

SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 25-08-2020 12:03:35

Al Contestar Cite Este Nr.:2020EE134541 C 1 Fol:14 Anex:0

ORIGEN: Sd:104 - DESPACHO DEL DIRECTOR JURÍDICO/PAZOS GALIN

DESTINO: SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL/PAULA JOHANNA RUIZ QUI

ASUNTO: DERECHOS DE EXPLOTACIÓN EN JUEGOS DE APUESTAS PI

OBS: ENNY YOJANA LEMUS TRUJILLO

Bogotá D.C.

Doctora
LUZ MARY CARDENAS HERRERA
 Gerente General
 Lotería de Bogotá
 NIT: 800245133
 Carrera 32 A N° 26 -14
 Bogotá, D.C.

CONCEPTO

Referencia	2020ER18296
Descriptor general	Contratos estatales de monopolio rentístico
Descriptor especiales	Derechos de explotación en juegos de apuestas permanentes
Problema jurídico	<i>¿Son aplicables las disposiciones del 60 de la Ley 1955 de 2019 a un contrato suscrito con anterioridad a su entrada en vigencia?</i>
Fuentes formales	Artículos 30, 58, 150, 151, 202, 339 y 342 de la Constitución Política; artículos 3, 17, 38 y 40 de la Ley 153 de 1887; Ley 4 de 193; Ley Orgánica 152 de 1994; artículo 24 de la Ley 643 de 2001 ; artículo 23 de la Ley 1393 de 2010; artículos 60 y 336 de la Ley 1955 de 2019. Sentencias 168 de 1995, C-619 de 2001, C-901 de 2011 y C-363 de 2012, proferidas por la Corte Constitucional. Sentencia del 12 de diciembre de 1974, proferida por la Corte Suprema de Justicia. Consejo de Estado. Sentencia del 11 de febrero de 2009, Rad. 25000-23-31-000-2000-13018-01(16653).

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La entidad consultante solicita concepto jurídico sobre la aplicación del artículo 60 de la Ley 1955 de 2019, al contrato de concesión No. 68 de 28 de noviembre de 2016, suscrito entre el Concesionario Grupo Gelsa en Línea S.A. y la Lotería de Bogotá, celebrado en vigencia de la modificación realizada por la Ley 1393 de 2010 al artículo 24 de la Ley 643 de 2001.

Al respecto, se precisa que es función de la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda establecer las directrices para fomentar la unidad doctrinal en la aplicación

e interpretación de normas relacionadas con la hacienda pública como tesorería, presupuesto, impuestos, contabilidad, crédito público, cobro, entre otros, de conformidad con lo establecido en los artículos 69 y 72 del Decreto Distrital 601 de 2014.

CONSIDERACIONES

Para resolver la inquietud planteada se abordarán los siguientes temas:

- 1) Antecedentes y marco legal del contrato de concesión No. 68 de 2016;
- 2) Alcance y vigencia del artículo 60 de la Ley 1955 de 2019; y
- 3) Aplicación de la ley en el tiempo.

1. Antecedentes y marco legal del contrato de concesión No. 68 de 2016

Como se informó por parte de la Lotería de Bogotá, el contrato de Concesión No. 68 de 2016 se suscribió entre el Concesionario Grupo Gelsa en Línea S.A. y la Lotería de Bogotá con el objeto de otorgar “(...) **la CONCESIÓN para la operación del juego de apuestas permanentes o chance a título de concesión**, para que por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO, éste ejecute directamente el juego de apuestas permanentes o chance en los territorios del Distrito Capital de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca, bajo el control, fiscalización y Supervisión de la Lotería de Bogotá (...)” con vigencia de cinco años, entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2021.

La Ley 643 de 2001, “*Por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar*”, estableció los elementos esenciales del referido contrato para la operación del juego de apuestas permanentes o chance a título de concesión: El objeto (art. 22); plazo de 5 años (art. 7 y 22) y; valor (art. 24) con la modificación realizada por el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010:

“Artículo 7o. Operación mediante terceros. La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso.

La renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.

El término establecido en **los contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar no podrá ser inferior de tres (3) años ni exceder de cinco (5) años.**

La concesión de juegos de suerte y azar se contratará siguiendo las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante.

Artículo 22. Explotación del juego de las apuestas permanentes o chance. Corresponde a los departamentos y al Distrito Capital la explotación, como arbitrio rentístico, del juego de las apuestas permanentes o chance. La explotación la podrán realizar directamente por intermedio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado operadoras de loterías, o por intermedio de las Sociedades de Capital Público Departamental (SCPD) que se autoriza y ordena crear en la presente ley.

Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años.

Los operadores privados de esta modalidad de juego deberán tener un patrimonio técnico mínimo, otorgar las garantías y cumplir los demás requisitos que para tal efecto les señale el reglamento **expedido por el Gobierno Nacional.**

Parágrafo. Para los efectos de la presente ley los ingresos provenientes de juegos de apuestas permanentes de Bogotá y Cundinamarca continuarán distribuyéndose en un setenta por ciento (70%) para el Fondo Financiero de Salud de Bogotá y el treinta por ciento (30%) para el Fondo Departamental de Salud de Cundinamarca, descontados los gastos administrativos de la explotación.

“Artículo 24. Plan de Premios y Rentabilidad Mínima. (Modificado por el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010) El Gobierno Nacional fijará la estructura del plan de premios del juego de apuestas permanentes o chance que regirá en todo el país.

La rentabilidad mínima del juego de apuestas permanentes o chance, para cada jurisdicción territorial, se establecerá como criterio de eficiencia y obligación contractual en los respectivos contratos de concesión, y corresponde al mínimo de ingresos brutos que, por la venta del juego de apuestas permanentes o chance, deben generar los operadores por cada año y durante toda la vigencia del respectivo contrato, de manera que se sostengan las ventas y se procure su crecimiento como arbitrio rentístico para la salud.

La rentabilidad mínima será igual a la mayor cifra entre el promedio anual de los ingresos brutos obtenidos por la venta del juego de apuestas permanentes o chance durante los cuatro (4) años anteriores a la apertura del proceso licitatorio y la sumatoria de esos ingresos brutos en el año inmediatamente anterior a la apertura del proceso licitatorio, más un porcentaje de crecimiento año a año que será igual al índice de precios al consumidor. Para determinar el promedio o la sumatoria a que se refiere el presente inciso, se acudirá a los datos que arroje

la conectividad en línea y tiempo real o, hasta tanto se tengan esos datos, a los que tengan las distintas entidades territoriales y la Superintendencia Nacional de Salud.

Corresponde al concesionario pagar el doce por ciento (12%) sobre los ingresos brutos a título de derechos de explotación con destino a la salud, más el valor adicional que llegare a existir entre ese porcentaje de derechos de explotación y el doce por ciento (12%) sobre el valor mínimo de los ingresos brutos que por ventas al juego fueron previamente señalados en el contrato como rentabilidad mínima; ese valor adicional lo pagarán los concesionarios a título de compensación contractual con destino a la salud, sin que haya lugar a reclamación o indemnización alguna en su favor.

Será causal de terminación unilateral de los contratos de concesión el incumplimiento con la rentabilidad mínima, sin derecho a indemnización o compensación.

Parágrafo 1o. Las condiciones fijadas en la presente ley rigen de manera permanente para todos los contratos de concesión de apuestas permanentes o chance.

Parágrafo transitorio. Para fijar la rentabilidad mínima en los procesos licitatorios que se abran dentro de los dos (2) años siguientes a la vigencia de la presente ley, se utilizará el promedio actualizado de los ingresos brutos obtenidos por la venta del juego durante los dos (2) años anteriores a la apertura del proceso licitatorio más 1.25 puntos porcentuales.”
(Resaltado fuera del texto)

Con base en estas normas se estableció en el contrato de concesión:

“Cláusula Segunda. – Valor. – Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010, el concesionario GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. debe pagar mensualmente a la LOTERÍA DE BOGOTÁ, el doce por ciento (12%) sobre los ingresos brutos a título de derechos de explotación con destino a la salud y anualmente como mínimo el valor que por concepto de derechos de explotación estén pactados en la presente cláusula. El valor de la rentabilidad mínima de cada anualidad iniciando desde el primero de enero del año 2017 deberá ser ajustado dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero de cada vigencia, con el IPC resultante de la diferencia entre el IPC proyectado y el IPC anual certificado por el DANE para cada vigencia. El IPC proyectado está descrito en el parágrafo primero.

Así mismo el concesionario GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. se obliga a cancelar mensualmente a la LOTERÍA DE BOGOTÁ por concepto de GASTOS DE ADMINISTRACIÓN el uno por ciento (1%) del valor de derechos de explotación cancelados (...).”

“Cláusula Tercera. – Forma de pago de los derechos de explotación y gastos de administración: En los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes el CONCESIONARIO deberá presentar la Declaración de ingresos del periodo mensual anterior, así como la autoliquidación mensual de los Derechos de Explotación y los Gastos de Administración correspondientes. En todo caso, el pago de los Gastos de Administración se hará de conformidad con lo establecido en la Ley 643 de 2001. El anticipo del primer pago corresponderá a la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES

CUARENTA Y UN MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.479.041.187), equivalente al 75% de los ingresos brutos esperados conforme lo previsto en la Cláusula segunda. Dicho pago se efectuará en la cuenta especial dispuesta por la LOTERÍA DE BOGOTÁ. De conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 1393 de 2010, el concesionario deberá pagar el primer anticipo por concepto de Derechos de Explotación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al inicio de ejecución del Contrato de Concesión del Juego de Apuestas Permanentes o Chance”

“Cláusula Séptima. – Obligaciones del concesionario: (...)

2. Pagar o transferir según corresponda los derechos de explotación, gastos de administración y premios caducos de conformidad con lo establecido en la Ley 1393 de 2010.” (Resaltado fuera del texto)

Posterior a la suscripción y al inicio de ejecución del contrato, se expidió la Ley 1955 de 2019, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*”, incluyendo en su artículo 60 una nueva modificación al referido artículo 24 de la Ley 643 de 2001, así:

“Artículo 60. Plan de premios y rentabilidad mínima anual. Modifíquese el artículo 24 de la Ley 643 de 2001, el cual quedará así:

Artículo 24. Plan de Premios y Rentabilidad Mínima Anual. El Gobierno nacional fijará la estructura del plan de premios del juego de apuestas permanentes o chance que regirá en todo el país.

*La rentabilidad mínima anual del juego de chance para cada concesionario, **será** el valor pagado por concepto de derechos de explotación en el año inmediatamente anterior, para lo cual, la única referencia son los ingresos brutos del juego.*

***Para los pliegos de condiciones**, la legalización y la tasación de las garantías anuales de los contratos de concesión, el valor contractual **será el 12% de los ingresos brutos del juego de chance de los últimos 5 años**. La garantía de cumplimiento se constituirá por los concesionarios, por períodos sucesivos de un (1) año durante la vigencia de los contratos de concesión, con base en el valor del contrato por cada año, con la obligación de obtener la correspondiente prórroga con anticipación al vencimiento de la garantía en la etapa respectiva.*

Cuando el monto de los derechos de explotación, de un año, resulte inferior al valor absoluto pagado durante el año inmediatamente anterior, el concesionario estará obligado al pago de la diferencia a título de compensación contractual.

No habrá lugar a conceptos, ni actos administrativos que varíen los derechos de explotación, la rentabilidad mínima ni el valor de los contratos.” (Resaltado fuera del texto)

Con ocasión de esta modificación legal, se informa por parte de la Lotería de Bogotá que en desarrollo del seguimiento a la ejecución del contrato de concesión No. 68 de 2016, se encontró que el pago efectuado por valor de la rentabilidad mínima y el anticipo del

pago mensual de los derechos de explotación y gastos de administración, no se liquidó conforme a lo establecido en dicho contrato, por lo que, luego del análisis jurídico correspondiente, por parte de la Lotería de Bogotá, se solicitó al concesionario que diera cumplimiento a las condiciones fijadas en el contrato de concesión.

Según se expone en la consulta, el contratista aplicó la variación en los factores de liquidación conforme al artículo 60 de la Ley 1955 de 2019 que modificó el artículo 24 de la Ley 643 de 2001 al considerar:

“El plan de desarrollo y su ley aprobatoria Ley 1955 de 2019, tienen aplicación preponderante e inmediata por ser constitucional y jurisprudencialmente desarrollo de la Constitución.

La exposición de motivos del plan de desarrollo se erige como política en relación con los juegos de suerte y azar; así como lo relativo a los recursos a transferir al sector salud, además de considerarse el precitado plan de desarrollo como criterio (sic) determinar la validez de otras leyes.”

Concluye señalando la exclusividad y prevalencia del régimen de la actividad monopolística establecido por la Ley 643 de 2001, y que, por tanto, cualquier modificación a este régimen hace parte del mismo y debe dársele aplicación inmediata.

2. Alcance y vigencia del artículo 60 de la Ley 1955 de 2019

El artículo 60 de la Ley 1955 de 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, empezó a regir a partir de su publicación, esto es, a partir del 25 de mayo de 2019, según el diario oficial 50.964¹, introduciendo desde ese momento una nueva fórmula de liquidación del valor de los derechos de explotación en los contratos de concesión del juego de apuestas permanentes o chance que se suscriban.

Esta nueva regla debe aplicarse a los contratos suscritos a partir del 25 de mayo de 2019, puesto que:

- a) El artículo 22 de la Ley 643 de 2001 estableció dentro de los elementos de los contratos suscritos con anterioridad, que estas condiciones se establecían por un término mínimo de 5 años;
- b) Por regla general una disposición normativa se aplica a los hechos que surjan a partir de su entrada en vigencia y
- c) En materia contractual las normas jurídicas aplicables serán aquellas que se encontraban vigentes, al momento de la suscripción del respectivo contrato.

¹ Artículo 336 de la Ley 1955 de 2019.

Esta regla legal de aplicación de la ley en el tiempo se encuentra consagrada desde la Ley 153 de 1887.²

ART 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

- 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*
- 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.*

Debe resaltarse que la situación de la cláusula segunda del contrato de concesión 68 de 2016, suscrito por la Lotería de Bogotá y el Concesionario Grupo Gelsa en Línea S.A, se enmarca en la regla legal general dispuesta en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

En sentido contrario, la situación jurídica de esta cláusula no se enmarca en ninguna de las dos excepciones contempladas en el mismo artículo 38. No sobra advertir que la aplicación de las excepciones previstas en la ley tiene interpretación restrictiva.

Este artículo 38 de la Ley 153 de 1887 guarda consonancia con las reglas de vigencia de las leyes, contenidas en la Ley 4 de 1913, "Sobre régimen político y municipal".

“ARTICULO 52. La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción.

ARTICULO 53. *Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes:*

- 1. Cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado.*
- 2. Cuando por causa de guerra de guerra u otra inevitable estén interrumpidas las comunicaciones de algunos o algunos Municipios con la capital, y suspendido el curso ordinario de los correos, en cuyo caso los dos meses se contarán desde que cese la incomunicación y se restablezcan los comunicaciones.”*

Las aplicaciones de estos mandatos legales han sido reiteradas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

² “Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”

“...puede afirmarse que en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho.

(...)

Cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua.

(...)

“El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano y ha sido desarrollado por una abundante jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, del H. Consejo de Estado y de esta misma Corte Constitucional.

“Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron.

“En la doctrina y la jurisprudencia sobre esta materia jurídica se recurre a términos como los “derechos adquiridos”, de mucha raigambre clásica, pero que hoy son sustituidos por las expresiones “situaciones jurídicas subjetivas o particulares”, opuestas en esta concepción a las llamadas “meras expectativas”, que apenas conforman una simple posibilidad de alcanzar un derecho, y que por tanto sí pueden ser reguladas o modificadas por la ley, según un principio generalmente aceptado en la doctrina universal “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene”, dice el art. 17 de la ley 153 de 1887, precepto que además ha adquirido la fuerza expresiva de un aforismo.

(...)

“En materia de irretroactividad es fundamental la definición del art. 58 de la C.P., cuando establece que la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles “no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

“En la sentencia No. 168 de 1995 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz), luego de un amplio estudio del concepto de “derechos adquiridos” se recoge parte importante de la jurisprudencia colombiana sobre este particular. Es pertinente recoger parte de esa jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia:

“.....

“La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa..... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

“Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

“Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona". (sent. diciembre 12 de 1974)

(...)

En cuanto a la proyección futura de los efectos de una ley derogada, (ultraactividad de la ley), el régimen legal general contenido en las normas mencionadas lo contempla para ciertos eventos. La ultraactividad en sí misma no contraviene tampoco la Constitución, siempre y cuando, en el caso particular, no tenga el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, ni el principio de favorabilidad penal.

5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y

queden en firme. En este sentido, a manera de norma general aplicable al tránsito de las leyes rituales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, antes mencionado, prescribe lo siguiente:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 38 de la misma Ley, referente al tránsito de las leyes que regulan relaciones contractuales, indica que todo contrato se rige por las leyes vigentes al momento de su celebración.”³ (Resaltado fuera del texto)

Siguiendo la misma línea legal y jurisprudencial de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado señaló que el efecto general e inmediato de la ley, según el cual la ley sólo rige para el porvenir, implica que sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro, y que en materia contractual prevalecen las reglas generales de la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua para las relaciones y las situaciones jurídicas consolidadas bajo su imperio.

“La entrada en vigencia de una norma tiene una sustancial influencia en las cargas, deberes, derechos, obligaciones y en general en todas las situaciones y relaciones jurídicas que entran bajo su cobijo, sea para sanearlas, ora para su constitución o nacimiento, modificación o extinción de las mismas, lo que genera problemas o conflictos en la aplicación de la ley en el tiempo, y plantean el interrogante de cuál es aquella ley bajo cuyo mandato ha de definirse una situación jurídica al sobrevenir una ley nueva que altere o modifique lo que otra establecía. En la búsqueda de una solución al problema que suscita la temporalidad de las normas jurídicas, la doctrina clásica ius privatista estructuró la noción de los derechos adquiridos, entendidos como todos “...aquellos que han entrado a nuestro dominio en rigor de una ley y que no pueden sernos arrebatados o desconocidos por aquel de quien lo hubimos...” (Merlín), definición a partir de la cual se proscribió el efecto retroactivo de la nueva norma cuando se violan esos derechos, pero no cuando se desconocen meras expectativas. Bajo este criterio, la ley nueva es aplicable siempre que no vulnere derechos adquiridos, o sea, situaciones jurídicas individuales definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley antigua, y que, en consecuencia, quedan incorporadas válidamente al patrimonio de una persona; a contrariedad de lo que sucede con las meras expectativas, esto es, aquellas esperanzas de alcanzar un derecho o la posibilidad de beneficiarse de un resultado jurídico, en cuyo caso nada se opone a que la ley sobreviviente se aplique, porque, como se señala en el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, “[l]as meras expectativas no constituyen derecho contra ley nueva que las anule o cercene...” Otra corriente (Roubier) explicó que el problema se resuelve al distinguir entre las situaciones jurídicas constituidas al entrar en vigencia la ley nueva y las que aún se encuentran en vías de constitución, de manera que las totalmente extinguidas o las ya constituidas no pueden ser vulneradas o desconocidas por la ley nueva (facta praeterita) y, contrario sensu, la ley nueva sólo podría ser aplicada a las situaciones que se encuentran en vías de constitución (facta pendentia), o a las que se

³ Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001.

constituyan en el futuro (*facta futura*). De las tesis anteriores, cuyos matices han dado lugar a una profusa discusión en la ciencia jurídica, se han valido los ordenamientos para construir la regla general de la irretroactividad de la ley, según la cual, con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social, la nueva ley no tiene la virtualidad de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que se han cumplido o quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles frente a aquélla cuando frente a una situación de hecho se han realizado totalmente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes. **El efecto retroactivo y la regla que lo prohíbe, se contraponen del efecto general e inmediato de la ley, según el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro, dejando insubsistente la ley anterior, de manera que las situaciones nacidas o los hechos ocurridos durante la vigencia de ésta pero que no alcanzaron a configurarse como verdaderos derechos, entran a ser regulados por la ley nueva.** O sea, la ley posterior puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que, pese a que se originaron bajo el imperio de la ley antigua, no tuvieron la virtualidad de obtener su consolidación como un derecho. La irretroactividad, entendida, pues, como la no aplicación de la ley a unos hechos o actos jurídicos cumplidos en una fecha anterior a su entrada en vigor, es un principio consagrado en nuestra Constitución Política (arts. 29 y 58), para evitar el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos adquiridos con justo título bajo la vigencia de una ley por la expedición de otra, y en fin, en aras de la seguridad jurídica y el juzgamiento.

(...)

En materia de contratos imperan las reglas generales de la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua. En nuestro orden jurídico, a la par de en que 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, que se castigará con arreglo a la ley vigente bajo la cual se hubiere cometido.** 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 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.⁴ (Resaltado fuera de texto)

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-31-000-2000-13018-01(16653)

Debe resaltarse que, en los términos de la sentencia transcrita de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el artículo 60 de la Ley 1955 de 2019 no determinó expresamente que la nueva regla contractual contenida en el mismo tuviera carácter retroactivo. Lo anterior confirma la tesis ya expuesta, en el sentido que la norma aplicable al contrato de concesión 68 de 2016 es el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010 y no el artículo 60 de la Ley 1955 de 2019.

Siguiendo los términos fijados por las Leyes 153 de 1887 y 4 de 1913, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, puntualizó:

“Por regla general a los contratos, en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos, se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración; en ellos, se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración. 5634 5167

De conformidad con lo anterior, una nueva ley no puede entrar a suprimir o modificar la ley vigente de la celebración del contrato. Las normas existentes al tiempo de la celebración del contrato se aplican hasta su terminación. 5634⁷⁵ (Resaltado fuera de texto)

En el mismo sentido, recogiendo lo señalado por el Consejo de Estado, la Agencia reiteró:

“«(...) En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad. (...) En este orden de ideas, la regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas.”
⁶(Negrilla fuera de texto)

Por lo expuesto, es claro que, en términos generales, y en particular en lo que a las relaciones contractuales se refiere, las normas jurídicas aplican a partir de su entrada en vigencia y surten sus efectos hacia adelante en el tiempo, rigiendo los hechos sucedidos desde su nacimiento y hacia el futuro, prohibiéndose, por regla general, los efectos retroactivos.

⁵ <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/etapa-contractual>

⁶ <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/7493>

De esta manera, a los contratos se les aplica la ley vigente al momento de su celebración, en lo relacionado con los elementos de existencia, validez y sus efectos, desde su inicio hasta su terminación, incluyendo las prórrogas que se efectúen.

CONCLUSIONES

Con fundamento en las consideraciones expuestas, esta Dirección se pronuncia frente a la consulta planteada en los siguientes términos:

¿Son aplicables las disposiciones del artículo 60 de la Ley 1955 de 2019 a un contrato suscrito con anterioridad a su entrada en vigencia?

Las disposiciones del artículo 60 de la Ley 1955 de 2019 aplican a los contratos de concesión suscritos a partir de su vigencia, esto es, a partir del 25 de mayo de 2019, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887⁷ y del principio de irretroactividad de la ley, según lo cual, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración.

Por lo anterior, el artículo 60 de la Ley 1955 de 2019 no puede entrar a suprimir o modificar los efectos del contrato de concesión No. 68 de 2016, porque se configuraría una ilegítima retroactividad. En otras palabras, el artículo 60 de la Ley 1955 de 2019 no resulta aplicable al Contrato 68 de 2016, suscrito con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley mencionada.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda, es importante que verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor informe a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

LEONARDO ARTURO PAZOS GALINDO

Director Jurídico

⁷ “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Excepción de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”



C.C. Paula Johanna Ruiz Quintana. Directora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos -
Secretaría Jurídica Distrital. NIT: 899.999.061 - 9. Carrera 8 No. 10 – 65.

Revisó: Manuel Ávila Olarte, Subdirector Jurídico de Hacienda.
Elaboró: Enny Yojana Lemus Trujillo, Asesora Dirección Jurídica.