la concesión. Deberá pactarse, en todo caso, que a la terminación del contrato opere la reversión de la infraestructura física y de la dotación aportada por la entidad territorial o construida o adquirida por el particular con cargo al contrato.*”

*En la modalidad de concesión el valor reconocido por estudiante será la asignación por alumno definida por la Nación, en la correspondiente tipología por alumno atendido y por calidad educativa, de cada entidad territorial. No obstante, la respectiva entidad territorial certificada podrá financiar los valores que excedan la asignación utilizando recursos diferentes a los de transferencias de la Nación.*

Agregando sobre la selección del contratista:

*Artículo 11. Selección del contratista. La selección de los contratistas del contrato de concesión del servicio educativo se realizará con base en lo establecido al respecto en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y las normas que las modifiquen o sustituyan.*

Y es que vale la pena aunar además, que a pesar de que disposición del artículo 13 se encuentra dentro del capítulo III, denominado de "De la contratación de la prestación del servicio público educativo", sobre la continuidad en la prestación del servicio, establece:

*"Artículo 13. Continuidad en la prestación del servicio y continuidad del contratista. A los estudiantes beneficiarios del servicio contratado se les deberá garantizar la continuidad del servicio educativo, sin que ello implique que el contratista adquiere derecho alguno a continuar el contrato más allá de su vigencia inicial. En consecuencia sólo se podrá recurrir, en cada vigencia, a la modalidad de contratación de la prestación del servicio educativo, cuando se pueda ofrecer disponibilidad de cupo en un establecimiento educativo oficial a los estudiantes que en la vigencia anterior eran beneficiarios del servicio contratado.*

*La entidad territorial certificada conservara la facultad, en todo caso, de no prorrogar ni suscribir un nuevo contrato, así como la de terminar uno existente, de acuerdo con las normas vigentes”.*

Como se ve de las normas transcritas, la continuidad del contratista es una posibilidad válidamente autorizada por la ley que constituye el cuerpo normativo de la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades públicas certificadas, en armonía con lo pactado las cláusulas No 20 de los respectivos contratos.

Con base en lo anterior, podemos afirmar entonces que en una interpretación uniforme del Decreto 2355 de 2009 y la Ley 80 de 1993, la primera conclusión es que sí está facultada la posibilidad de prórroga de los contratos de concesión del servicio educativo suscritos por la SED.

Más aún, si se parte de la base de que acorde con la teoría general de los contratos el plazo es un elemento contractual que por su naturaleza nada es óbice para que las partes dispongan sobre él. Es claro que la estipulación de este punto particular no es de una entidad capaz de alterar su esencia o convertir su tipo en otro negocio jurídico. Y es que partiendo de la premisa de que al tenor del artículo 1501 del Código Civil, los contratos contienen elementos que son de su esencia, su naturaleza y accidentales, en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha señalado que el plazo es de aquellos aspectos que se catalogan como un elemento accidental de su clausulado, y por ende, entonces materia de modificaciones. Así lo expresó esta alta Corporación que en sentencia del 24 de agosto de 2005, afirmó:

*“Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de ‘... aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente’. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato.”*

Postura también acogida por la Dirección Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que en concepto No 07 de 2008 de fecha 4 de abril al resolver la consulta elevada por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, abordó el estudio de un contrato de concesión de cuantía indeterminada pero determinable suscrito con Proactiva Doña Juana S.A. ESP y sujeto a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, expresando después de hacer un recuento normativo sobre la base del artículo 40 que:

*“La Corte Constitucional ha considerado en materia de ampliación del término inicial del contrato, que las entidades competentes deben evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público dicha ampliación.*

*En este evento, lo razonable es que la prórroga deba hacerse por medio de acuerdo de voluntades éntrela administración y el contratista antes del vencimiento del término inicialmente pactado ya que por imperativo constitucional el obrar administrativo requiere de la colaboración voluntaria de los particulares contratistas por medio de un acuerdo creador de relaciones jurídicas (contrato).*

*(...)*

*Con base en la información suministrada por la UAESP la prórroga del contrato de concesión C-011 de 2000, implica una simple extensión del acuerdo de voluntades por un tiempo mayor sin que se cambie ningún elemento del contrato, pues lo que realmente ocurre es que la "vigencia" se desplaza en el tiempo. Es decir, se extiende, no implica ello el nacimiento de un nuevo acuerdo, la figura de la prórroga tiene una proyección sustancial de mantener el contrato existente, con todas sus consecuencias y efectos, bajo las mismas condiciones.*

*Ahora bien, de conformidad con el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 la remuneración del contratista puede pactarse de diversas formas, y particularmente mediante la determinación de un porcentaje de ingreso del servicio concesionado.*

*En el presente caso no aplica el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que hace referencia a que los contratos podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, primero porque lo que requiere es la prórroga del plazo hasta que se lleve a cabo un nuevo proceso licitatorio con todas las condiciones exigidas por el fallo del Juez 29 Civil Municipal y segundo porque dado el sistema de precios determinables, el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra y no antes. (...)"*

Ahora bien, en segundo lugar para consolidar un argumento conclusivo completo es imperativo despejar qué dispone la ley como presupuesto para la viabilidad o validez de la prórroga contractual, en tanto es precisa la cláusula 20 de los contratos de concesión educativa en remitir no sólo a la voluntad mutua de las partes, sino también a lo que disponga la normatividad.

Se mencionó de manera antecedente que el servicio público de educación y su contratación para prestarlo con entidades distintas a las oficiales tienen regulación expresa. Se hizo mención entonces a la Ley 1294 de 2009 y al Decreto 2355 de 2009, en tanto esta última reglamentación según lo señalado en el artículo 27 derogó el Decreto 4313 de 2004, el Decreto 2085 de 2005 y las demás normas que le sean contrarias.

Si nos remontamos al artículo 8 del Decreto 2355 de 2005, los requisitos para celebrar contratos del servicio público educativo corresponden a los señalados artículos 27 de la Ley 715 de 2001 y 1 de la Ley 1294 de 2009, sin importar la fuente de los recursos, para lo cual las entidades territoriales certificadas deberán cumplir mínimo con:

a) La realización de un estudio que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del Estado y, en consecuencia, la necesidad de la contratación. Este estudio deberá realizarse previamente a la conformación o actualización del Banco de Oferentes y a la celebración de los contratos y con base en los resultados de la planeación de cobertura y de la proyección de cupos, en los términos establecidos en la resolución de matrícula expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

- b) La garantía de que en desarrollo de la contratación que realicen, se preste el servicio educativo formal durante todo el año lectivo y se ofrezcan en su totalidad los programas curriculares y planes de estudio de los niveles y grados determinados en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) o en el Proyecto Educativo Comunitario (PEC).
- c) El establecimiento oportuno del listado de los niños, y jóvenes que serán atendidos en desarrollo de cada contrato. La relación de estos estudiantes deberá ser remitida a cada contratista debidamente firmada por el secretario de educación de la respectiva entidad territorial certificada y hará parte integral del contrato que se suscriba.

Lógica que obedece al devenir de la normatividad establecida en la Ley 1294 de 2009 que con claridad dice que solamente en donde se demuestre insuficiencia del servicio educativo oficial, podrá contratarse su prestación con entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores. Desde luego, como lo indica la norma en cita, deberán ser aquellas instituciones que cuenten con reconocida trayectoria e idoneidad. Filosofía equivalente entonces a la recogida por su decreto reglamentario que al establecer su objeto y ámbito de aplicación condiciona en el mismo sentido expresamente la celebración de los contratos de concesión del servicio educativo, a la contratación y su administración con las iglesias y confesiones religiosas previa demostración de la insuficiencia para prestar el servicio educativo en los establecimientos estatales de su jurisdicción.

Así las cosas, estas directrices condicionales de las normas atrás citadas, nos llevan a concluir que por haber sido concebido el soporte inicial de la concesión en la necesidad de atender un problema de insuficiencia para prestar el servicio

educativo, entendido éste como falta de docentes y de establecimientos educativos, la prórroga deberá atender a la misma necesidad original, en tanto para la fecha de terminación del contrato, ésta debe subsistir. Se resalta la cita jurisprudencial de la parte preliminar de este escrito de la sentencia C-068 de 2009, pues supedita la prórroga al obedecimiento de razones técnicas o financieras que la conviertan en una opción correcta, seria y aconsejable para la administración, lo que por supuesto deberá reflejarse en el estudio previo que le sirva de soporte.

Y es que es aunque la transición prevista en el artículo 26 del Decreto 2355 de 2009 podría llevar a algunos a la interpretación de que sus normas no son aplicables a los contratos de concesión de la SED por razón de su vigencia, no lo es menos que indica la norma que cualquier modificación que se haga a estos contratos con posterioridad a su entrada en vigencia deberán observar plenamente las disposiciones en él contenidas.

En efecto la norma alude a “cualquier” modificación. Término genérico que también encuadra en nuestro criterio la prórroga de su término, pues pese a no ser un elemento esencial o de su naturaleza, es en todo es caso una modificación que a pesar de ser elemento accidental, constituye un cambio en el acuerdo contractual inicial.

Dentro de este entendimiento, la concesión una vez prorrogada acorde con el criterio establecido en la ley, es decir, el estudio que demuestre la insuficiencia para la prestación del servicio público educativo por falta de docentes o instituciones de carácter oficial, estará supeditada en el tiempo al mantenimiento de dicha necesidad. Presupuesto que deberá indefectiblemente respetar la

prohibición de autorizar o convenir prórrogas sucesivas, en la medida de que esto constituye una violación a los principios de selección objetiva, igualdad y libre competencia económica que gobiernan la selección de los contratistas y los contratos estatales, como lo manifestó la Corte Constitucional en las Sentencias C-535 de 1997 y C-068 de 2009, cuando sobre el particular precisó:

*“En línea con los criterios expuesto, la Corte estima que las prórrogas sucesivas resultan violatorias de derecho de participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte del contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria.*

*A ello se añade que la indeterminación del número de prórrogas puede derivar en una especie de perpetuidad del término efectivo de una concesión, y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que por mandato constitucional ha de ser temporal (artículo 63 C.P.)*

*Habrà de decirse que las prórrogas “sucesivas” en número indeterminado viola los artículos 2, 13 y 33 de la Constitución Política”.*

Así las cosas, creemos entonces que además de la existencia para el momento de la finalización original del contrato de concesión educativa de la necesidad de suplir una insuficiencia para prestar el servicio, será entonces otro supuesto para la ampliación del término de la concesión o de la prórroga que sea razonable, incluyendo para el efecto el análisis que en su momento se llegare a efectuar del

término de extensión de la prórroga. Razonabilidad que habrá de ser determinada en factores objetivos, esto es, en un estudio técnico indicativo de las condiciones de insuficiencia previstos en la regulación especial del servicio educativo, pero además en cálculos económicos previsibles. Esto atendiendo a lo dicho por la jurisprudencia<sup>7</sup> que al respecto sostiene que: *“las razones que justifican el aumento en el término son perfectamente cuantificables y su fundamento se reflejara previamente en un cálculo financiero que tenga en cuenta las variables relacionadas con el negocio y con los costos que aparece. Atraves de este ejercicio descansa la necesaria motivación de la prórroga, se podrá controlar el uso de esta facultad discrecional, que no arbitraria, concedida al Gobierno.”*

Con todo, atendiendo a que a través de la Directiva No 29 del 22 de diciembre de 2009, dirigida a los Gobernadores, Alcaldes Distritales y Municipales, así como a los Secretarios de Educación de Entidades Territoriales Certificadas, el Ministerio de Educación impartió orientaciones sobre la contratación del servicio educativo, se agrega entonces como complemento a lo dicho al respecto, en tanto dispone en el siguiente sentido:

*“En concordancia con lo reglamentado en el Decreto 2355 de 2009, con lo establecido en la Circular No 13 y en la Directiva Ministerial No 24 de 2009, el Ministerio de Educación nacional- MEN- impartes las siguientes orientaciones.*

1. *Con el propósito de garantizar la continuidad de los estudiantes en el sistema educativo, de los procesos pedagógicos y a la adaptación al ambiente escolar, así*

---

<sup>7</sup> Sentencia C-068 de 2009. Expediente D-7345. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo. Demanda de inconstitucionalidad del artículo 8 de la ley 1 de 1991 que regula el contrato de concesión portuaria.

*como prevenir y corregir la deserción escolar, la entidad territorial certificada – ETC- podrá priorizar la continuidad de la prestación del servicio educativo, bajo el esquema de contratación, con los actuales oferentes, siempre y cuando se requiera acudir a esta estrategia. Ello no implica que dicho contratista, que deberá estar habilitado en el banco de oferentes, haya adquirido el derecho a continuar con el contrato más allá de su vigencia inicial.*

- 2. Se le reitera a todas las ETC la necesidad del envío oportuno al MEN, para su aprobación, del estudio de insuficiencia para proceder a la contratación del servicio (ya sea la continuidad o nuevo), “financiados con recursos del sistema general de la Nación asignados por el MEN a ETC y los recursos del sistema general de participaciones transferidos por la Nación a las mismas”, tal como lo establece la directiva ministerial No 24 del 18 de noviembre de 2009. El estudio es prerequisite para poder adelantar el proceso de contratación, y en él se debe evidenciar claramente la limitación de la prestación del servicio educativo en los establecidos oficiales de la jurisdicción”.*

### **Opciones jurídicas adicionales a la prórroga de los contratos de concesión del servicio educativo.**

De acuerdo con los interrogantes planteados en el objeto de la consulta, pregunta el Despacho en segundo lugar por las opciones jurídicas que en el evento de no proceder la prórroga de los contratos de concesión, resultarían viables de adoptar por la Secretaría de Educación Distrital.

En relación con este planteamiento es conveniente precisar que en el marco de una figura jurídica nueva o por lo menos después de la finalización de los contratos de

concesión hoy suscritos, igualmente se estaría contratando a un particular para la prestación del servicio público de educación.

En este orden de ideas, dicha permisión estará también supeditada a la necesidad señalada con carácter expreso en la Ley 1294 de 2009 y el Decreto 2355 de 2009, en tanto como se dijo, reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas.

Sobre el particular, es prudente señalar que ante la importancia y especificidad del servicio a prestar como es la educación, se deberá entonces no obstante de que se acuda a una figura jurídica nueva e independiente a los contratos de concesión próximos a finalizar por vencimiento de su término, demostrar como primer requisito la insuficiencia del servicio educativo oficial en los establecimientos educativos de su jurisdicción.

Sentada la previsión anterior, creemos que es la propia regulación del Decreto 2355 de 2009 la que vislumbra la gama de posibilidades jurídicas adicionales con las que cuenta la Secretaría de Educación Distrital, así como los requisitos mínimos para su procedencia.

En efecto, el artículo 4 del mentado decreto expresamente indica que conforme a lo previsto en el artículo 10<sup>8</sup> de la misma normatividad, y con el propósito de hacer

---

<sup>8</sup>Artículo 10. Concesión del servicio público educativo. En los términos del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades territoriales certificadas podrán contratar con particulares la prestación del servicio educativo bajo la modalidad de concesión. En estos contratos, el ente territorial podrá aportar infraestructura física y dotación o éstas podrán ser aportadas, adquiridas o construidas, total o parcialmente por el particular, imputando su valor a los costos de la concesión. Deberá pactarse, en todo caso, que a la terminación del contrato opere la reversión de la

más eficientes los recursos disponibles y satisfacer las distintas necesidades del servicio educativo, se autoriza a las entidades para celebrar contratos en las siguientes modalidades:

- a) Concesión del servicio educativo.
- b) Contratación de la prestación del servicio de educativo.
- c) Administración del servicio educativo con las iglesias y confesiones religiosas.

Ahora bien, para determinar los requisitos específicos a los que habría de someterse su celebración, el artículo 8, indica:

*“Artículo 8. Requisitos específicos para la celebración de contratos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley 715 de 2001 y 1 de la 1294 de 2009, para realizarla contratación del servicio público educativo con cualquier fuente de recursos y en los términos del presente decreto, las entidades territoriales certificadas deberán cumplir con los siguientes requisitos mínimos:*

- a) Realizar un estudio que demuestre la insuficiencia en los establecimientos educativos del Estado y, en consecuencia, la necesidad de la contratación. Este estudio deberá realizarse previamente a la conformación o actualización del Banco de Oferentes y a la celebración de los contratos y con base en los resultados de la planeación de cobertura y de la proyección de cupos, en los términos establecidos en la resolución de matrícula expedida por el Ministerio de Educación Nacional.*
- b) Garantizar que, en desarrollo de la contratación que realicen, se preste el servicio educativo formal durante todo el año lectivo y se ofrezcan en su totalidad los programas*

---

infraestructura física y de la dotación aportada por la entidad territorial o construida o adquirida por el particular con cargo al contrato.

*curriculares y planes de estudio de los niveles y grados determinados en el Proyecto Educativo Institucional (PEI) o en el Proyecto Educativo Comunitario (PEC).*

*c) Establecer oportunamente el listado de los niños, más y jóvenes que serán atendidos en desarrollo de cada contrato. La relación de estos estudiantes deberá ser remitida a cada contratista debidamente firmada por el secretario de educación de la respectiva entidad territorial certificada y hará parte integral del contrato que se suscriba."*

Es importante precisar que sobre las especificidades de cada una de las tres modalidades de contratos que contempla esta normatividad, se establecen en su cuerpo legal aspectos puntuales que se desarrollan en capítulos separados. Así por ejemplo en relación la contratación de la prestación del servicio público educativo, el artículo 12 refiere a que en esta modalidad la entidad territorial certificada puede contratar la prestación del servicio público educativo por un año lectivo y para determinado número de alumnos, con contratistas que sean propietarios de los establecimientos educativos o con aquellos que sin serlos, cuenten como condición con un PEI o PEC aprobado por la respectiva secretaría de Educación. Para ello entonces, deberá según el artículo 15 conformar bancos de oferentes con base en los cuales se habiliten personas de derecho público o privado para la prestación del servicio, regulando en el artículo 16 las etapas y el procedimiento para conformarlo.

Sobre la contratación de la administración de servicio educativo con las iglesias y las confesiones religiosas, se autoriza dicha figura jurídica sobre la base de que en uso de esta modalidad la entidad territorial certificada contrate la administración de uno o varios establecimientos educativos oficiales. Señala el artículo 17 del Decreto 2355 de 2009, que en el desarrollo de estos contratos la entidad territorial podrá aportar infraestructura física, docente y administrativa o alguna de ellas y la

iglesia o confesión religiosa como contratista, aportará su capacidad de administración, dirección, coordinación y organización del servicio educativo y la correspondiente orientación pedagógica, así como los componentes que la entidad territorial no aporte y que sean necesarios para la prestación del servicio.

No obstante, es de resaltar que en el artículo 17 se supedita la posibilidad de que el Estado otorgue a un tercero la prestación del servicio cuando haga uso de esta modalidad y siguiendo la filosofía original de la ley, a que la entidad territorial certificada justifique la necesidad de esa contratación considerando la planta de personal, los directivos docentes y los docentes administrativos aprobados para la correspondiente entidad territorial.

Desde luego también contempla el artículo 10 del Decreto 2355 de 2009 como modalidad contractual aplicable, la concesión del servicio educativo. Sin embargo, atendiendo a que en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012 que regula las Asociaciones Público Privadas, se han suscitado diversas discusiones académicas respecto a la vigencia no de la concesión como figura autónoma a la APP, pasamos entonces por último a desarrollar este punto de acuerdo con nuestra opinión jurídica en torno al tema, como se pasa a exponer.

No cabe duda que para muchos la concesión como modalidad contractual desapareció por expreso mandato de la Ley 1508 de 2012. Sustentan lo anterior, en el artículo 390 que sobre las vigencias y derogatorias puntualmente señala que deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007.

Al observar el contenido de estas normas, es posible identificar en nuestro criterio dos aspectos de relevancia interpretativa.

En primer lugar, en términos generales el artículo 32 de la Ley 80 define lo que se entiende por contrato estatal y a reglón seguido detalla a título enunciativo algunas de sus modalidades, citando entre ellas: el contrato de obra, el contrato de consultoría, el contrato de prestación de servicios, el contrato de concesión y el encargo fiduciario y la fiducia pública. A continuación en su párrafo segundo que es al que hace mención expresa el artículo 390 de la Ley 1508 de 2012, puntualmente contempla:

*"(...) Parágrafo 2º.- Reglamentado por el Decreto Nacional 4533 de 2008, Derogado por el art. 39, Ley 1508 de 2011. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta Ley.*

*Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.*

*Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.*

*Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensables para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.*

*Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal”.*

Nótese que la derogatoria refiere puntualmente al párrafo transcrito. Eliminación del mundo jurídico que guarda perfecta relación con el objeto de la ley de asociaciones público privadas, pues el tenor derogado esta contenido ahora en la regulación más extensa y amplia de la Ley 1508 de 2012. Pero *contrario sensu*, la mención expresa al párrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80, permite entender entonces que el resto del artículo se mantiene incólume y con ello la concesión como modalidad contractual establecida por fuera del mencionado aparte de la norma que fue objeto de derogatoria.

Y es que en nuestro criterio ello es así, como quiera que, si se observa con detalle tanto el texto como la vocación de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 y su Decreto reglamentario 1467 del mismo año, es notorio que sus disposiciones están concebidas para todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado, el diseño y la construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento, o involucre la operación o mantenimiento de dicha infraestructura, pudiendo incluso versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. (Artículo 3 Ley 1508 de 2012).

Y es que se resalta que la norma refiere a infraestructura. Lógica que desde luego compensa las inmensas necesidades del país en avanzar en este aspecto, puntualmente en el sector transporte. Siendo ello así, las disposiciones de la ley de asociaciones público privadas nada dicen sobre la concesión de servicios. Modalidad que desde luego es una necesidad vigente y constante del Estado, pero que no se suple con la construcción, operación y mantenimiento de una obra física propiamente dicha.

En este orden de ideas, somos de la opinión de pensar que la concesión no fue derogada como modalidad contractual. Lo que sí ocurrió fue que la previsión del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se convierte en norma general para concesión de servicios, y la ley de Asociación Público Privada en una concesión eminente especializada cuando de suplir necesidades de infraestructura se trata.

Reconociendo que ante la novedad de la Ley 1508 de 2012 y la expectativa de una concreta aplicación de su tenor, esta aún la mayoría por decir, sentar y definir tornándose las opiniones en meras interpretaciones y discusiones académicas, lo cierto es que basta revisar la sentencia C-300 de 2012 y el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil emitido por el Consejo de Estado el 2 de abril de 2013, para advertir que todo el enfoque jurisprudencial y conceptual que se ha realizado hasta ahora, corresponde a la visión de la obra pública y sus necesidades. Tan así es que se analizó la lógica del contrato de concesión, su adición y prórrogas acorde con lo dispuesto sobre el particular en la Ley 105 de 1993.

Estas reflexiones nos llevan a considerar que la figura jurídica de la concesión por fuera del marco de la APP, es una modalidad contractual viable para otorgar en un particular la prestación del servicio educativo cuando se enfrenta, previa determinación por el estudio pertinente, una insuficiencia en los establecimientos educativos del Estado.

Interpretación que en nuestro criterio se acompasa con lo señalado para el sector de educación, si se tiene en cuenta que la concesión del servicio público educativo encuentra regulación legal especial y específica en el Decreto 2355 de 2009, que como se ha dicho establece la concesión como modalidad contractual en su artículo 10. Razonamiento entonces de más para considerar que se encuentra vigente la concesión como figura jurídica para otorgar el servicio público de educación.

Sin embargo, siguiendo la línea argumentativa que implica tal consideración, esto nos lleva entonces a supeditar la procedencia de la concesión del servicio educativo a todos y cada uno de los requisitos mínimos señalados en la Ley 1294

de 2009 y su decreto reglamentario, que además de los aspectos exigidos en el artículo 9 citado previamente en este escrito, puntualmente en los artículos 10 y 11 sobre la concesión disponen:

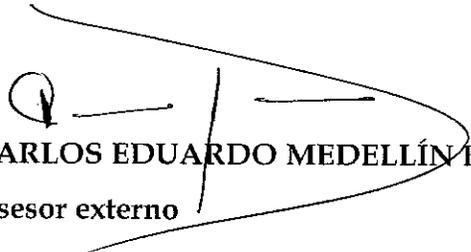
*“Artículo 10. Concesión del servicio público educativo. En los términos del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades territoriales certificadas podrán contratar con particulares la prestación del servicio educativo bajo la modalidad de concesión. En estos contratos, el ente territorial podrá aportar infraestructura física y dotación o éstas podrán ser aportadas, adquiridas o construidas, total o parcialmente por el particular, imputando su valor a los costos de la concesión. Deberá pactarse, en todo caso, que a la terminación del contrato opere la reversión de la infraestructura física y de la dotación aportada por la entidad territorial o construida o adquirida por el particular con cargo al contrato.*

*En la modalidad de concesión el valor reconocido por estudiante será la asignación por alumno definida por la Nación, en la correspondiente tipología por alumno atendido y por calidad educativa, de cada entidad territorial. No obstante, la respectiva entidad territorial certificada podrá financiar los valores que excedan la asignación utilizando recursos diferentes a los de transferencias de la Nación.*

*Artículo 11. Selección del contratista. La selección de los contratistas del contrato de concesión del servicio educativo se realizará con base en lo establecido al respecto en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y las normas que las modifiquen o sustituyan”.*

En los términos anteriores dejamos expuesta nuestra opinión sobre la materia consultada, quedando atentos para cualquier aclaración o complementación que se considere necesaria.

Cordialmente,

  
**CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA**  
Asesor externo