

Sentencia C-300/12

PRORROGA O ADICION EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-No pueden referirse a obras que no tengan relación directa y necesaria con el objeto inicial del contrato, acorde con los principios de igualdad, imparcialidad, eficiencia y la libre competencia

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGADA-Competencia de la Corte Constitucional

PRORROGA O ADICION EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-No son nuevos contratos sino modificaciones del contrato estatal principal

PRORROGA O ADICION EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Trámite legislativo

CONTRATOS ESTATALES-Pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado/CONTRATOS ESTATALES-Clases de modificación

PRORROGA O ADICION EN CONTRATOS ESTATALES-Posturas del Consejo de Estado sobre el alcance y naturaleza

CONTRATOS ESTATALES DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Posibilidad de celebrar adiciones que versen sobre nuevas obras directamente relacionadas con el objeto del concesionario o recuperación de inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Finalidad

FUNCION ADMINISTRATIVA-Debe orientarse por los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen sus actuaciones

PRINCIPIO DE RACIONALIDAD DE INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Finalidad

MODIFICACION DE CONTRATO ESTATAL-Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado/MODIFICACION DE CONTRATO ESTATAL-Instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal/MUTABILIDAD DE CONTRATOS DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS-Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado

CONTRATO-Elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales

PRORROGAS Y ADICIONES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS-Desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado

CONTRATO DE CONCESION-Características/CONTRATO DE CONCESION-Definición/CONTRATO DE CONCESION-Objeto/CONTRATO DE CONCESION-Elementos/CONTRATO DE CONCESION-Jurisprudencia constitucional/CONTRATO DE CONCESION-Por su finalidad, involucra la cláusula de reversión

CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Objeto

CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Modalidades

CONTRATO DE CONCESION-Importancia del principio de planeación

PRINCIPIO DE PLANEACION EN CONTRATO DE CONCESION-Relación con los principios de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia

CONTRATOS DE CONCESION-Son incompletos/CONTRATO DE CONCESION-Tiene características de contratos relacionales/CONTRATOS RELACIONALES- Características/MODIFICACION DE CONTRATOS DE CONCESION-Debe ser excepcional/MODIFICACION DE CONTRATO DE CONCESION-Condiciones/MODIFICACION DE CONTRATO DE CONCESION-Finalidades

Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan

obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo. Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal -como la libre competencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas. En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que la modificación deben obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado.

CONTRATACION ESTATAL-Principios de selección objetiva y libre competencia

La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal.

Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa. Estos razonamientos fueron inicialmente recogidos en el artículo 29 de la ley 80, en el que se precisaba que la selección del contratistas debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección. En ese momento el legislador consideró que la ponderación de diversos criterios definidos en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio -no un precio menor al definido en los pliegos, era la mejor forma de seleccionar objetivamente al contratista. Luego, el artículo 30 señaló la licitación pública como el mecanismo de selección de los contratistas del Estado por excelencia, sin perjuicio de otros mecanismos que para circunstancias especiales o según el tipo de negocio previera el legislador.

CONTRATISTA-Criterios generales de selección/PRINCIPIO DE SELECCION OBJETIVA DE CONTRATISTA-Importancia/PROCEDIMIENTO DE SELECCION DE CONTRATISTA-Principios de concurrencia y la igualdad entre proponentes

El artículo 29 de la ley 80 fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150, y la materia fue nuevamente regulada en el artículo 5 ibídem. En esta última disposición se establecieron los siguientes criterios generales para la selección del contratista: (i) la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; (iii) el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planea adquirir bienes y servicios de características uniformes; y (iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores. Dada la importancia para los fines del Estado del principio de selección objetiva del contratista, la Corte ha avalado la constitucionalidad de la licitación o concurso público como procedimiento de selección del contratista por excelencia dirigido a la selección objetiva; es más, la Corte ha reconocido que en tanto la licitación es mencionada en el artículo 273 superior, el constituyente le confirió categoría de validez jurídica a la institución. En particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes. El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades

contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia.

LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Relación con el derecho a la libre competencia y otras libertades económicas

PRORROGA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS-En si misma no es inconstitucional, sino su prórroga automática

PRORROGA SUCESIVA EN CONTRATO DE CONCESION-Jurisprudencia constitucional

CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Interpretaciones diferentes de disposición legal/PRORROGA O ADICION EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Exequibilidad condicionada respecto de la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”

PRORROGAS O ADICIONES EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Interpretación de la expresión “independientemente del monto de la inversión”

En cuanto a la frase “independientemente del monto de la inversión”, la Sala concluyó que no le asistía razón al demandante cuando afirmaba que ella permite la adición o prórroga de los contratos de concesión de obra pública sin límite de cuantía. A partir de una interpretación gramatical y teleológica de la expresión, la Corte estimó que su finalidad es aclarar que la adición o prórroga del plazo puede hacerse sin tener en cuenta el precio del contrato inicial.

Referencia: expediente D-8699

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

Actor: Martín Bermúdez Muñoz

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo -quien la preside, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

1 ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Martín Bermúdez Muñoz demandó el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 de 2007.

1.1 NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada y se subraya el aparte acusado:

“ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos.

Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones.”

1.2 LA DEMANDA

El ciudadano Martín Bermúdez Muñoz considera que el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 de 2007 vulnera los artículos 209, 273 y 333 de la Constitución, por las siguientes razones:

1.2.1 Para comenzar, el demandante explica que al expedirse la ley 80 de 1993, el artículo 40 estableció la regla general de que los contratos estatales no podrían adicionarse en más del 50% de su valor inicial. Señala que esta regla fue extendida por el artículo 33 de la ley 105 de 1993, a las concesiones para obras de infraestructura en transporte, con una excepción, esta es que en los casos en los que los ingresos obtenidos por el concesionario en virtud de la concesión sobrepasaran el máximo estipulado, los ingresos adicionales podrían destinarse para obras adicionales. Sostiene que el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 introdujo una excepción a esta regla, pues habilita al concesionario, durante el desarrollo de la concesión o su prórroga, para que ejecute obras públicas nuevas, que si bien pueden relacionarse con el objeto concesionado, no se previeron en el objeto inicial del contrato y en realidad constituyen nuevos objetos, previa contratación directa con la entidad pública interesada y sin que medie proceso de selección alguno.

Argumenta que “[l]a lectura de los documentos CONPES No 3562 del 30 de diciembre de 2008 al No 3695 del 28 de marzo de 2011, evidencia que mediante este mecanismo se han adicionado a las concesiones vigentes obras que no son adicionales ni complementarias a las propias concesiones, por cuantías que evidentemente habrían requerido de la realización de una licitación pública.” Para demostrar este argumento, suministra copia de los documentos CONPES 3531, 3535, 3562, 3563 de 2008; 3584, 3593, 3606 y 3626 de 2009, 3636, 3644, 3645, 3653 y 3666 de 2010; y 3695 de 2011, en los que se autorizaron varias adiciones a contratos de concesión.

Señala que la situación se tornó aún peor después de que la ley 1450 de 2011 derogara el segundo inciso del artículo 28, el cual sujetaba la prórroga de los contratos de concesión al concepto previo favorable del CONPES.

1.2.2 En este contexto, el actor sostiene que el precepto acusado desconoce el artículo 209 superior, ya que:

“a.- Favorece al titular de la concesión y desconoce los intereses generales de la comunidad que resulta favorecida si las obras públicas se contratan mediante procesos de selección que garanticen la vinculación del mejor contratista y la adjudicación del contrato a la mejor oferta.

b.- Desconoce el principio de igualdad porque, al permitir que los contratos se adicionen para objetos distintos y sin límite a la cuantía, impide la participación de otros proponentes habilitados para ejecutar el contrato y le otorga una ventaja absolutamente injustificada al titular de la concesión.”

Explica que los procedimientos de selección de contratistas son una forma de ejercicio de función administrativa que, por tanto, debe regirse por los principios propios de dicha función y estar dirigida a la satisfacción del interés general. No obstante, indica que la disposición censurada no satisface ni el interés general ni el principio de igualdad, pues (i) “(...) cierra la posibilidad de adelantar un proceso de selección en donde pueda escogerse al mejor contratista o la mejor oferta” y, por esta vía, (ii) “(...) otorga al titular de una concesión -por la simple circunstancia de tener esta condición- el derecho a ejecutar obras públicas distintas a las que son materia de su contrato de concesión, sin obtener adjudicación en una licitación pública”.

En relación con la última parte del inciso, es decir, la que exige que en las concesiones viales, la adición o prórroga se refiera al mismo corredor vial, agrega que en tanto (i) no sujeta el nuevo negocio al límite del 50% del valor previsto en el contrato inicial y (ii) permite cualquier nuevo objeto contractual siempre que se refiera al mismo corredor vial, termina por autorizar la contratación directa de objetos contractuales que de otro modo tendrían que someterse a licitación pública. Al respecto, manifiesta:

“Si no existe una relación entre las obras que se adicionan y el contrato adicionado lo que se advierte con toda claridad es que no estamos ante un contrato sino ante dos: y el segundo ha sido adjudicado directamente a un contratista por el solo hecho de ser titular de una concesión mediante la cual se estén ejecutando obras que se refieren al mismo corredor vial.”

1.2.3 En segundo lugar, el actor aduce que el precepto demandado vulnera el principio de libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Constitución. En su criterio, “[l]a libre competencia (...) implica ventajas para los consumidores y usuarios de los servicios y obras públicas; y en este caso implica también ventajas para el Estado, pues le permite escoger el mejor proponente”, lo que no es promovido por el precepto bajo escrutinio.

1.2.4 Por último, afirma que el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 viola el artículo 273 de la Carta, que se refiere al sistema de licitación pública para escoger a los contratistas del Estado. A juicio del demandante, como se indicó en la sentencia C-400 de 1999, el hecho de que la Constitución hiciera referencia a la licitación pública implica “(...) considerar que, para el ordenamiento superior, no es suficiente que esa escogencia simplemente se haga entre aquellos que se encuentren inscritos en un Registro de Proponentes, ni puede pensarse que esa condición les confiere a los inscritos la igualdad de derechos para obtener la adjudicación”. Agrega que “[s]i de conformidad con la Constitución Política la escogencia del contratista debe hacerse mediante licitación pública, resulta contrario a ella que la ley autorice la prórroga de concesiones en los términos de la norma demandada, en la medida en que mediante dicho instrumento se elimina la posibilidad de contratar a través de licitación pública”.

1.3 INTERVENCIONES

1.3.1 Ministerio de Transporte

El apoderado del Ministerio del Transporte defiende la constitucionalidad del precepto con fundamento en las siguientes razones:

1.3.1.1 Indica que no es cierto que el precepto permita la prórroga o adición de los contratos de concesión sin ningún condicionamiento, pues la disposición prevé tres requisitos: (i) que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado, o (ii) que se trate de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos, y (iii) que respecto de las concesiones viales, se trate del mismo corredor vial.

En relación con el primer requisito, recuerda que el artículo 32-4 de la ley 80 define los contratos de concesión. Sostiene que según esta disposición, uno de los elementos esenciales del contrato, en tanto se dirige a la prestación, operación, organización o gestión

de una obra o bienes destinados al servicio o uso público, está compuesto por “(...) todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, elemento que calza en su totalidad comprensiva con el condicionante de que trata el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007”. Indica que, por tanto, la prórroga o adición prevista por el precepto demandado “(...) responde a la esencialidad misma del Contrato de Concesión por cuanto la obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado tiene que ver con el desarrollo y ejecución de dicho objeto para la adecuada prestación del servicio que se propone con el mismo”.

Agrega que “[n]o se observa, que las obras adicionales que hacen parte del objeto esencial de la Concesión, por su impacto en el cronograma y plazo de la misma, sean susceptibles técnica y jurídicamente, de escindir para propiciar un nuevo objeto de Contratación bajo las modalidades de selección objetiva que consagra el Estatuto Contractual, cuando lo que se promueve es la continuidad y satisfacción de un objeto contractual constitutivo de un servicio público”.

Respecto del segundo requisito, alega que la posibilidad de prorrogar o adicionar los contratos permite que el contratista pueda recuperar la inversión y, de esta forma, se mantenga el equilibrio contractual.

1.3.1.2 Manifiesta que, además, el precepto acusado establece un límite para la prórroga o adición, este es el 60% del plazo original. Sobre cómo debe establecerse el plazo adicional, explica: “La extensión del plazo de la Concesión va desde un rango del 1% hasta el 60% es graduación proporcional a variables técnicas de impacto, de complejidad ingenieril, de control de condiciones exógenas de orden climático, topográfico, social”.

1.3.1.3 De otro lado, expresa que las apreciaciones del demandante “(...) se ubican en el plano de la denuncia, exhibiendo contextos circunstanciales a través del dato estadístico, configurando un objeto de indagación por cualquier sistema instructivo del Estado de Derecho; pero que no constituye demostración dialéctica de la oposición de la norma cuestionada con los principios rectores de la Contratación Estatal y la Función Pública”. En otras palabras, afirma que la demanda se basa en conjeturas subjetivas y en razones de conveniencia, no en argumentos de inconstitucionalidad.

1.3.1.4 Teniendo en cuenta estos requisitos, afirma que la prórroga o adición es una

posibilidad objetivamente justificada -no la regla general, que además tiene un límite: el 60% del plazo.

1.3.2 Departamento Nacional de Planeación

El apoderado del Departamento Nacional de Planeación (DNP) solicita la declaración de exequibilidad de la norma, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.3.2.1 En primer lugar, afirma que según la jurisprudencia constitucional -sentencia C-949 de 2002, la prórroga de un contrato no es en sí misma inconstitucional, “(...) y de hecho en ciertos casos, puede ser de gran utilidad para el cumplimiento de los fines del Estado”, como en este caso, pues busca aprovechar el conocimiento adquirido por el concesionario inicial, así como ahorrar costos para la Administración, en tanto dicho contratista está en mejores condiciones económicas y técnicas para ejecutar la nueva obra sin dilaciones. Al respecto, explica que la figura de la prórroga:

“(...) puede constituir un elemento útil para la administración, resultando incluso aconsejable desde el punto de vista técnico y financiero, como en el caso que nos ocupa, siempre que no tenga el carácter de automática, sino que por el contrario facilite el cumplimiento de los fines estatales, en la medida que las comunidades acceden a obras, siempre soportadas en estudios técnicos y económicos, en menor tiempo y teniendo en cuenta de que se trata del mismo corredor vial, a precios inferiores, toda vez que el contratista ya cuenta con los elementos y conocimientos específicos necesarios para continuar con la obra, que en todo caso no podrá prolongarse indefinidamente, y por lo tanto, en orden a cumplir con ese plazo base, deberá adelantarse con mayor celeridad”.

Por estas razones, asegura que la disposición bajo estudio “(...) cumple con el interés general y se ajusta a los principios de eficiencia, economía y celeridad que rigen la función administrativa”.

1.3.2.2 En segundo lugar, asevera que no es cierto que la disposición demandada lleve a obviar el proceso de selección objetiva, ya que “(...) este procedimiento se realiza cuando se escoge al concesionario que aboca la realización del objeto contractual y la prórroga

simplemente tiene el objetivo de permitir, como lo dice la norma, la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el contrato suscrito o la recuperación de la inversión debidamente justificada.”

1.3.2.3 En tercer lugar, respecto del cargo por violación del artículo 333 superior, alega que “(...) el accionante no desarrolla las causales por las cuales considera que se está vulnerando la Constitución”.

Sostiene que pese a que el cargo no es apto, en todo caso no es cierto que el precepto censurado permita prórrogas automáticas, sino que las permite “(...) bajo diversas justificaciones, tales como la realización de estudios técnicos y económicos que soporten la inversión”, y siempre y cuando las nuevas actividades tengan como objeto exclusivamente el mismo corredor vial y su ejecución no supere el 60% del plazo estimado inicialmente.

1.3.2.4 Por último, aduce que la disposición fue expedida por el Congreso en ejercicio de su libertad de configuración en materia de contratación estatal.

1.3.3 Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público asegura que la disposición demandada se ajusta a la Carta, por las siguientes razones:

1.3.3.1 Señala que la demanda es inepta, pues parte de interpretaciones subjetivas del demandante.

1.3.3.2 De otro lado, sostiene que no es cierto que el precepto desconozca los principios de la función administrativa. Por el contrario, en su concepto, “(...) que se adicione o prorrogue el contrato de concesión, hace que el contratista, que actúa como un colaborador de la Administración para la consecución de los fines estatales, logre el fin primordial del Estado, el cual se traduce en la satisfacción del interés general y la prestación efectiva del servicio público”.

1.3.3.3 También afirma que “(...) no es razonable que se piense en efectuar una licitación nueva para continuar con la construcción, preservación y/o mejoramiento de una obra que ya ha sido entregada a un particular”. A su juicio, un nuevo proceso de selección implicaría “(...) un detrimento patrimonial y un trámite innecesario, puesto que inicialmente ya se ha

escogido al contratista con base en criterios objetivos de selección”.

1.3.3.4 Finalmente, explica que la disposición está amparada por la libertad de configuración del legislador, quien “(...) goza de la suficiente discrecionalidad al modificar una norma del universo contractual, particularmente el artículo 40 de la Ley 80 de 1993; y crear una excepción para un determinado conjunto de contratos”.

1.3.4 Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)

La Directora Técnica de Gestión Judicial del IDU solicita que se declare inexecutable solamente la expresión “independiente del monto de la inversión”; sus argumentos se resumen a continuación:

1.3.4.1 Afirma que el actor tiene razón en señalar que el precepto demandado desconoce el artículo 209 de la Carta, al no establecer límite alguno respecto de la cuantía a efectos de adicionar el contrato. En su criterio, “(...) a pesar de imponer un límite del 60% respecto del plazo (lo cual es deseable para la protección del erario público y el interés general) a continuación indica que tal adición o prórroga tendrá lugar ‘sin importar el monto de la inversión’” (negrilla y subraya original) afirmación que genera dos inconvenientes: (i) permite la adición del valor del contrato sin límite alguno, lo cual desconoce los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y (ii) confunde los conceptos de adición y prórroga, “(...) cuestión que lejos de constituir un mero ‘tecnicismo legal’, permite vislumbrar parte del equívoco en el que incurre la norma al pretender extender la restricción del 60% respecto del plazo en lo relacionado con la adición, sin que esto sea posible, puesto que (...) es la misma norma la que elimina toda posibilidad de interpretación sistemática o armónica junto con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993” (negrilla y subraya original), el cual prevé que los contratos estatales no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial.

1.3.4.2 En este orden de ideas, asevera que es necesario declarar inexecutable la expresión “independiente del monto de la inversión”, para que la disposición sea leída de forma sistemática y armónica con el artículo 40 de la ley 80, es decir, la prórroga o adición no pueda superar el 50% del valor inicialmente pactado.

1.3.5 Instituto Nacional de Concesiones (INCO)

El Coordinador del Grupo Interno de Trabajo Jurídico del INCO defiende la constitucionalidad de la norma demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.3.5.1 Con fundamento en las sentencias C-949 de 2001 y C-068 de 2009 de la Corte Constitucional, recuerda que la libre competencia y la libertad económica no son derechos absolutos, y que su ámbito de protección en el contexto de la contratación estatal se debe hacer compatible con otros deberes del Estado. Alega que la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión es un límite razonable a dichas libertades, pues busca asegurar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, entre los cuales se encuentra la generación de infraestructura.

1.3.5.2 Explica que el límite del 60% del tiempo pactado tiene en cuenta “(...) la realidad económica y financiera que subyace detrás de la explotación y operación de infraestructura.” Resalta además que la disposición demandada “(...) establece una regulación más ‘conservadora’ respecto del término de adición otorgado en otros sectores económicos, al permitir la adición del 60% y no del 100% del tiempo originalmente pactado”.

1.3.5.3 Recuerda que la adición de un contrato estatal no puede responder a la mera liberalidad de las partes, y que en este caso es “(...) una competencia reglada y un derecho al cual se puede acudir exclusivamente, cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan ‘paralizar’ o ‘afectar de manera grave’ la prestación del servicio a cargo de la infraestructura”.

1.3.6.1 La Cámara Colombiana de Infraestructura asegura que los cargos formulados por el demandante son ineptos, por carecer de (i) certeza, pues -en su criterio- “(...) la proposición jurídica que se pretende atacar no se encuentra en la disposición denunciada”; (ii) pertinencia y especificidad, ya que están basados en casos particulares de lo que el demandante considera “indebida adjudicación de adiciones”; y (iii) claridad -en el caso del cargo por violación del principio de protección del interés general, toda vez que el demandante “(...) no logran demostrar en qué consiste la presunta vulneración, ni demuestra cuál es la relación entre la existencia de las adiciones en el repertorio estatal de contratación y un atentado contra el interés general”.

No obstante, de forma subsidiaria solicita que la disposición se declare exequible, puesto que (i) obedece a la libre configuración del Legislador; (ii) “(...) si bien la licitación pública es un

mecanismo concebido con el propósito de seleccionar la mejor oferta, existen hipótesis en las cuales la licitación no responde adecuadamente a la necesidad pública”, además, la licitación no es un principio constitucional que excluya otras formas de selección; (iii) protege adecuadamente el interés general, pues las adiciones evitan que exista multiplicidad de ejecutores sobre el mismo terreno y que la administración incurra en gastos innecesarios”, de modo que promueven la eficiencia; y (iv) no atenta contra el principio de libre competencia, ya que “(...) las adiciones y las prórrogas no eliminan a ningún actor del mercado relevante”. Agrega que, al igual que todos los mecanismos de contratación, puede entrañar un riesgo para el patrimonio público; sin embargo, asevera que “(...) tal riesgo no es un motivo de inconstitucionalidad sino de implementar reglamentaciones y prácticas administrativas conducentes a que las adiciones se realicen siempre en el marco del interés general.”

1.3.6.2 El Instituto Nacional de Vías (INVIAS) solicita que se declare la exequibilidad condicionada de la disposición en el entendido que “la prórroga se efectúe con el objeto de recuperar la inversión, siempre y cuando, la solicitud esté debidamente soportada en estudios técnicos y económicos con el fin de evitar una ruptura del equilibrio del contrato; pero no se otorgará la prórroga o adición para ejecutar obras públicas relacionadas con el objeto del contrato, dado que, éstas deben ser sometidas a un nuevo proceso de selección compatible con los principios orientadores de la contratación estatal, como lo son: la transparencia, publicidad, imparcialidad y participación en igualdad de condiciones.” Lo anterior, por cuanto el precepto demandado favorece a quien ha sido beneficiario de un contrato de concesión de obras públicas, lo que desconoce los principios que rigen la contratación estatal.

1.3.6.3 El ciudadano Rodrigo Escobar Gil solicita que la disposición se declare exequible, por las siguientes razones:

En primer lugar, recuerda que el precepto acusado fue derogado por el artículo 39 de la ley 1508 de 2012. No obstante, asevera que la Corte debe en todo caso pronunciarse sobre su constitucionalidad, ya que “(...) goza de eficacia ultractiva en relación con los contratos de concesión que fueron celebrados durante su vigencia y, de otra parte, en virtud del principio de perpetuatio jurisdictionis.”

Respecto a la eficacia ultractiva del precepto, sostiene que éste se deriva de que (i) el artículo 2 de la ley 1508 expresamente dispone que “[l]as concesiones vigentes al momento de promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”, en concordancia con el artículo 38 de la ley 153 de 1887; y (ii) las prórrogas y adiciones no son negocios jurídicos nuevos, de modo que “(...) se regulan por las normas vigentes al momento de la celebración del contrato objeto de prórroga o adición”, como lo han reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2004, rad. 1996-4029, y la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma corporación, en concepto del 13 de diciembre de 2004, rad. 1614.

De otro lado, alega que en tanto la disposición fue derogada después de que la Corte admitiera la demanda en su contra, debe continuar el proceso y ocuparse de su constitucionalidad.

En segundo lugar, aduce que la disposición demandada se ajusta a la Carta, ya que es una manifestación de la amplia libertad de configuración del Legislador en la materia que se ajusta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que (i) persigue una finalidad legítima: garantizar la realización del interés público y la continuidad en la prestación de los servicios públicos a través del concesionario “que ya se encuentra en el terreno con maquinaria, equipos y fuerza de trabajo” y que “ya conoce las particularidades de la ejecución de las obras requeridas”; (ii) se fundamenta en parámetros objetivos: (a) la necesidad de obras adicionales -no nuevas- directamente relacionadas con el objeto concesionado y que, en el caso de las concesiones viales, se refieran al mismo corredor vial -criterio de necesidad del servicio, y (b) la necesidad de la prórroga o adición para la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos; (iii) no desconoce el principio de igualdad; (iv) en el caso de prórrogas o adiciones para la recuperación de la inversión, desarrolla el principio de equilibrio económico del contrato; y (v) contempla una posibilidad definida con precisión, certeza y limitación temporal.

1.4 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación solicita que se declare inexecutable la expresión “de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, por las siguientes razones:

1.4.1 Sostiene que la modificación del plazo de un contrato hasta en un 60% no puede considerarse un cambio menor o intrascendente, por tanto, adicionar o prorrogar un contrato en estas condiciones y sin que medie un proceso de selección “(...) no parece prima facie acorde con el interés general”, por cuanto (i) no permite escuchar otras ofertas que pueden ser mejores y (ii) significa una modificación relevante del contrato “(...) para cubrir diseños financieros del proyecto que no se ajustaron a la realidad, sin que medie siquiera una evaluación de la causa y de la responsabilidad de ese desajuste”. Con fundamento en estas consideraciones, afirma que “[p]rorrogar o adicionar un contrato de concesión de obra pública implica mayores costos y mayores riesgos, los cuales no se pueden asumir sin que medie un proceso contractual abierto y transparente, en el cual se respeten los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, para establecer la mejor oferta.”

1.4.2 Asevera que “[e]n un Estado Social de Derecho, los contratos públicos no pueden adjudicarse de manera automática a una persona (...) porque en los contratos públicos está involucrado el interés general y el principio de participación, en razón de los cuales es necesario convocar a todos los interesados, incluyendo por su puesto al concesionario al que alude la norma, a presentar sus propuestas en igualdad de condiciones, en el marco de un proceso público y transparente”. Agrega que “[l]a persona que ejecuta una obra para el Estado, así se trate de una concesión de obra pública, no tienen ni puede tener un derecho de preferencia, una primera opción, o un derecho automático a contratar todas las obras adicionales, directamente relacionadas con el objeto contractual relativo a dicha obra”.

2 CONSIDERACIONES

2.1 COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada hace parte de una ley de la República.

2.2 PRIMERA CUESTIÓN PREVIA: EXAMEN DE VIGENCIA DE LA DISPOSICIÓN DEMANDADA

Uno de los intervinientes afirma que pese a que el precepto demandado fue derogado

expresamente por la ley 1508 de 2012, continúa produciendo efectos en virtud (i) del artículo 38 de la ley 153 de 1887, (ii) de la jurisprudencia del Consejo de Estado y (iii) del artículo 2 de la ley 1508, los cuales -afirma- disponen que los contratos estatales de concesión y, en consecuencia, sus prórrogas y adiciones, se rigen por la ley vigente al momento de la celebración del primero. En este orden de ideas, en tanto el precepto continúa produciendo efectos en el marco de los contratos de concesión celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 1508, el interviniente asegura que la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre su constitucionalidad.

Para resolver este problema jurídico, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre la competencia de la corporación para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una disposición derogada en los casos en los que continúa surtiendo efectos dentro del ordenamiento; luego, con fundamento en estas consideraciones, examinará si el artículo 28 de la ley 1150 sigue o no produciendo efectos a fin de determinar si la Corte es competente en esta oportunidad.

2.2.1 La Corte Constitucional es competente para examinar la constitucionalidad de preceptos legales derogados que continúan proyectando sus efectos

De conformidad con el artículo 241.4 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes”. Esto significa que las leyes deben estar vigentes dentro del ordenamiento, pues de lo contrario no tendría sentido una decisión de exequibilidad o inexecuibilidad, es decir, una decisión sobre si la disposición legal debe ser o no expulsada del ordenamiento.

No obstante, esta Corporación también ha señalado que pese a que un precepto de orden legal haya sido derogado (tácita, expresamente o de forma orgánica), la Corte es competente para examinar su constitucionalidad, si no ha perdido su eficacia, es decir, si continúa proyectando sus efectos dentro del ordenamiento.¹

2.2.2 La disposición demandada fue derogada, pero continúa produciendo efectos

En este caso, la Sala observa que el precepto demandado efectivamente fue derogado de forma expresa por el artículo 39 de la ley 1508 de 2012, el cual dispone:

“ARTÍCULO 39. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular el párrafo 2o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007.”

Ahora es preciso establecer si, pese a su derogación, aún continúa produciendo efectos dentro del ordenamiento. La Sala estima que la respuesta a esta pregunta es afirmativa, por las razones que a continuación se explican:

2.2.2.1 Tal como sostiene uno de los intervinientes, por mandato expreso de varias disposiciones de orden legal, en armonía con los principios de buena fe y seguridad jurídica, los contratos de concesión de obra pública perfeccionados antes de la entrada en vigencia de la ley 1508 se deben seguir rigiendo por la ley vigente al momento de su celebración. En efecto, el artículo 38 de la ley 153 de 1887 dispone: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, mientras el inciso segundo del artículo 2 de la ley 1508 señala: “Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”. Estas disposiciones buscan proteger la confianza legítima de quienes celebran acuerdos de voluntades al amparo de ciertas reglas, es decir, la confianza en que las condiciones que previeron no se alterarían en perjuicio del equilibrio de cargas acordado, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento de las relaciones económicas y que por ello es amparado por la Carta Política.

2.2.2.2 Como consecuencia de la regla anterior, la Sala encuentra que existe al menos una hipótesis en la que el precepto acusado continúa proyectando sus efectos dentro del ordenamiento: el caso de las adiciones y prórrogas que se hayan celebrado o se celebren después de la entrada en vigencia de la ley 1508, en el marco de contratos concesión de obra pública suscritos al amparo del artículo 28 de la ley 1150.

El arribo a esta conclusión no es una tarea sencilla, pues existen múltiples discrepancias al respecto en la doctrina y la jurisprudencia, particularmente en torno a si las adiciones y prórrogas de los contratos estatales son parte del contrato principal o representan en realidad nuevos negocios jurídicos. La Sala considera que, al menos en lo que respecta al artículo 28 de la ley 1150, no son nuevos contratos sino modificaciones del contrato estatal

principal; de ahí que su celebración deba regirse por las reglas vigentes al momento del perfeccionamiento del contrato principal. Las razones que fundamentan esta conclusión se exponen a continuación:

2.2.2.2.1 Como se desarrollará más adelante, por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado. Las adiciones y prórrogas son clases de modificación del contrato estatal.

2.2.2.2.2 En relación con las primeras, la Sala observa que existen dos posiciones sobre el alcance del término y su naturaleza:

En primer lugar, en varios conceptos y sentencias, el Consejo de Estado ha afirmado que las adiciones se pueden referir a cualquiera de los elementos del contrato, incluido su objeto. Por ejemplo, en concepto del 18 de julio de 2002, al referirse al contrato de obra pública, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado afirmó que la adición comprende una ampliación del objeto del contrato, en el caso del contrato de obra, de su alcance físico, y no la adecuación del precio para ajustarlo a las cantidades de obra necesaria para la ejecución del objeto. Conforme a esta postura, las prórrogas y adiciones se deben continuar rigiendo por la ley vigente al momento de la celebración del contrato original.²

Por otra parte, existe un grupo de pronunciamientos en los que el Consejo de Estado ha asegurado que el objeto del contrato estatal es un elemento de su esencia, de modo que cualquier variación, adición o complementación del objeto en realidad representa el establecimiento de un nuevo objeto y, por tanto, de un nuevo contrato estatal, lo que significa que las adiciones contractuales, si bien son posibles, no pueden versar sobre el objeto. Según esta posición, las adiciones y prórrogas únicamente pueden versar sobre el plazo y el precio del contrato. Adicionalmente, las adiciones que varíen el objeto, en tanto nuevos contratos, se rigen por la ley vigente al momento de su celebración, no por las reglas del primer contrato.³

2.2.2.2.3 Para la Sala, sin fijar una posición aún sobre la constitucionalidad de las anteriores interpretaciones y sin el ánimo de mediar todavía en este debate -esto se hará más adelante, la siguiente exégesis es la que mejor se ajusta al texto del artículo 28 de la ley 11504: (i) en los términos del precepto demandado, los conceptos de prórroga y adición son asimilados,

por ello la disposición establece un límite común: “podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado”, lo que sugiere que el legislador entendió para este caso en concreto que los dos términos hacen referencia a una ampliación de cualquiera de los elementos del contrato; (ii) en este orden de ideas y en concordancia con la expresión “siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos”, en los contratos de concesión de obras públicas celebrados en vigencia del precepto acusado, las adiciones o prórrogas pueden versar sobre nuevas actividades que amplían el objeto del contrato o pueden perseguir permitir al concesionario recuperar la inversión realizada; y (iii) las adiciones y prórrogas son modificaciones de un contrato estatal y no nuevos contratos sujetos a reglas diferentes, por ello el precepto indica que “[e]n los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición”.⁵

2.2.2.2.4 En consecuencia, en criterio de la Sala, al menos en el marco de los contratos estatales de concesión de obra pública celebrados en vigencia del artículo 28 de la ley 1150, sí es posible celebrar adiciones que versen sobre nuevas obras “directamente relacionadas con el objeto del concesionado” o para “la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos”. Tales adiciones no representen, en principio, un nuevo contrato sino modificaciones del contrato original. Estas adiciones que se hayan celebrado o se lleguen a celebrar en estos términos después de la entrada en vigencia de la ley 1250, en tanto no son nuevos contratos, se siguen rigiendo por el artículo acusado. Estas hipótesis facultan entonces a la Corte para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición censurada.

2.3 SEGUNDA CUESTIÓN PREVIA: EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

Varios intervinientes aseguran que los cargos de la demanda adolecen de pertinencia, especificidad y suficiencia. Por esta razón, procede la Sala a examinar si los cargos formulados por el actor cumplen con los requisitos señalados por el decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional:

2.3.1 Requisitos que deben reunir las demandas de inconstitucionalidad

2.3.1.1 El artículo 2° del decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad⁶. Concretamente, el ciudadano

que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición legal debe indicar con precisión el objeto demandado, el concepto de violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Estos tres elementos, desarrollados en el texto del artículo 2 del decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo.

2.3.1.2 En la sentencia C-1052 de 20017, la Corte precisó las características que debe reunir el concepto de violación formulado por el demandante. De acuerdo con este fallo, las razones presentadas por el actor deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

La claridad se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa.

El requisito de certeza exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión con el texto de la disposición acusada.

La especificidad demanda la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden a la Corte llevar a cabo un juicio de constitucionalidad.

La pertinencia se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el del precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones demandadas.

Finalmente, la suficiencia guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

2.3.2 Examen de la aptitud de los cargos formulados

El Ministerio de Transporte asegura que el cargo del demandante por violación de los principios de la función administrativa (artículo 209 superior) se basa en conjeturas subjetivas y razones de conveniencia. Por otro lado, el DNP sostiene que el cargo por desconocimiento del artículo 333 de la constitución no contiene un concepto de violación. El Ministerio de Hacienda, por su parte, asevera que todos los cargos son ineptos, puesto que parten de interpretaciones subjetivas del actor. Por lo anterior, solicitan que la Corte profiera un fallo inhibitorio.

Por el contrario, la Sala considera que la demanda bajo examen sí reúne el requisito de certeza, es decir, no parte de una interpretación subjetiva del demandante, pues como se señaló en la sección anterior, el precepto demandado sí permite la celebración de adiciones que incluyan obras nuevas “independientemente del monto de la inversión”. Además, los cargos son claros, específicos, pertinentes y suficientes, puesto que permiten entender las razones por las cuales -a juicio del actor- el que tales adiciones, dada la amplitud del precepto, no se sujeten a un proceso de selección objetiva, desconoce los fines de la función administrativa y otros principios constitucionales. Los argumentos del peticionario, además de ser de orden constitucional, son desarrollados con suficiencia y generan duda sobre la constitucionalidad de la disposición. Por estas razones, la Sala continuará con el estudio de constitucionalidad que la demanda propone.

2.4 PROBLEMA JURÍDICO

Establecida la competencia de la Corte para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1150 de 2007, es preciso definir los problemas jurídicos de mérito que se deben resolver en la presente providencia:

2.4.1 El demandante sostiene que el precepto demandado, específicamente la posibilidad de hacer prórrogas o adiciones (i) para la ejecución de “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y respecto de las concesiones viales, que se refieran al mismo corredor vial, e (ii) “independientemente del monto de la inversión”, vulnera los artículos 209, 273 y 333 de la Constitución, ya que (a) otorga un privilegio injustificado a quienes han suscrito contratos de concesión con el Estado, en tanto les permite ser beneficiarios de una adición o prórroga sin límite de cuantía y para ejecutar objetos diferentes al inicialmente contratado, sin tener que someterse a un proceso de

selección objetiva; (b) por esta vía, desconoce los principios de la función administrativa (artículo 209 superior), en particular, los de subordinación al interés general, igualdad, imparcialidad y eficiencia; (c) impide la libre competencia entre contratistas en perjuicio de los consumidores y usuarios (artículo 333 superior); y (d) desconoce el mandato constitucional de seleccionar a los contratistas del Estado mediante el mecanismo de licitación pública (artículo 273 superior).

2.4.2 El Ministerio de Transporte, el DNP, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el INCO defienden la constitucionalidad de la disposición, por cuanto consideran que (i) autoriza la prórroga o adición de los contratos de concesión con sujeción a requisitos razonables, ligados a la esencia de este tipo de contrato, y al análisis de variables técnicas de impacto, complejidad y condiciones exógenas de orden climático, topográfico, social, etc.; (ii) persigue una finalidad legítima, esta es aprovechar el conocimiento adquirido por el concesionario inicial y, por esta vía, ahorrar costos para la Administración y evitar dilaciones injustificadas derivadas de un nuevo proceso de selección; (iii) desarrolla los principios de eficiencia, economía y celeridad que rigen la función administrativa, y asegura la adecuada prestación de los servicios públicos y la primacía del interés general; (iv) no desconoce el principio de selección objetiva, ya que éste se garantiza cuando se elige al contratista del contrato inicial; (v) por esta misma razón, no vulnera el principio de libre competencia, el cual, en todo caso puede ser limitado para asegurar la prestación eficaz y eficiente de los servicios públicos, incluido el servicio de infraestructura; (vi) es una manifestación de la libertad de configuración del Legislador en materia de contratación estatal.

Por otra parte, el IDU solicita que la frase “independiente del monto de la inversión” se declare inexecutable, ya que conduce a la autorización de la adición o prórroga sin límite alguno, lo que desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Asevera que si la expresión resaltada se declara inexecutable, el artículo demandado podrá leerse de forma sistemática con el artículo 40 de la ley 80, el cual prevé que los contratos estatales no pueden adicionarse en más del 50% del valor inicial.

Finalmente, la Procuraduría solicita que la frase “de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” se declare inexecutable porque (i) permite que mediante las adiciones o prórrogas se modifique de forma sustancial el contrato inicial, (ii) desconoce los principios de selección objetiva e igualdad, pues impide que otras ofertas sean

escuchadas y consideradas por la Administración; y (iii) favorece la imprevisión y los diseños contractuales deficientes, ya que autoriza la adición o prórroga “para cubrir diseños financieros del proyecto que no se ajustaron a la realidad, sin que medie siquiera una evaluación de la causa y la responsabilidad de ese desajuste”.

2.4.3 En este orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si los principios de la función administrativa, especialmente los de igualdad, imparcialidad y eficiencia, y el principio de libre competencia, son desconocidos por el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150, en tanto permite la prórroga o adición de los contratos de concesión de obra pública (i) para la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado (en el caso de las concesiones viales, obras relacionadas con el mismo corredor vial) y, a juicio del demandante, (ii) sin límite de cuantía.

2.4.4 Para resolver este interrogante, la Sala se ocupará (i) de la racionalidad de la intervención del Estado en la economía, la eficacia y la economía como principios orientadores de la contratación estatal, (ii) de los fundamentos constitucionales y legales de la posibilidad de modificar los contratos estatales, (iii) de las características del contrato de concesión, (iv) del alcance de los principios de selección objetiva y libre concurrencia en la contratación estatal y (v) del origen de la disposición. Con fundamento en estas consideraciones se resolverá el caso concreto.

2.5 LA RACIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA, LA EFICACIA Y LA ECONOMÍA COMO PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ORIENTADORES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.5.1 El artículo 334 de la Constitución dispone que la intervención del estado en la economía tiene como finalidad la racionalización de las actividades en el ámbito económico. Según la doctrina, con la racionalidad se pretende anticipar de mejor manera las consecuencias futuras de las acciones⁸. De esta forma la Constitución le exige al Estado cuando interviene en la economía que considere las consecuencias futuras de sus intervenciones, es decir, lo obliga a analizar la adecuación entre los medios y los fines perseguidos, de modo que si los medios no son adecuados para cumplir el fin propuesto, la medida legislativa se torna inconstitucional.

A su turno, el artículo 209 superior indica que la función administrativa debe orientarse, entre

otros, por los principios de economía y eficacia. El primero, en armonía con el artículo 334, supone que la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. El segundo exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjuntos, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo-beneficios, es otras palabras, actuar de forma eficiente.⁹

Al respecto, vale la pena resaltar lo señalado en la sentencia C-035 de 19910:

“Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en si mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. (...)”

2.5.2 Estos principios son acogidos por la normativa sobre contratos en varias disposiciones. Por ejemplo, el artículo 25 de la ley 80 recoge los principios de economía y eficacia y, entre otros aspectos, señala que en los procesos contractuales del Estado (i) se debe tener “en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados” y (ii) los trámites se debe adelantar “con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato”. La ley 489 de 1998, a su turno, reitera que “[l]a función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.”

2.5.3 En consecuencia, los principios de racionalidad de la intervención del Estado en la

economía, economía y celeridad, de eminente naturaleza instrumental, deben guiar la contratación estatal, de modo que cualquier limitación desproporcionada de los mismos, debe traer como consecuencia la inconstitucionalidad de la respectiva medida. Ciertamente, la mejor relación costo beneficio (no solamente en términos monetarios, sino también sociales, ambientales, culturales, etc.) le permite al Estado contar con más recursos para satisfacer las otras necesidades de la población, y en esa medida, se tornan inconstitucionales aquellas medidas cuyo efecto sea elevar los costos de las actuaciones estatales injustificadamente.

2.6 LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

2.6.1 Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.¹¹ Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para "(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación", entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001¹², la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos -como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.¹³ Al respecto, vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009:

"La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado."¹⁴

2.6.2 La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de

los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo.¹⁵ En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso.

En este respecto, la Sala de Consulta en el concepto citado explicó en relación con la mutabilidad de los contratos de concesión de servicios públicos:

“Es claro que al cambiar el entorno en que se desenvuelve la prestación de un servicio público a la comunidad, en forma tal que afecte gravemente dicha prestación, independientemente de su previsibilidad, deben mutar las obligaciones del contrato que tienen que ver con tales cambios, o de lo contrario se estaría dando un servicio inadecuado a las nuevas realidades sociales, culturales o tecnológicas.

La realización del ideal de progreso también conlleva la necesidad de variar los contratos de concesión con miras a obtener la mayor satisfacción posible de las necesidades de la colectividad; fenómeno que ha sido estudiado desde antaño y a él se refieren los ejemplos transcritos anteriormente, dados por los autores Pareja y Sarria¹⁶. Hoy en día, la literatura jurídica habla de una cláusula presunta de progreso¹⁷ en los contratos de concesión de servicio público, haciendo especial énfasis en los cambios o adelantos tecnológicos. Como lo explica el argentino Juan Carlos Casagne, en esta frase: ‘En nuestra opinión, el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 CN¹⁸) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.’

En esta perspectiva doctrinaria, la mutabilidad constituye un principio interpretativo de los contratos estatales de especial trascendencia en la concesión de servicio público” (negrilla fuera del texto).

2.6.3 En el caso colombiano, la modificación puede ser fruto de un acuerdo de voluntades o

de una decisión unilateral de la entidad contratante en ejercicio de su función de dirección del contrato. En este sentido y en relación con la interpretación del artículo 16 de la ley 80, la Sala de Consulta aseveró:

“Un comentario inicial de este artículo consiste en distinguir entre las situaciones que permiten la modificación del contrato y los procedimientos para hacerlo. Las situaciones son la paralización y la afectación grave del servicio público, y los procedimientos son dos: el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel. No existe una reglamentación en la ley para buscar el acuerdo, de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cada vez que fuere necesario. Cabe anotar que, a pesar de su claridad, esta norma generalmente se interpreta y comenta bajo la exclusiva óptica de una potestad excepcional y por lo mismo unilateral, dejando de lado los necesarios análisis de la posibilidad de convenir modificaciones” (negrilla fuera del texto).

2.6.4 Ahora bien, como se indicó en ese concepto, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal.¹⁹ La Sala de Consulta explicó:

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los

contratantes”²⁰ (negrilla fuera del texto).

2.6.5 Es posible que la modificación sea necesaria aunque sea consecuencia de falta de previsión. En tal evento, si bien la modificación puede ser procedente, en tanto no sea imputable al contratista y de acuerdo con las reglas de distribución del riesgo, ello no exime a los funcionarios de la responsabilidad disciplinaria correspondiente.²¹ Al respecto, la Sala de Consulta en el concepto en cita indicó:

“Al respecto se observa que el artículo 16 no califica en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio, de manera que es indiferente que fueran conocidas o, si debieron serlo, si se previeron y fracasaron los mecanismos para su regulación, etc. En la actualidad, y dada la teoría constitucional que subyace en materia de prestación de servicios públicos a cargo del Estado, la mejor y más eficiente prestación de ellos, aún en caso de error o culpa de la administración, es razón suficiente para su modificación, (...)”.

2.6.6 Por último, es preciso resaltar que la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato.²² En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.²³

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que el plazo es un elemento accidental del contrato -no de su esencia ni de su naturaleza- y por ello puede ser materia de modificaciones. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, 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.”²⁴

Lo mismo ocurre con el precio, cuya adición, de conformidad con esta misma providencia, es además expresamente autorizada por el artículo 40 de la ley 80, siempre y cuando no exceda el 50% del valor inicial.

Respecto del objeto, existe un amplio debate jurisprudencial, como la Sala destacó al examinar su competencia para ocuparse de la demanda bajo estudio. En efecto, con fundamento en el artículo 58 del decreto ley 222 de 1983 que disponía: “En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviese vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 15 de marzo de 1990 -antes de la expedición de la ley 80- sostuvo:

“De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

Sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato. Y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; como por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redundaría en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional”²⁵ (negrilla fuera de texto).

Luego de la entrada en vigencia de la ley 80, en concepto del 17 de mayo de 1994, la Sala de Consulta y Servicio Civil afirmó que bajo la vigencia del decreto 222 de 1983, las prórrogas y adiciones de los contratos administrativos solamente podían versar sobre el plazo y el precio, y que, por el contrario, las reformas del objeto era auténticos contratos adicionales, es decir, nuevos negocios jurídicos. La Sala explicó:

“2) El artículo 58 del Decreto - Ley 222 de 1983 contemplaba la posibilidad de modificar los contratos que regulaba en cuanto al plazo y al precio; pero a la vez prescribía que no podrán ‘pactarse prórrogas automáticas’ (inciso 6o. ibídem). Además aunque la mencionada disposición se refería en su epígrafe a ‘los contratos adicionales’, en realidad no regulaba las adiciones a los mismos sino su reforma en relación con el plazo y el precio. Las adiciones, por lo mismo, debían ser objeto de nuevos contratos.

La misma disposición, teniendo en cuenta que la reforma de los contratos implicaba un nuevo acuerdo de voluntades, que debía completar el contrato, disponía que para efectuarla se debía suscribir ‘un contrato adicional’ que en realidad era una reforma del original. De donde se infiere que la reforma del contrato, que autorizaba el artículo 58 del Decreto - Ley 222 de 1983, necesariamente implicaba un nuevo acuerdo de voluntades, diferente del contrato original.

(...).

3) Si el tránsito de legislación implica que los contratos ya celebrados y en vigor se rigen por las correspondientes cláusulas contractuales y ‘las Leyes vigentes al tiempo de su celebración’ (la Sala destaca), las reformas o adiciones a esos mismos contratos, en cuanto implican nuevos acuerdos de voluntades, no se rigen por los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 78 de la Ley 80 de 1993, sino por la nueva legislación: si la ley garantiza los convenios o contratos celebrados, para que se rijan por la ley vigente en la fecha de su perfeccionamiento, los nuevos convenios, adiciones reformas o prórrogas de los mismos, no están comprendidos por este tratamiento de excepción y se rigen por la nueva legislación. La mejor prueba de ello consiste en verificar que las prórrogas, reformas o adiciones de los contratos se pueden convenir o no, sin que ellos pierdan su propia entidad; lo que permite concluir que las reformas y adiciones son sobrevinientes o posteriores al contrato original”²⁶ (negrilla original).

Posteriormente, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia del 24 de agosto de 2005, indicó:

“Además, en dicha disposición [artículo 40 de la ley 80] se estableció claramente que cualquier estipulación de las partes contratantes, que tenga relación directa con el objeto del contrato Estatal, debe llevarse a cabo a través de la firma de un nuevo contrato, lo cual se deduce de dicha formulación normativa, donde la adición del contrato, que es distinta del contrato adicional, se admite expresamente para adicionar su valor no más allá del 50% del valor inicial del contrato, no para modificar su objeto, puesto que este elemento esencial de los contratos tan solo puede sufrir mutaciones por vía del contrato adicional. Esto se deduce de lo normado en las siguientes disposiciones de la misma Ley 80 de 1993: [artículos 16 y 41 de la ley 80]

(...)

Tan cierto resulta ser que la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional, que por estar en presencia de un nuevo objeto (no puede ser el mismo objeto aquel que ha sido modificado por adiciones), debe existir un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine y que de paso fije el precio que por el mismo cancelará la administración; además, por tratarse de un objeto adicionado, en el que la prestación debida ya no es la misma por haber sido ampliada, es claro que las garantías constituidas por el contratista para el contrato inicial no cubren ese nuevo objeto, respecto del cual no puede llamarse a responder al garante, siendo necesario que sobre dicho objeto adicional se constituyan las garantías previstas en la Ley.” 27

Finalmente, en sentencia del 26 de enero de 2006, la Sección Quinta del Consejo de Estado señaló que la modificación del contrato estatal puede consistir solamente en la variación del precio o el plazo, y que cualquier reforma del objeto en realidad es un contrato adicional nuevo. En este sentido, explicó:

“Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacionales consideran que las nociones de contrato adicional y de adición de contrato no corresponden a la misma figura jurídica. Así, mientras que por el primero se entiende aquel contrato que implica una modificación fundamental del convenio inicial, la segunda se refiere a una mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto.”28

A continuación, aseveró:

“Con todo, la posición del Consejo de Estado, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha sido la de que cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato²⁹”³⁰ (negrilla fuera del texto).

Por el contrario, en concepto del 18 de julio de 2002, al referirse al contrato de obra pública, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado afirmó que la adición puede comprender una ampliación del objeto del contrato, en el caso del contrato de obra, de su alcance físico. Al respecto, señaló:

“Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera ‘adición’ a un contrato³¹ cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato”³² (negrilla fuera del texto).

La Sala estima que esta discusión debe ser resuelta a favor de la primera posición, esto es: la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato; permitir lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización. Es este sentido debe entenderse el citado concepto del 18 de julio de 2002 sobre el contrato de obra.

Ciertamente, en el caso de ese contrato en particular, es posible la inclusión de mayores cantidades de obra sin que ello siempre signifique la transformación del objeto. Esto lleva a la Corte a recordar el objeto de un contrato debe analizarse en cada caso, a la luz de la normativa que rige cada tipo de negocio y de las cláusulas pactadas y los demás documentos que hacen parte del contrato.

2.7 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

2.7.1 Elementos del contrato

2.7.1.1 El artículo 32.4 de la ley 80 de 1993 define los contratos de concesión así:

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

Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión -especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.³³

El objeto de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la ley 80, es delegar a una persona -concesionario- “(...) [i] la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o [ii] la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o [iii] bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio”. Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuren las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales.

La remuneración puede consistir “(...) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual”, entre otras posibilidades.

El plazo debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.³⁴

El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato por su cuenta y riesgo, lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, pero bajo la vigilancia y control de la entidad contratante.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el concepto “bajo la vigilancia de la entidad contratante” se refiere a la facultad que conserva la entidad de dar instrucciones en torno a la ejecución del contrato, particularmente sobre cómo se debe prestar el respectivo servicio público, construir la obra o explotar el bien.³⁵ Como se indicó en la sentencia C-250 de 1996³⁶, esta facultad, que tiene fundamento en el artículo 365 superior, exige diferenciar entre “(...) los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).” La facultad de vigilancia se refiere solamente al primer aspecto. Adicionalmente, la vigilancia estatal debe dirigirse a impedir que el concesionario abuse de su posición dominante frente a los usuarios de la obra, bien o servicio.

De otro lado, sobre el concepto de desarrollo del objeto por el concesionario “bajo su cuenta y riesgo”, la Corte ha señalado que hace referencia a la asunción del riesgo del fracaso o

éxito por el concesionario, sin perjuicio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con los principios generales de la contratación estatal.³⁷ Es por ello que bajo este tipo de transacciones, el contratista asume la mayor parte de la inversión que requiere la ejecución de la concesión, con la expectativa de amortizar la inversión y obtener su remuneración en el plazo del contrato.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el contrato de concesión, por su finalidad, involucra la cláusula de reversión, así las partes no la pacten.³⁸ Según esta cláusula, al finalizar el contrato, los elementos y bienes afectados para su desarrollo, se vuelven de propiedad de la entidad contratante, sin necesidad de remuneración adicional (artículos 14.2 y 19 de la ley 80). Por el contrario, antes de que termine el contrato, el concesionario mantiene el control y el derecho de uso de los bienes afectados por el contrato.

2.7.1.2 Recientemente, la ley 1508 de 2012 se ocupó nuevamente de la materia al introducir la denominación de las “asociaciones público privadas” proveniente de la literatura internacional³⁹. Su artículo 1° define estas asociaciones como “(...) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.” A continuación, el artículo 2° precisa que las concesiones - artículo 32.4 de la ley 80- son una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibídem, se deben regir de forma específica por esta ley cuando su precio exceda los 6.000 smmlv.

En relación con la regulación del contrato, vale la pena destacar las siguientes disposiciones:

Respecto a la remuneración, el artículo 3 prevé que “[e]n estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.” Luego, el artículo 5 agrega que “[e]l derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos

públicos o a cualquier otra retribución, (...) estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento”, con lo que se buscó incluir indicadores de calidad para evaluar el desempeño del contratista.

En materia de distribución de riesgos, el artículo 4 dispone que uno de los principios que debe guiar estas asociaciones es que los riesgos se repartan de forma eficiente, “(...) atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”.

Por último, sobre el plazo del contrato y las prórrogas, el artículo 6 zanjó la discusión mediante la fijación de un plazo máximo de 30 años, incluidas prórrogas, sin perjuicio de que se puedan establecer términos mayores, previo concepto favorable del CONPES.⁴⁰

2.7.1.3 A partir de estas definiciones, es posible deducir tres tipos de contratos de concesión: el de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos. En esta oportunidad la Sala se enfocará en el contrato de concesión de obra pública.

Este contrato tiene por objeto, en términos generales y de conformidad con el artículo 32.4 de la ley 80: (i) la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, (ii) y las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra o para hacerla útil, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión. Estas últimas actividades son llamadas por algunas legislaciones y doctrinantes “obras accesorias” y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación (a) de obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) de obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; (c) de obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.

En este sentido, por ejemplo, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España prevé que en el contrato de concesión de obra: “(...) podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor

funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.”

En concordancia, algunos doctrinantes españoles señalan que el contenido “necesario” de un contrato de obra pública es: “a) La explotación de las obras públicas conforme a su naturaleza y finalidad. || b) La conservación de las obras. || c) La adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios y actividades a los que aquéllas sirven de soporte material. || d) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales”.⁴¹

Esta descripción general del objeto por su puesto no desconoce las especificidades que se establezcan en el respectivo contrato; en otras palabras, el objeto del acuerdo depende de los documentos que integran el contrato, el cual en todo caso debe ajustarse en términos generales a los parámetros del artículo 32.4 de la ley 80.

Por otra parte, los riesgos de ejecución del objeto son en su mayoría asumidos por el concesionario. Estos comprenden usualmente aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra.⁴² Como el concesionario se obliga a soportar la mayor parte de los riesgos, se crean incentivos para que obre de manera eficiente e invierta en innovaciones que le permitan reducir sus costos.⁴³

El contrato también se caracteriza por que la remuneración del concesionario usualmente se obtiene a partir de la explotación de la obra⁴⁴, mediante el cobro de peajes y/o contribución por valorización a los usuarios o beneficiarios de la misma. En el caso de los peajes, la autorización de cobro se extiende regularmente hasta que el contratista recupere la inversión y obtenga la remuneración en los términos pactados. Es de acuerdo con este criterio con que se fija entonces el plazo del contrato.⁴⁵ En suma, la remuneración del concesionario es regularmente fruto de la explotación de la obra y de los servicios derivados

de ella.

Finalmente, en materia de garantías, este contrato se caracteriza por la posibilidad de dividir la garantía según las etapas en las que se estructure el contrato y por la obligación del concesionario de prorrogar las garantías en cada una de las etapas subsiguientes (artículo 9 del decreto 2474 de 2008, modificado por el decreto 2493 de 2009).

2.7.1.4 Existen a su vez diferentes modalidades del contrato de concesión de obra pública. Por ejemplo, la ley 105 de 1993 “por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones” regula específicamente el contrato de concesión de obra de infraestructura de transporte.

En efecto, el artículo 30 de la ley 105 dispone:

“ARTÍCULO 30. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

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

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

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

PARÁGRAFO 1o. Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

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

PARÁGRAFO 3o. Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retomo al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.”

Adicionalmente, el artículo 31 permite la titularización de los proyectos junto con la administración de los recursos mediante patrimonios autónomos, con el fin de asegurar las inversiones necesarias para su financiación. Por su parte, el artículo 32 ibídem establece que en estos contratos solamente se puede hacer uso de las cláusulas excepcionales de modificación, interpretación y terminación unilaterales, y únicamente mientras el concesionario cumple la obligación de realizar las inversiones de construcción o rehabilitación. Por último, el artículo 33 dispone, en materia de remuneración, que la entidad concedente puede establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad, o acordar que cuando los ingresos de la concesión sobrepasen cierto tope, los excedentes se trasladen a al entidad contratante, se empleen para reducir el plazo de la concesión o se utilicen para financiar obras adicionales dentro del mismo sistema vial.

2.7.2 La importancia del principio de planeación en el contrato de concesión

2.7.2.1 El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería,

suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos⁴⁶.

Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

De otro lado, se relaciona con el principio de libre competencia -manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables⁴⁷. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación.

2.7.2.2 El principio de planeación es recogido por el artículo 25.12 de la ley 80 -modificado por la ley 1474 de 2011, el cual dispone en lo pertinente:

“Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.”

2.7.2.3 En el caso de las concesiones de obra, los estudios previos deben estar dirigidos a establecer, entre otros aspectos, los predios necesarios para llevar a cabo la construcción, los flujos de tránsito o la demanda del servicio (especialmente si la financiación provendrá del cobro de tasas como los peajes), los impactos ambientales y sociales, y las condiciones geográficas y climáticas del área a intervenir. Estos estudios son indispensables para delinear los riesgos y así poder fijar el alcance del objeto, la distribución de los riesgos entre las partes, el plazo, la forma de remuneración, el precio y los remedios para las contingencias previsibles, entre otros aspectos del contrato.

2.7.2.4 Ahora bien, no es necesario que toda esta información sea suministrada exclusivamente por la entidad contratante. Ciertamente, en atención a la importancia de la iniciativa privada en esta materia, la normativa permite que los interesados participen en la delimitación del contrato y aporten su conocimiento y experiencia en la etapa precontractual. En este sentido, la ley 1508 contiene un capítulo específico para las asociaciones público privadas de iniciativa privada en el que se prevé que los particulares pueden estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, “(...) por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes” (artículo 14)⁴⁸. Además, en algunos casos, por razones de eficiencia, la elaboración de estudios y diseños puede encargarse al contratista como parte del contrato.

2.7.2.5 En resumen, en materia de concesiones, los estudios previos deben ser lo más precisos posibles para que (i) los interesados puedan establecer el riesgo y calcular si los flujos del proyecto serán suficientes para cubrir los costos, pagar las deudas y generar una

remuneración equitativa durante el plazo pactado; y (ii) las partes puedan establecer el esquema de distribución de riesgos que más se acomode a las características del negocio y las circunstancias en las que se ejecutará⁴⁹. Esta información asegura entonces que el equilibrio económico del contrato no se alterará en perjuicio de los intereses estatales y que, de otro lado, el contrato será ejecutado sin contratiempos en beneficio de la comunidad destinataria.

2.7.3 Modificación de los contratos de concesión

2.7.3.1 Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas.⁵⁰ Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación⁵¹. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo⁵².

Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de

que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal -como la libre competencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas.⁵³

En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que la modificación debe obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado. En el mismo sentido, es necesario destacar la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 22 de julio de 2009, en la que se precisó además que no debe tratarse de riesgos que hayan sido expresamente asumidos por el contratista:

“Considera la Sala que, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume ‘un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública’ pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.

Como se indicó precedentemente, son los riesgos externos o extraordinarios los que configuran la teoría de la imprevisión y, por ende, deben ser demostrados por quien los alega. Así, la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento

ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es además imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.”⁵⁴

2.7.3.2 En atención a las anteriores consideraciones, la Corte ha declarado exequible la posibilidad de introducir modificaciones a los contratos de concesión, cuando sea necesario para mantener el equilibrio del contrato o para introducir nuevos requerimientos que conduzcan a una mejor prestación del servicio involucrado en la concesión.⁵⁵

En relación con el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la jurisprudencia se ha basado en la idea de que si bien es cierto el concesionario asume la mayor parte de los riesgos, no está obligado a asumir la carga pecuniaria de cambios de las condiciones de ejecución imprevisibles, que no se comprometió a soportar y que no le son imputables. Para remediar esta situación, es posible introducir ajustes, por ejemplo, en el plazo, con el fin de permitir al concesionario recuperar los mayores costos directamente relacionados con las circunstancias imprevisibles cuyo riesgo de ocurrencia no asumió.

Con fundamento en estas consideraciones, por ejemplo, en la sentencia C-068 de 200956, la Corte declaró exequibles las expresiones “Las concesiones serán prorrogables hasta 20 años más”, y “Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos”, esta última “entendiéndose que cuando el Gobierno haga uso de esta facultad deberá tener en consideración, además de los parámetros establecidos en la ley, criterios objetivos que contribuyan a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios”, del artículo 8º de la ley 1º de 1991 sobre contratos de concesión portuaria. En criterio de la Corte, el esquema de concesión portuaria implica inversiones a cargo de las sociedades portuarias, cuya amortización puede tardar varios años. Dicho periodo en muchas ocasiones no es del todo previsible, dadas las limitaciones de información. Por ello concluyó que es razonable que la ley habilite al Gobierno para otorgar excepcionalmente a una concesión portuaria un plazo mayor de explotación o prórroga, cuando fuere necesario para que en condiciones normales y razonables de operación, los concesionarios puedan recuperar el valor de las inversiones, y así estimular a las empresas a prestar servicio al público en los puertos nacionales. En todo caso, la Corte hizo énfasis en que tal posibilidad es excepcional y debe justificarse en (i) “(...) los requerimientos de la operación como son la recuperación del

valor de las inversiones y el estímulo a realizar la prestación del servicio al público en las instalaciones portuarias”, y (ii) el mejoramiento de la prestación del servicio público, por ello condicionó la exequibilidad de la expresión “Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos”.

Respecto de la modificación del contrato por razones de interés general, por ejemplo, en la sentencia C-350 de 199757, la Corte avaló la constitucionalidad de la introducción por vía legal de modificaciones al contrato de concesión de servicios públicos cuando tenga fundamento en este objetivo, en particular, el establecimiento de límites a la posibilidad de prorrogar los contratos. Por esta razón declaró ajustado a la Carta el artículo 10 de la ley 182 de 1995 que limitó la prórroga de los contrato de concesión de espacios de televisión pública.

2.8 PRINCIPIOS DE SELECCIÓN OBJETIVA Y LIBRE CONCURRENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. LÍMITES A LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

2.8.1. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa.⁵⁸

2.8.2. Estos razonamientos fueron inicialmente recogidos en el artículo 29 de la ley 80, en el que se precisaba que la selección del contratistas debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección. En ese momento el legislador consideró que la ponderación de diversos criterios definidos en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio -no un precio menor al definido en los pliegos, era la mejor forma de seleccionar objetivamente al contratista. Luego, el artículo 30 señaló la licitación pública como el mecanismo de selección de los contratistas del Estado por excelencia, sin perjuicio de otros mecanismos que para circunstancias especiales o según el

tipo de negocio previera el legislador.

El artículo 29 de la ley 80 fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150, y la materia fue nuevamente regulada en el artículo 5 ibídem. En esta última disposición se establecieron los siguientes criterios generales para la selección del contratista: (i) la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; (iii) el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planea adquirir bienes y servicios de características uniformes; y (iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores.

El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia. Al respecto, en la sentencia C-815 de 200162, esta Corporación explicó:

“El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión.”

Luego, en la sentencia C-713 de 200963, la Corte agregó:

“La libre concurrencia, entraña, entonces, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.”

Este principio se relaciona con el derecho a la libre competencia y otras libertades económicas, en tanto (i) el contrato estatal es una fuente de ingresos importante para el sector privado y, por tanto, un espacio para el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa; y (ii) la libre concurrencia permite competencia entre las personas en capacidad de ofrecer el mismo bien o servicio.

Por otra parte, el principio de igualdad entre proponentes asegura que todos los que concurren reciban el mismo tratamiento y sus propuestas sean valoradas a la luz de los mismos criterios.

2.8.4. Estos criterios, en tanto desarrollan los principios de transparencia, igualdad, moralidad y eficiencia de la función administrativa, entre otros (artículo 279 superior), así como el derecho a la libre competencia (artículo 333 superior) y el principio de igualdad (artículo 13 superior), adquieren especial importancia constitucional, al punto que su limitación desproporcionada ha dado lugar a la declaración de inexecutable de algunos preceptos legales.

Por ejemplo, en la sentencia C-350 de 199764, la Corte declaró executable el artículo 10 de la ley 182 de 1995, que prohibió la prórroga ilimitada de los contratos de concesión de espacios de televisión pública. En sentir de la Corporación, la prórroga de los contratos sin limitación otorgaba una ventaja injustificada a los concesionarios y restringía de forma desproporcionada la participación de otros oferentes, así como el acceso al espectro

electromagnético y derecho a fundar medios de comunicación. La Corte explicó:

“Para la Corte, si se tiene en cuenta el cupo limitado de frecuencias y espacios y la imposibilidad de que ‘todos’ los ciudadanos que lo deseen puedan ejercer efectivamente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran del uso del espectro electromagnético, un sistema que prevea prórrogas como la descrita, que privilegie a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75 de la Carta.”

Luego, en la sentencia C-949 de 200165, la Corte declaró inexecutable la expresión “automática” del artículo 36 de la ley 80, en tanto autorizaba la prórroga automática de los contratos de concesión de telecomunicaciones. A juicio de la Corte, la prórroga automática de dichos contratos por un lapso igual al del contrato inicial, vulneraba el principio de libre competencia y restringía la igualdad de oportunidades para acceder al espectro electromagnético, lo que constituía un desconocimiento de los artículos 333 y 75 superiores. La Corte sostuvo:

“En efecto, aún cuando en materia de la contratación estatal el legislador está dotado de un amplio margen de configuración normativa, que en principio lo habilitaría para diseñar mecanismos que le permitan a las entidades estatales lograr la continuidad en la prestación de los servicios públicos -como el de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones-, no encuentra la Corte una justificación objetiva y razonable para restringir mediante la medida cuestionada el derecho a la libre competencia de los demás oferentes que se encuentren condiciones técnicas y financieras para desarrollar este objeto contractual.”

No obstante, la Corte resaltó que la posibilidad de prorrogar los contratos en sí misma no es inconstitucional, sino su prórroga automática, es decir, sin que la entidad contratante tenga la oportunidad de examinar si esa es la opción que más se aviene a los fines del respectivo contrato. La Corte explicó:

“Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo

36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anoto, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos.”

2.9 ORIGEN DE LA DISPOSICIÓN

2.9.1 La disposición demandada de la ley 1150 de 2007 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.”

2.9.2 El tema de este artículo fue introducido en el primer debate en Senado de la siguiente forma:

“Artículo 15. La prórroga de los contratos de concesión sometidos a la Ley 80 de 1993 podrá hacerse por una sola vez y deberá estar precedida de un estudio técnico y económico publicado, así como de la renegociación de las condiciones para su ejecución. En ningún caso habrá lugar a la prórroga automática de tales contratos.

Vencida la prórroga a que se refiere el inciso anterior los concesionarios no quedarán inhabilitados para participar en futuras licitaciones en las que se otorguen en concesión los mismos bienes.

Parágrafo. El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, serán de 10 años prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá lugar a prórrogas automáticas ni gratuitas.

Parágrafo Transitorio. Los contratos de concesión vigentes a la fecha en que entre a regir la

presente ley se regirán por las disposiciones vigentes al momento de su celebración. Una vez finalizado el plazo inicial de dichos contratos, la prórroga se regulará conforme a lo previsto en este artículo.”⁶⁷

2.9.3 Después del primer debate, el INCO y la Cámara Colombiana de Infraestructura formularon recomendaciones acerca del proyecto de artículo. El primero llamó la atención sobre la imposibilidad de establecer un periodo único para los contratos de concesión de infraestructura, “(...) toda vez que esto implicaría que al momento de cumplir el período impuesto, el Estado tendría que asumir la carga financiera de los proyectos y debido a la imposibilidad de determinar los montos de inversión para rehabilitación, operación y mantenimiento de las distintas carreteras del país, los corredores férreos y los distintos puestos, quedarían inconclusas las obras, se deteriorarían las existentes y el Estado sería el único y directo responsable de la situación”⁶⁸, sin tener recursos para el efecto. De otro lado, la segunda aseveró lo siguiente en relación con la limitación de la posibilidad de prorrogar los contratos:

“(...) la limitación de la prórroga de las concesiones a una sola vez, puede implicar la renuncia del Estado a una herramienta efectiva y eficaz para solucionar necesidades de las comunidades beneficiarias de los proyectos de infraestructura cuando las adiciones (traducidas en ingreso esperado, en concesiones viales de segunda o tercera generación) sean complementarias o ligadas al desarrollo del proyecto originalmente concesionado. En estos casos, la prórroga es una alternativa a la destinación de recursos del Presupuesto Nacional, particularmente útil en momentos de estrechez fiscal.”⁶⁹

Pese a estas intervenciones, los ponentes para segundo debate⁷⁰ consideraron: “(...) no resulta procedente permitir que las concesiones puedan ser prorrogadas de manera indefinida, por cuanto ello limitaría la libre competencia en los procesos de contratación estatal la cual por supuesto redundaría en la posibilidad de seleccionar la oferta más favorable a los intereses de la entidad.”⁷¹ Por esta razón insistieron en el texto aprobado en primer debate.

“Artículo 15. Las Concesiones sometidas a la Ley 80 de 1993 actuales y futuras no podrán adicionarse en inversiones acumuladas superiores al 60% del valor actualizado del contrato, entendido este como la sumatoria de los recursos previstos para el pago del Contrato de

Concesión.

No habrá prórrogas automáticas en las Concesiones.

Parágrafo. El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, serán de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuitas.”⁷²

2.9.5 Luego, en la ponencia para primer debate en Cámara, los ponentes sugirieron la eliminación del artículo en cuestión, por las siguientes razones:

“1. En la Ley 80 de 1993 no existe antecedente sobre esta norma. Es decir, se trata de una disposición nueva. En el proyecto inicial presentado por el Gobierno, no se incluyó.

2. Generalizar la adición para todos los contratos de concesión no resulta conveniente, teniendo en cuenta que todas las concesiones no son iguales y que dependiendo del servicio, obra o gestión que se realiza, se rigen por diferentes normas y estatutos.

(...)

Para las concesiones que tienen por objeto la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial se rigen por la Ley 105 de 1993.

(...)

Como se observa, dependiendo del objeto de la Concesión existe una regulación especial y específica. Además debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión son conmutativos lo cual determina la reciprocidad tanto en los derechos como en las obligaciones de los contratantes y no se entendería cuál sería el beneficio para la entidad al disponerse una Adición para un contrato que ha tenido por objeto la construcción o conservación de una obra, bajo el entendido de que dentro del plazo estipulado el contratista no sólo ha ejecutado la obra en concesión sino que además ha recibido el retorno de la inversión, luego al autorizarse una prórroga sobre qué obra terminada y ejecutada el Estado no recibiría ninguna compensación, y estaríamos frente a un contrato gratuito, expresamente prohibidos en la Administración Pública.

(...)

Por las anteriores consideraciones se suprime del proyecto el referido artículo, considerando lo más conveniente expedir un estatuto o ley marco de concesiones, o regular dentro de cada régimen en particular lo relativo a las prórrogas”73 (negrilla original).

No obstante, el proyecto de artículo sí fue aprobado por la comisión primera constitucional de la siguiente forma:

“Artículo. De la adición y prórroga de los contratos de concesión de obra pública. El valor de los contratos de concesión de obra pública podrá adicionarse hasta en un sesenta por ciento (60%) del valor inicial del contrato, siempre y cuando no implique modificación del objeto contractual.

No habrá prórrogas automáticas en las Concesiones”74 (negrilla original).

La reincorporación del artículo obedeció al argumento de que si bien es conveniente expedir un estatuto o ley marco de concesiones, o que dentro de cada régimen que regula las concesiones en particular, regular lo relativo a prórrogas, “(...) ello no es óbice para que el ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACION PUBLICA pueda ocuparse de la materia.”75

2.9.6 Los ponentes para segundo debate en Cámara sugirieron también incluir los siguientes temas:

“Artículo 28.

Sobre el artículo de prórrogas y adiciones aprobado en Comisión y que correspondía al inciso 2° del artículo 31, por regular concesiones diferentes (obra pública y telecomunicaciones) se establece el régimen de cada una de manera independiente. Así en el artículo siguiente se regula lo relativo a las concesiones de obra en tanto que en el presente artículo se establecerá el régimen de las prórrogas en materia de telecomunicaciones y televisión.

Artículo 29.

El artículo se restringe a las concesiones de obra pública, limitándose el porcentaje previsto para la adición al valor inicial del contrato y se elimina la alusión a la sumatoria de las

inversiones previstas para el pago del contrato que permitía interpretaciones conforme a las cuales no habría un límite real. Se delimita el concepto de adición siempre y cuando no implique modificación del objeto contractual”⁷⁶ (negrilla original).

Luego, en el marco del debate, el Ministro de Transporte explicó lo siguiente para respaldar una propuesta sustitutiva suscrita por 40 representantes:

“Tenemos en la estructura legal de Colombia dos problemas graves:

El primero. Es que las adiciones de concesiones están en el limbo jurídico y hay que aprovechar la modificación de la Ley 80, para establecer reglas que clarifiquen el proceso de adición de las concesiones de obra pública.

En segundo lugar. Dentro de ese limbo jurídico, tenemos un gran inconveniente, para aprobar el Plan de Desarrollo y el Plan Decenal que comprenden el artículo 142, unas obras de doble calzada a las que aspira la Nación, llevarlas a feliz término, como quiera que hay unas nueve o diez concesiones, particularmente de primera generación, que tienen por objeto el mantenimiento de un corredor vial, y esto tiene una duración legal prolongada que impediría en las condiciones actuales convertirlas en doble calzada.

En el artículo 142, del Plan de Desarrollo, ustedes aprobaron las concesiones de doble calzada que están en marcha, las que están para adjudicar y las que salen en proceso de estructuración y de adjudicación, pero les voy a leer las que se aprobaron a doble calzada, que hoy no sería posible sin esta modificación llevarlas a doble calzada.

(...)

Esas vías, entre las que mi memoria tiene presente, fueron aprobadas en el Plan de Desarrollo, y son calzada sencilla, se requieren instrumentos para que pasen a doble calzada, no se puede sacar una licitación para en ese corredor hacer una calzada paralela por interferencia con el corredor actual, y se requiere eliminar el limbo jurídico que hay actualmente en la adición de concesiones. Es clarísima la Ley 80 y queda ratificada aquí, que en obra pública se puede adicionar por presupuesto, el 50% del presupuesto sin límite en el tiempo.

Hemos concertado actores gubernamentales, y ha sido respaldada esta proposición por unos

40 Representantes, para poner los siguientes límites, que se limite el tiempo de usufructo de las concesiones, al 60% del tiempo; es decir, que no haya ninguna concesión de infraestructura vial de orden nacional que pueda ser adicionada en más de 60% del plazo, y que se pueda establecer con diversos orígenes de recurso, para sistemas de doble calzada y limitación en el recurso, con el condicionante de que toda adición debe ser previamente aprobada en el orden nacional por el Consejo de Política Económica y Social (Conpes).

Entonces, he puesto a consideración esa modificación del artículo 29, a la Plenaria de la Cámara, que nos permite esas condiciones, señor Presidente”⁷⁷ (negrilla fuera del texto).

La representante Liliana Barón objetó esta propuesta en los siguientes términos:

“(…). Le entiendo su preocupación frente a las dobles calzadas; pero es claro, además como lo dice aquí, en el artículo no se podrá adicionar en ninguna forma el objeto, un kilómetro de vía más, es ampliación del objeto contractual, por lo tanto, no se cumpliría esta condición.

Dos. En el evento en que se necesite hacer la doble calzada, cuál es la razón o por qué, si se contrata una nueva licitación como tal, no puede dejar el Concesionario hacer la obra, no le veo ningún sentido porque igual el Concesionario va a tener que hacer la obra y va a tener las mismas dificultades que si fuera otro contratista, así que se tendría que acomodar a estas condiciones.

Además, señor Ministro, como lo sabe usted, en estos tipos de contratos de concesión, generalmente cuando se oferta, es claro que el Concesionario tiene una tasa interna de retorno por debajo de la mitad del plazo; entonces, por qué le vamos a sumar un 60% más, me parece que es muy viable hacer perfectamente una concesión diferente.

Es el caso que mientras tanto tengan que tener la vía los otros concesionarios, simplemente se empieza a pagar el tema de la concesión de la vía de la doble calzada a los otros concesionarios cuando la terminen y ahí sí se recoge toda la concesión, pero no es impedimento para hacer un proceso común y corriente contractual.

No le veo ningún impedimento señor Ministro, por lo cual no me parece que esa proposición sea aducible (sic), todos los contratos son hasta el 50% y yo pienso que así debe seguir siendo en la contratación pública, porque ese tipo de excepciones dan precisamente para

que no sea igualitaria las condiciones y se generen abusos en las administraciones públicas. Muchas gracias, señor Presidente”⁷⁸ (negrilla fuera del texto).

A continuación, el Ministro de Transporte replicó:

“En primer lugar. Ningún contrato puede cambiar el objeto, no puede ser modificado el objeto, y la proposición lo establece.

Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial, sí, le voy a explicar. Lo concesionado, siempre es el corredor vial, es el objeto del contrato. El corredor vial, no se puede en ningún contrato, ni de obra pública, ni de concesión, ni de ninguna naturaleza, cambiar el objeto contractual; es decir, en las concesiones el objeto contractual es el corredor vial.

Ahora bien, la inquietud suya es esta, ¿por qué no se saca una licitación para la calzada paralela? En la mayor parte de los casos no es posible, en primer lugar tiene que tener la anuencia del concesionario de ese corredor, porque lo afecta de varias maneras”⁷⁹ (negrilla fuera del texto).

Para confirmar esta forma de entender el precepto, el representante Germán Varón Cotrino señaló:

“(…). Yo no he compartido el texto del artículo, hasta no tener una claridad jurídica, por una razón, porque considero que en una concesión el mejor elemento para poder prorrogarla es una licitación pública, sin embargo hay un argumento que ha expuesto el Ministro, en las diferentes reuniones que hemos tenido, y que a mí me ha persuadido de acompañarlo en esta proposición, que tiene que ver con que cuando se hace la concesión, lo que se concede es el corredor no solo la vía, primero” ⁸⁰ (negrilla fuera del texto).

A partir de este debate, el texto que se aprobó en la plenaria de la Cámara por votación nominal de 85 a favor y 4 en contra, fue el siguiente:

“ARTÍCULO 29. De la prórroga o adición de concesiones de obra pública. En los contratos de concesión de obra pública, las prorrogas o adiciones no podrán implicar extensión del plazo estimado inicialmente en más de un sesenta por ciento (60%), independientemente del monto de la inversión. Si la prórroga o adición se debe a la inclusión de obra adicional, esta

debe relacionarse directamente con el objeto concesionado. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

En caso de acreditarse ruptura del equilibrio contractual podrá otorgarse plazo adicional en exceso del previsto en el inciso anterior hasta lograr restablecimiento del mismo.

Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública Nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES-

No habrá prórrogas automáticas en los contratos de Concesiones.

Parágrafo 1.- En el caso de los contratos de concesión en curso a la entrada de vigencia de la presente ley, se tendrán en cuenta todas y cada una de las adiciones que se hayan hecho al mismo desde su inicio, para efectos de contabilizar el límite del sesenta por ciento (60%) señalado en este artículo.

En aquellos casos en que el límite del sesenta por ciento (60%) ya se hubiere superado, no habrá lugar a la celebración de contratos adicionales” 81 (negrilla fuera del texto).

2.9.7 Finalmente, en el informe de conciliación, los miembros de la comisión accidental informaron lo siguiente:

“Sobre el artículo de prórrogas y adiciones en los contratos de concesión de obras públicas y de telecomunicaciones incluidas las de televisión, por regular concesiones diferentes (obra pública y telecomunicaciones) se establece el régimen de cada una de manera independiente.

(...)

En cuanto a la prórroga o adición de concesiones de obra pública, se estipula que las prórrogas o adiciones no podrán implicar extensión del plazo estimado inicialmente en más de un sesenta por ciento (60%) independientemente del monto de la inversión. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial y que requerirán concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes. En este artículo se elimina el parágrafo 1°, en tanto que el parágrafo 2°, relacionado con los contratos estatales de alumbrado público por unidad temática pasa a ser artículo independiente.”82

Así, en el texto conciliado se incluyó el artículo en los siguientes términos:

“Artículo 28. De la prórroga o adición de concesiones de obra pública. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes.

No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones”⁸³ (negrilla fuera de texto).

2.9.8 Como se puede apreciar, la aprobación del precepto acusado estuvo precedida de un amplio debate en el Congreso, el cual se caracterizó por una preocupación por buscar mecanismos para garantizar los principios de transparencia y selección objetiva en la modificación de los contratos de concesión. Además, durante la mayor parte del debate se contempló la posibilidad de adicionar el valor del contrato, y se buscó evitar que por vía de modificaciones, se varíe el objeto concesionado. La posibilidad de incluir “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” surgió en el segundo debate en Cámara, por iniciativa de 40 representantes respaldados por el Ministro de Transporte. Su objetivo principal fue permitir la adición de varios contratos de concesión de infraestructura vial en curso, para que el mismo concesionario realice las obras de calzada adicional. Tales obras fueron entendidas por los representantes que votaron a favor de la propuesta sustitutiva, como obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, el cual, en su criterio, no es la construcción de la vía sino del corredor vial que une dos o más puntos geográficos.

2.10 EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DE LA DISPOSICIÓN ACUSADA

Corresponde ahora a la Sala determinar si los principios de la función administrativa, especialmente los de igualdad, imparcialidad y eficacia, y el principio de libre competencia, son desconocidos por el precepto demandado, en tanto permite la prórroga o adición de los

contratos de concesión de obra: (i) para la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado (en el caso de las concesiones viales, obras relacionadas con el mismo corredor vial), y (ii) a juicio del demandante, sin límite de cuantía.

La primera cuestión exige un examen de las frases “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y “[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”, mientras la segunda supone la revisión de la frase “independientemente del monto de la inversión”. Procede ahora la Sala a estudiar la constitucionalidad de cada uno de estos fragmentos:

2.10.1 Examen de las frases “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y “[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”

2.10.1.1 La Sala observa que las frases “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y “[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”, en el contexto de la disposición, pueden dar lugar a varias interpretaciones razonables:

En primer lugar, según manifiesta el Ministerio de Transporte, el objeto del contrato de concesión de obra, en los términos del artículo 32.4 de la ley 80, puede consistir en (i) la construcción total o parcial de una obra destinada al servicio o uso público, (ii) “así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra”. La frase bajo examen puede entonces entenderse que hace referencia a (a) actividades adicionales para poder dar cumplimiento al objeto del contrato y/o (b) actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra concesionada. Por tanto, desde esta perspectiva hermenéutica, la disposición censurada no permite la adición del contrato con obras completamente nuevas, sino que habilita la modificación para la inclusión de actividades complementarias necesarias para la realización del objeto concesionario; en otras palabras, la frase acusada no permite la transformación del objeto contractual sino una complementación que no desfigura el negocio original.

La frase “[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial” guarda perfecta relación con esta exégesis, pues limita aún más la posibilidad de adicionar nuevas

actividades, bajo el entendido de que usualmente en las concesiones viales el objeto del contrato se determina alrededor de un corredor vial, es decir, el que une dos puntos geográficos delimitados. Como se señaló en el debate legislativo, la construcción del corredor vial es la obra que regularmente se delega al concesionario, es decir, es el objeto del contrato, sin perjuicio de otro tipo de estipulaciones contractuales.⁸⁴

En segundo lugar, se halla la interpretación del demandante, para quien la frase “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” habilita al concesionario, durante el desarrollo de la concesión, a ejecutar obras relacionadas con el objeto concesionado, pero que no se previeron en el objeto inicial y en realidad constituyen nuevos objetos contractuales; y solamente impone la limitante de que, en el caso de las concesiones viales, las obras nuevas versen sobre el mismo corredor vial, concepto indeterminado que en la práctica tampoco significa ninguna restricción.

2.10.1.2 La Sala estima que la segunda interpretación se opone a la Carta, particularmente a los principios de la función administrativa y al principio de libre concurrencia, y por ello declarará la exequibilidad del precepto en el entendido de que solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial. Las razones que llevan a la Sala a esta conclusión se exponen a continuación:

Como se indicó en secciones anteriores, la modificación del contrato estatal, si bien puede ser una herramienta útil para el logro de los fines del Estado y aliviar el impacto fiscal que puede tener la ruptura del equilibrio económico del negocio -especialmente en los contratos incompletos y de largo plazo, su empleo debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, y debe dirigirse a la satisfacción de los fines estatales comprometidos en la respectiva contratación.

Además, la modificación del contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales -como el objeto- y desnaturalizarlo; en tal hipótesis, ante la existencia de un nuevo contrato, se requiere un nuevo proceso de selección y el cumplimiento de los demás procedimientos y formalidades que exige la normativa sobre contratos estatales, y cuya finalidad es la realización de los principios de la función administrativa.

En efecto, el contrato de concesión de obra pública es un contrato incompleto por naturaleza en el que, por tanto, adquiere especial relevancia la posibilidad de modificación, a través de prórrogas o adiciones. Sin embargo, tal modificación debe sujetarse a las reglas antes descritas, pues como ya tuvo la Sala la oportunidad de explicar, permitir las modificaciones contractuales de forma amplia incentiva comportamientos oportunistas de los proponentes y contratistas en perjuicio de los fines de la función administrativa, especialmente la eficiencia y la igualdad. Por ejemplo, una interpretación ilimitada de las reglas de modificación puede conducir a ofertas artificialmente bajas con el ánimo de obtener la adjudicación y luego presionar la reforma del contrato para mejorar las condiciones de remuneración, o a la perpetuación de un concesionario en la ejecución de un grupo de obras, no todas parte del mismo objeto contractual, en perjuicio de los principios de libre concurrencia y selección objetiva.

La segunda interpretación resulta entonces inconstitucional, ya que conlleva una limitación desproporcionada de los principios de la función administrativa y del principio de libre concurrencia.

Ciertamente, tal interpretación, en tanto permite que bajo la apariencia de una adición o prórroga, se delegue a un concesionario, sin que se surta un proceso de selección objetivo, la ejecución de una obra completamente nueva, aunque esté relacionada con el objeto del primer contrato, limita los principios antes mencionados.

Sin embargo, la Sala observa que el medio elegido no es idóneo ni necesario para lograr todas estas finalidades; en particular, a juicio de la Sala, la medida bajo examen, lejos de generar economías de escala y ahorros para la entidad, puede significar mayores costos para la administración. En primer término, como se explicó en secciones previas, permitir la modificación de los contratos para incluir nuevos objetos incentiva conductas oportunistas, como ofertas con precios artificialmente bajos. En tal hipótesis, en virtud de principios como el de equilibrio económico del contrato y vía adición o prórroga, la entidad contratante puede terminar obligada a asumir mayores costos o simplemente avocada a sufrir las consecuencias del fracaso del contrato, con lo que el objetivo de disminución de los costos de la actividad estatal no se logra.

En segundo término, el medio tampoco es necesario para que la Administración pueda

beneficiarse los conocimientos adquiridos del concesionario y generar economías de escala aprovechando su maquinaria y personal en la región, ya que aunque es posible que tales circunstancias puedan conducir a ofertas más bajas, si se surte un proceso nuevo de selección en el que pueda participar el concesionario, dichas circunstancias se verán entonces reflejadas en su propuesta. En otras palabras, si en realidad el concesionario puede ofrecer mejores condiciones y precios, ellos se verán reflejados en su propuesta en el marco de un proceso de selección; no es necesario entonces obviar tal proceso.

Respecto de las demás finalidades, la Sala observa que los beneficios que podrían obtenerse, además de ser solamente eventuales, en todo caso no exceden los sacrificios que implica la medida en términos de los principios de la función administrativa y libre concurrencia. En primer lugar, los beneficios son eventuales, puesto que si bien es posible que el concesionario tenga conocimientos adquiridos relacionados con zona donde se ejecutarán las obras nuevas, ello no significa que otros interesados no tengan iguales o mayores conocimientos fruto de contratos previos; además, en todo caso, las ventajas de tales conocimientos se deben reflejar en el valor de la propuesta que el concesionario presente en el nuevo proceso de selección.

En segundo lugar, los beneficios no exceden los sacrificios, toda vez que (i) impedir que otros interesados en el contrato presenten propuestas y participen de un proceso de selección, priva a la entidad de la posibilidad de ofertas más benéficas; (ii) si bien se pueden agilizar los tiempos de contratación, los ahorros que se logran por esta vía no exceden los costos de los incentivos que se crean en términos de comportamientos oportunistas y mala estructuración de los contratos. De la promoción de comportamientos oportunistas ya se ocupó la Sala en páginas anteriores. En materia de diseño y estructuración de los contratos, la Sala observa que la posibilidad de adicionar nuevos objetos incentiva a las entidades estatales a no prestar la atención debida a la etapa de planeación y a no realizar esfuerzos mayores por delimitar los objetos contractuales -pues existe una legítima expectativa de que el contrato se podrá ajustar durante su ejecución; tal comportamiento a su vez (a) crea mayores riesgos de fracaso del contrato o de que la entidad deba asumir mayores costos, y (b) y aumenta la incertidumbre sobre el comportamiento de la entidad contratante, lo cual impide a los interesados formular propuesta lo más ajustadas posibles a la realidad de la concesión y con debido soporte financiero.

En resumen, la Sala concluye que la segunda interpretación impone una restricción desproporcionada a los principios de la función administrativa -especialmente a los de eficacia y economía- y de libre competencia, toda vez que, si bien puede estar dirigida a fines legítimos a la luz de la Constitución, se vale de un medio que no es idóneo para alcanzar todos esos objetivos y, en todo caso, sus beneficios no exceden los sacrificios que debe soportar la administración en términos de acceso a mejores ofertas, eficiencia y riesgos de fracaso de contrato.

Por el contrario, para la Sala, la primera interpretación sí se ajusta a las características del contrato de concesión de obra y es respetuosa de los principios de la función administrativa -especialmente los de eficacia y economía- y de libre competencia; por ello debe ser mantenida dentro del ordenamiento.

Como se indicó en apartes previos -consideración 2.7.1.3., la relación del contrato de concesión con la prestación de un servicio público genera que su objeto sea amplio, aunque no ilimitado, pues no solamente incluye la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, sino también las actividades necesarias para su funcionamiento adecuado, continuo y eficiente, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión y su adecuación a las nuevas exigencias de la prestación del servicio. Estas últimas son llamadas "obras accesorias" y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.

En vista de la amplitud del objeto y de que la remuneración usualmente está ligada al pago de peajes o contribuciones por valoración por parte de los usuarios de la obra, es posible que, por ejemplo, se estructuren contratos con contenidos básicos y alcances progresivos.⁸⁵ De acuerdo con esta modalidad contractual, en el contrato se establece una serie de obras básicas -contenido básico- que el concesionario se obliga a ejecutar en el plazo del contrato, y otras obras o actividades complementarias -alcance progresivo- que se realizarán en caso de que los ingresos de la concesión excedan determinadas metas o los niveles de tráfico superen ciertos índices. Las obras o actividades del alcance progresivo, que usualmente

corresponden a las obras accesorias a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, están sujetas a una condición suspensiva -cumplimiento de metas de ingresos o tráfico- que, cuando se cumple, da lugar a una adición del contrato.

Este entendimiento del contrato desarrolla entonces los principios constitucionales de eficiencia, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos. Además, estas características distinguen al contrato de concesión de obra pública de un mero contrato de obra, pues en este último el objeto se circunscribe a la construcción de la misma, sin que su funcionamiento o adecuación a nuevas exigencias de la prestación del servicio puedan ser considerados como parte de su objeto, como sí sucede en el contrato de concesión.

La primera interpretación se ajusta a estas características del objeto del contrato de concesión, pues permite su adición o prórroga para la realización de todas aquellas obras que se denominan accesorias en los términos de los párrafos anteriores. Además, refleja la intención del legislador en el sentido de permitir las adiciones y prórrogas para el adecuado funcionamiento de los corredores viales⁸⁶. En este sentido, esta interpretación desarrolla los principios de eficacia, economía, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos.

En todo caso, es necesario recordar que la posibilidad a la que da lugar esta interpretación, debe basarse en razones autorizadas por la ley, como las previstas en los artículos 14 y 16 de la ley 8087, debidamente probadas y sustentadas en estudios técnicos -como el mismo artículo 28 de la ley 1150 establece. Entendida de esta forma la disposición acusada, se otorga entonces a la administración una herramienta útil para administrar un contrato incompleto y relacional como el de concesión.

Nótese que esta misma lógica inspiró la expedición del artículo 7 de la ley 1508 sobre asociaciones público privadas, el cual dispone: "Sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato." Esta posibilidad buscó limitar aún más la posibilidad de renegociaciones de los contratos para evitar conductas oportunistas de los concesionarios.

En este orden de ideas, la Sala declara la exequibilidad del precepto acusado en el entendido que solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.

El demandante y el IDU sostienen que la frase “independientemente del monto de la inversión” lleva a que las adiciones o prórrogas que autoriza el artículo 28 de la ley 1150, puedan efectuarse sin límite de cuantía, lo cual -en su criterio- desconoce los principios de la función administrativa; por ello solicitan su inexecuibilidad. La Sala observa que esta interpretación es razonable debido a la ubicación de la frase en cuestión en del texto del artículo. En efecto, es posible entender que la frase se halla dentro de una lista de características que deben reunir las adiciones o prórrogas; de acuerdo con esta exégesis, la prórroga o adición pues ser (i) hasta por el 60% del plazo estimado, (ii) por cualquier cuantía, y (iii) para la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o para la recuperación de la inversión.

Una interpretación alternativa es que la frase hace referencia a que los contratos de concesión de obra pueden ser adicionados o prorrogados con independencia del precio del contrato inicial; desde esta lectura, la frase no hace alusión a la cuantía de las prórrogas o adiciones. En criterio de la Sala, esta interpretación también es razonable si la frase bajo examen se lee como un condicionante de la frase previa “hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado”, no como parte de una lista de características que deben reunir las adiciones o prórrogas. En otras palabras, la frase bajo estudio, en tanto está ubicada después de la frase “hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado”, aclara que la ampliación del plazo puede hacerse sin tener en cuenta el valor del contrato inicial, de modo que el valor de la inversión que haya significado el contrato inicial no obstaculiza la posibilidad de prórroga o adición.

Para la Sala, la primera interpretación es completamente errada, pues a partir de una interpretación gramatical del precepto, es fácil concluir que la frase hace referencia a una cuestión completamente distinta, esto es, que la adición puede operar independientemente del precio del contrato inicial.

En efecto, a juicio de la Sala, mientras las frases “hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado” y “siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con

el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión” comienzan con expresiones que dan cuenta de la introducción de una limitación a una regla general, la frase “independientemente del monto de la inversión”, no empieza por una expresión semejante. Por ello debe concluirse que esta última frase está calificando la frase “hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado” en el sentido de que la prórroga del plazo es posible, sin importar cuál fue el valor de la inversión requerida por el contrato inicial.

Esta lectura es además acorde con la finalidad del precepto -interpretación teleológica, la cual consiste en permitir la modificación del contrato de concesión -dentro de unos límites objetivos- cuando (i) no haya sido posible prever todas las aleas al inicio de la relación contractual o (ii) cuando se hayan previsto alcances progresivos. Desde este punto de vista, el precio inicial del contrato no importa, pues lo que determina la modificación es el surgimiento de contingencias que impiden su ejecución y que requieren una solución negociada para poder cumplir con los fines estatales involucrados en el respectivo negocio.

En este orden de ideas, la Sala considera que la frase “independientemente del monto de la inversión” es acorde con los principios de economía y eficacia de la función pública, así como con el principio de eficacia en la prestación de servicios públicos, pues la posibilidad excepcional de modificar un contrato de concesión surge de circunstancias ajenas a su precio (como ha explicado la Sala); por el contrario, imponer límites derivados del precio del contrato inicial conllevaría un obstáculo para la adecuada prestación de los servicios ligados a la obra concesionada, cuando las adiciones o prórrogas sean necesarias. Por esta razón la frase también será declarada exequible.

3 DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Impedimento aceptado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente con excusa

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

A LA SENTENCIA C-300/12

PRORROGA O ADICION EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Interpretaciones posibles respecto de las expresiones “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y “respecto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial” (Aclaración de voto)/PRORROGAS O ADICIONES EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Exequibilidad de expresiones debió condicionarse de manera más exhaustiva (Aclaración de voto)

Es constitucionalmente correcta la decisión de condicionar las expresiones contenidas en la norma de conformidad con la interpretación que se ajusta a los criterios constitucionales mencionados, es decir, de conformidad con una interpretación restrictiva de la norma, en relación con las posibilidades de prórroga o adición. Por tanto, considero que debió condicionarse de una manera más exhaustiva estas expresiones acusadas, tal y como se proponía en el proyecto original presentado a Sala Plena, en cuanto a que estas facultades solo podrán llevarse a cabo, en relación con el objeto del contrato, siempre y cuando se trate de adiciones de obras o actividades requeridas para poder dar cumplimiento al objeto del contrato y/o necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra concesionada durante el plazo inicialmente pactado, y con fundamento en causas autorizadas por la ley y debidamente justificadas y probadas. En mi opinión, este condicionamiento garantiza los

principios de la función administrativa, especialmente los principios de libre concurrencia, y además es acorde con la intención del Legislador, y se ajusta a las características del contrato de concesión.

PRORROGA O ADICION EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Respecto de la expresión “independientemente del monto de la inversión” solo permite una interpretación (Aclaración de voto)

En relación con la expresión “independientemente del monto de la inversión”, contenida en la misma norma demandada, es claro que ésta sólo permite una interpretación, que es literal y que es constitucional, según la cual, la norma permite prórrogas y adiciones, no para modificar el precio inicialmente pactado, sino independientemente del precio o valor del contrato que se haya pactado inicialmente, que es la interpretación que se ajusta a los principios de eficiencia y libre concurrencia, a los fines de la contratación estatal, y al principio de planificación. Por lo anterior, también coincidimos con la interpretación literal que se hace de la expresión relativa al monto del contrato de concesión, en cuanto a que este hace relación a que las prórrogas y adiciones se podrán realizar no para modificar el precio inicialmente pactado, sino independientemente del valor inicialmente pactado, y por tanto compartimos la declaratoria de exequibilidad simple que se adopta en esta providencia judicial respecto de este segmento normativo.

Referencia: expediente: D-8699

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En este proceso de constitucionalidad se demandó el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, que modifica la Ley 80 de 1993, en cuanto a la prórroga o adición de concesiones de obra

pública, por vulnerar los artículos 209, 273 y 333, con fundamento en que la norma permite las prórrogas o adiciones, lo cual, según el actor, otorga un privilegio injustificado a quienes han suscrito un contrato de concesión con el Estado. Lo anterior, por cuanto esto les permite ser beneficiarios de una adición o prórroga sin límite de cuantía y ejecutar objetos diferentes al inicialmente contratado, sin tener que someterse al proceso de selección objetiva, lo cual según la demanda, desconoce los principios de la función administrativa -art.209 Superior-, y en particular, los de subordinación al interés general, igualdad, imparcialidad y eficiencia; impide la libre competencia entre contratistas en perjuicio de los consumidores y usuarios - art.333 Superior-; y desconoce el mandato constitucional de seleccionar a los contratistas del Estado mediante el mecanismo de licitación pública -art.273 Superior-.

2. En esta sentencia se decide declarar exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, “en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial”.

Este Magistrado considera que la sentencia hace un análisis adecuado de los temas relativos a la intervención del Estado en la economía, los principios que rigen la función pública, especialmente en materia de contratación estatal, particularmente los principios de eficiencia y libre concurrencia, así como en relación con el contrato de concesión de obra pública.

3. De otra parte, en mi criterio, las expresiones de la disposición demandada “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y “respecto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”, permiten dos interpretaciones posibles:

(i) La primera, que es inconstitucional, y que es la que pone de presente la demandada, y que entiende que estas expresiones habilitan al concesionario, durante el desarrollo de la concesión a ejecutar obras relacionadas con el objeto concesionado, pero que no se previeron en el objeto inicial, en realidad constituyen nuevos objetos contractuales, y solamente se impone la limitante de que, en el caso de las concesiones viales, las obras nuevas versen sobre el mismo corredor vial, concepto indeterminado que en la práctica

tampoco significa ninguna restricción.

(ii) Y la segunda interpretación, que es constitucional, en cuanto a que la norma debe entenderse en el sentido de que los contratos de concesión de obra pública, solamente pueden adicionarse para incluir (a) las obras o actividades requeridas para poder dar cumplimiento al objeto del contrato y/o necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra concesionada durante el plazo inicialmente pactado, y (b) con fundamento en causas autorizadas por la ley y debidamente justificadas y probadas. Esta interpretación, es la que considero que se ajusta a los principios de la función administrativa y al principio de libre concurrencia, es acorde con la intención del Legislador, y adicionalmente, se encuentra en armonía con las características del contrato de concesión. Por estas razones compartimos la necesidad de condicionar la exequibilidad de la norma.

4. Por consiguiente, en mi criterio, es constitucionalmente correcta la decisión de condicionar las expresiones contenidas en la norma de conformidad con la interpretación que se ajusta a los criterios constitucionales mencionados, es decir, de conformidad con una interpretación restrictiva de la norma, en relación con las posibilidades de prórroga o adición. Por tanto, considero que debió condicionarse de una manera más exhaustiva estas expresiones acusadas, tal y como se proponía en el proyecto original presentado a Sala Plena, en cuanto a que estas facultades solo podrán llevarse a cabo, en relación con el objeto del contrato, siempre y cuando se trate de adiciones de obras o actividades requeridas para poder dar cumplimiento al objeto del contrato y/o necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra concesionada durante el plazo inicialmente pactado, y con fundamento en causas autorizadas por la ley y debidamente justificadas y probadas. En mi opinión, este condicionamiento garantiza los principios de la función administrativa, especialmente los principios de libre concurrencia, y además es acorde con la intención del Legislador, y se ajusta a las características del contrato de concesión.

5. En relación con la expresión “independientemente del monto de la inversión”, contenida en la misma norma demandada, es claro para este Magistrado que ésta sólo permite una interpretación, que es literal y que es constitucional, según la cual, la norma permite prórrogas y adiciones, no para modificar el precio inicialmente pactado, sino independientemente del precio o valor del contrato que se haya pactado inicialmente, que es la interpretación que se ajusta a los principios de eficiencia y libre concurrencia, a los fines

de la contratación estatal, y al principio de planificación. Por lo anterior, también coincidimos con la interpretación literal que se hace de la expresión relativa al monto del contrato de concesión, en cuanto a que este hace relación a que las prórrogas y adiciones se podrán realizar no para modificar el precio inicialmente pactado, sino independientemente del valor inicialmente pactado, y por tanto compartimos la declaratoria de exequibilidad simple que se adopta en esta providencia judicial respecto de este segmento normativo.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Y

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-300/12

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA EN MATERIA DE CONTRATACION DEROGADA-
Improcedencia con relación a aspectos que escapan al juicio de constitucionalidad
(Aclaración de voto)

PRORROGA O ADICION EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA-Sujeto a
condiciones excepcionales y a la verificación estricta de que obras estén directamente
relacionadas con el objeto concesionado (Aclaración de voto)

La aclaración de voto va dirigida a resaltar la necesidad de una verificación restringida al extremo de la expresión “obras directamente relacionada con el objeto concesionado”, al punto de que por todos los medios se debe descartar la posibilidad de que, en desarrollo de dicha prescripción normativa, pueda permitirse ampliar el objeto del contrato inicial o que se derive en uno nuevo que privilegie injustificadamente al contratista actual, a quien por la vía de la prórroga o adición, y sin que medie licitación pública, se le estaría entregando una nueva concesión. Así pues, la posibilidad de prórroga o adición debe estar sujeta a

condiciones excepcionales, extremas, eventuales o extraordinarias, que solo se permiten cuando coadyuvan a la eficiencia y a la economía de la función administrativa y a la cabal realización del objeto inicial del contrato.

Referencia: expediente D-8699

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veinticinco (25) de Abril de dos mil doce 2012

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, en esta oportunidad nos permitimos aclarar el voto por las razones que a continuación se exponen:

El demandante presentó cargos de inconstitucionalidad contra la norma de la referencia que regula la prórroga o adición en los contratos de concesión de obra pública argumentando que la norma acusada vulnera el principio de igualdad, imparcialidad, eficiencia y libre competencia por cuanto permite la prórroga o adición sin límite de cuantía.

La Corte Constitucional concluyó que la norma en cuestión es exequible solo si se le interpreta con el alcance limitado que en la parte motiva y resolutive se fijó. Sin embargo, para arribar a dicho entendimiento no era menester que en los considerandos esbozados se definieran aspectos controversiales de aplicación de la ley, ajenos al ámbito específico del control constitucional, que a no dudarlo, deberán ser considerados “obiter dictum” o “dichos al pasar” por su evidente desconexión con el tema decidido.

En efecto, en aras de estudiar la exequibilidad de la norma demandada, habida cuenta que estaba derogada para el momento del fallo, no era menester definir si estaba produciendo efectos en relación con los contratos que se suscribieron bajo su vigencia ni que la Corte

definiera cuál debería ser el entendimiento atribuible a dicha norma, la cual en su aplicación ciertamente ha sido objeto de diversas interpretaciones. El adelantar la labor de confrontación del texto de la norma derogada con la Constitución, no requería de ningún pronunciamiento en el sentido anotado, pues los conflictos prácticos derivados de la aplicación de la ley a casos en materia contractual los dirime la jurisdicción Contenciosa Administrativa. La Corte tampoco tenía que pronunciarse sobre si al vencimiento de las concesiones celebradas durante la vigencia la ley, ésta debía ser aplicada o si para efectos de la eventual prórroga de la concesión era menester darle alcance a la nueva disposición reguladora de la materia y derogatoria de la aquí demandada. Tales definiciones, “verdaderos dichos al pasar” no se relacionan con el fin específico del juicio de constitucionalidad.

Así mismo, en este caso la aclaración de voto que nos hemos reservado va dirigida a resaltar la necesidad de una verificación restringida al extremo de la expresión “obras directamente relacionadas con el objeto concesionado”, al punto de que por todos los medios se debe descartar la posibilidad de que, en desarrollo de dicha prescripción normativa, pueda permitirse ampliar el objeto del contrato inicial o que se derive en uno nuevo que privilegie injustificadamente al contratista actual, a quien por la vía de la prórroga o adición, y sin que medie licitación pública, se le estaría entregando una nueva concesión, posibilidad esta última que, desde todo punto de vista sería reprochable en cuanto desconocería los principios imperativos e insoslayables de la función administrativa en materia de contratación, como sería, entre otros, el principio de la igualdad, libre competencia y transparencia.

Quiere decir lo anterior que la posibilidad de prórroga o adición debe estar sujeta a condiciones excepcionales, extremas, eventuales o extraordinarias, que solo se permiten cuando coadyuvan a la eficiencia y a la economía de la función administrativa y a la cabal realización del objeto inicial del contrato.

Adicionar un contrato de concesión de obra pública, en los términos que la norma reglamentó, implica que no se debe llegar a mayores costos y riesgos, sino que, por el contrario se debe buscar que el contratista garantice que ningún otro puede realizarlo en un menor tiempo y con menor costo, lo que supone realizar a plenitud los cometidos estatales y la primacía del interés general, todo dentro del ámbito del contrato que se viene ejecutando.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-300/12

Referencia: expediente D-8699

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Acompaño la posición de la mayoría de la Sala Plena, en el sentido de declarar exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial y, ello de manera excepcional.

La norma demandada en esta oportunidad regulaba la prórroga del plazo o la adición del valor de los contratos de concesión de obra pública, hasta por el sesenta por ciento (60%), para la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado, o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales se refería a la prórroga o adición al

mismo corredor vial.

El accionante construyó los cargos de inconstitucionalidad contra la disposición referida, argumentando que esta viola el principio de igualdad, imparcialidad, eficiencia y libre competencia por cuanto permite la prórroga o adición sin límite de cuantía. La Sala Plena de la Corte a partir de la lectura y análisis constitucional del texto demandado planteó la interpretación condicionada que encontró conforme a la Constitución, dándole a la norma un alcance limitado.

La Corte ha reiterado que sólo tiene competencia para efectuar control constitucional sobre normas derogadas o modificadas, siempre que estas continúen produciendo efectos jurídicos. En caso contrario, debe declararse inhibida para pronunciarse por carencia actual de objeto. Así lo ha señalado, entre otras, en las sentencias C-505 de 199588, C-898 de 200989, en las cuales se inhibió por considerar que las normas controvertidas se encontraban derogadas y no producían efectos jurídicos; también en la sentencia C-193 de 201190, donde conoció del fondo de normas que para el momento del fallo se encontraban derogadas pero, pese a ello, producían efectos jurídicos. Es por esta razón que en esta oportunidad la Corporación profirió una decisión de exequibilidad condicionada, toda vez que se consideró que la norma seguía produciendo efectos jurídicos.

Cabe precisar que sin embargo en las consideraciones de la sentencia se hace referencia a aspectos que resulta extraños, al ámbito concreto del control constitucional que se realiza. Estas son verdaderos dichos de paso de la sentencia toda vez que es evidente su desconexión con el tema decidido.

Como la norma demandada estaba evidentemente derogada al momento del fallo, no resultaba necesario referirse a las controversias que pudieran derivarse de la aplicación de la ley a asuntos relacionados con los contratos que se suscribieron cuando la disposición estaba en vigor, porque ello corresponde decidirlo a la jurisdicción Contenciosa Administrativa. Tampoco tenía el Tribunal Constitucional que aludir en la sentencia al tema de si al finalizar las concesiones celebradas durante la vigencia de la norma, esta debía ser aplicada o si para los efectos de una prórroga de la concesión se requería darle alcance a la nueva disposición contenida en el artículo 39 de la ley 1508 de 2012 que deroga el artículo 28 de la ley 1150 de 2007. Tales definiciones no se relacionan con el fin concreto del juicio propuesto por el

demandante.

Con respecto a la decisión adoptada en la sentencia, además es necesario precisar que no resulta factible ampliar el objeto del contrato inicial hasta el punto de que se convierta en un nuevo contrato evadiendo procesos de licitación pública o concursos, desconociéndose principios esenciales de la función administrativa con respecto a la contratación como la transparencia, economía igualdad, entre otras.

En realidad no se trata de contratos incompletos o abiertos, cuyo objeto pueda extenderse sin ninguna limitación a obras no pactadas inicialmente, que no guarden una conexión inescindible con el objeto pactado. No es que se esté frente a una forma de contratación a la que se le puedan ir agregando obras adicionales sin justificación técnica y económica, porque tal proceder implicaría desconocer la naturaleza del contrato de concesión establecida en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Tales contratos solo pueden prorrogarse o adicionarse para incluir: (i) las obras necesarias para dar cumplimiento al objeto del contrato inicialmente pactado y/o requeridas para el adecuado funcionamiento de la obra concesionada y (ii) con fundamento en una justificación soportada en consideraciones técnicas y económicas, que tomen en cuenta la propuesta inicial con respecto a los imprevistos y utilidad, en todo caso ajustándose las modificaciones a los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Nacional.

En los anteriores términos, dejo plasmada la aclaración de voto en la presente oportunidad.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

1 Ver entre otras sentencias C-397 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-540 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-801 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1067 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-309 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-714 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa

2 Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2004, rad. 73001-23-31-000-1996-4029-01(14578), C.P. María Elena Giraldo Gómez.

3 Ver por ejemplo Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 1994, rad. 601, C.P. Jaime Betancur Cuartas; Sección Quinta, sentencia del 26 de enero de 2006, rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761), C.P. Darío Quiñones Pinilla.

4 Estos argumentos no están dirigidos a determinar la interpretación que más se ajusta a la Constitución, asunto que no es propio de un examen de competencia, sino a definir la interpretación que más se acomoda al texto de las leyes sobre contratación estatal, es decir, se trata de una interpretación estrictamente textual y conforme al querer del legislador, de acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación de las leyes.

5 Vale la pena resaltar que para que las adiciones y prórrogas así entendidas puedan perfeccionarse, deben en todo caso cumplir con los requisitos del artículo 41 de la ley 80, es decir, se debe contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal -en caso de que haya una variación en el precio-, el registro presupuestal, la adición o prórroga de la respectiva garantía única, el pago de los tributos correspondientes, etc. Además, se requiere que la necesidad de la adición y prórroga esté debidamente sustentada, por ejemplo en los informes del interventor o supervisor.

6 “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

7 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Ver BECKER, Gary S. “The Economic Way of Looking at Behavior”, *Journal of Political Economy*, Vol. 101, No. 3 (Jun., 1993). P. 386.

9 Ver la sentencia C-849 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería. En esta sentencia la Corporación señaló: “La Corte en cuanto al principio de economía, ha enfatizado que constituye una orientación, una pauta, para que el cumplimiento de los fines del Estado se

proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo, sin que ello lo convierta en un fin en sí mismo.”

10 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

11 Sobre la naturaleza instrumental del contrato para alcanzar los fines propios del estado social de derecho, ver la sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

12 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

13 Ver también la sentencia C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, sobre la constitucional de la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión portuaria (artículo 8º de la ley 1º de 1991).

14 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. En este concepto la Sala de Consulta se ocupó, entre otras preguntas, de la siguiente formulada por el Ministerio de Transporte: “1. ¿Bajo el supuesto que en un contrato de concesión existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad estatal contratante, es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación, acudir a tal previsión y modificar el contrato, teniendo en cuenta, además, que con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos?”

15 Esta clasificación es tomada de la literatura del análisis económico del derecho. Ver WILLIAMSON, Oliver E. “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”. En: *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 233-261. SHAVELL, Steven. “Foundations of Economic Analysis of Law”. Harvard University Press, 2004. Dentro de esta literatura, también se señalan como causas de los contratos incompletos, (i) los altos costos de estructuración del contrato, esto es, las altas inversiones que deben realizar las partes para prever las contingencias y diseñar remedios; cuando tales costos exceden los beneficios esperados por las partes, estas últimas pueden optar por celebrar contratos incompletos y dejar por fuera, por ejemplo, previsiones o cláusulas relacionadas con contingencias de baja probabilidad. (ii) Los altos costos de hacer cumplir

ciertas cláusulas, y (iii) la dificultad posterior de probar en sede judicial la ocurrencia de ciertas contingencias o variables, entre otras. Vale la pena mencionar que por estas razones la mayoría de los contratos tienden a ser incompletos.

16 “Además de la literatura antes citada, pueden verse las siguiente sentencias del Consejo de Estado: Actor: Guillermo Pardo Venegas. (Compañía de Alumbrado Público de Pamplona contra Ministerio de Economía Nacional). Abril 16 de 1941. Ponente, Dr. Diógenes Sepúlveda. 19 de julio de 1940.”

17 “Vid. MEILAN GIL, José Luis. “PROGRESO TECNOLÓGICO Y SERVICIOS PÚBLICOS” Ed. Thomson Civitas. 1ª Edición. Madrid 2006. Igualmente: CASAGNE, Juan Carlos. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. Ed. Lexis Nexos. 2ª Edición. Buenos Aires. 2006. Págs. 186 187.”

18 “Constitución Nacional Argentina.”

19 Por ejemplo, las causas previstas en los artículos 14 y 16 de la ley 80.

21 Ver por ejemplo Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Primera Delegada para la Contratación estatal. Radicación 154- 40468. 2001.

22 Varios doctrinantes resaltan este punto. Por ejemplo, Dávila Vinueza define la modificación del contrato estatal así: “Cuando se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa”. Cfr. DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387.

23 Esta disposición señala: “ARTICULO 1501. <COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS>. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por

medio de cláusulas especiales.”

24 Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2005, rad. 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171)A, C.P. Darío Quiñones Pinilla.

25 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 350 del 15 de marzo de 1990.

26 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 1994, rad. 601, C.P. Jaime Betancur Cuartas.

27 Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2005, rad. 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171)A, C.P. Darío Quiñones Pinilla. Con fundamento en estas consideraciones, en el caso concreto, a fin de resolver una demanda de nulidad contra la elección de un gobernador, aseguró: “2. Que en el contexto de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000 artículo 40, el contrato adicional celebrado por el candidato dentro del año anterior a su elección, solamente será inhabilitante en la medida que se ocupe de adiciones al objeto del contrato, pues en la medida que recaiga sobre alteraciones del valor (Vr. Gr. Reconocimiento de un mayor valor por cantidades de obra ya ejecutadas) o del plazo, ha colegirse que no hay un contrato adicional sino una adición o reforma del contrato, que por lo mismo queda descartada como “contrato” para efectos de invalidar la elección de un candidato.”

28 Cfr. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de enero de 2006, rad. 15001-23-31-000-2003-02985-02 (3761), C.P. Darío Quiñones Pinilla.

29 “Esta ha sido la posición del Consejo de Estado según se desprende de lo considerado en las consultas números 1812 del 2 de diciembre de 1982, 1563 del 30 de julio de 1981, 350 del 15 de marzo de 1990, 601 del 17 de mayo de 1994 y 1439 del 18 de julio de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Y en las sentencias del 6 de agosto de 1987, expediente 3886, Sección Tercera; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438, Sección Quinta y del 20 de mayo de 2004, expediente 3314, también de la Sección Quinta.”

30 Cfr. Ibídem. En este fallo, la Sección Quinta examinó la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia dictada dentro de un proceso de nulidad electoral. El

demandante demandó la nulidad de la elección de un alcalde, bajo el argumento de que había celebrado una adición a un contrato de prestación de servicios en el año anterior a la elección. La Sección Quinta concluyó que la adición de la orden de servicios era en realidad un nuevo contrato, pues (i) su finalidad no era solamente ampliar el plazo sino establecer nuevas obligaciones, y (ii) no había justificación para la ampliación del plazo, pues en tanto no se cuantificó el objeto del contrato -el objeto era prestar servicios odontológicos en la cárcel, no era posible establecer el plazo necesario para ejecutarlo y si este necesitaba prorrogarse. Al respecto, sostuvo: “Con todo, dados los términos en que fue pactada la obligación del contratista en la orden de prestación de servicios número 705 de 2002, dicho contrato no era susceptible de ser ampliado en el plazo, pues como quiera que la labor contratada no fue cuantificada, sino que únicamente fue sometida a la programación que elaborara la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, no había manera de concluir que el término de ejecución pactado era insuficiente para cumplir con la totalidad de dicha labor. Ahora bien, de aceptarse que la labor contratada mediante la orden de prestación de servicios número 705 de 2002 requería de un tiempo adicional para su completa ejecución, por encontrarse algún hecho que demostrara la insuficiencia del tiempo pactado para cumplir con dicha labor, ello sólo explicaría la ampliación del plazo del contrato, pero no su valor, entendido éste como los honorarios que recibiría el contratista como contraprestación por sus servicios profesionales.” Por esta razón, en tanto el alcalde sí había celebrado un nuevo contrato estatal a ejecutarse en la misma jurisdicción en el año inmediatamente anterior a su elección, la Sección Quinta declaró la nulidad de su elección.

31 “En igual sentido ésta Sala emitió su concepto en consulta N° 1121 de fecha 26 de agosto de 1.998.”

32 Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de julio de 2002, rad. 1439, C.P. Susana Montes de Echeverri. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala de Consulta emitió la siguiente respuesta: “No se requiere la celebración de contrato adicional en los contratos de obra por precios unitarios cuando lo que varía no es el objeto del contrato sino la estimación inicial de las cantidades de obra y, como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del contrato aumenta. Por ello, debe ejecutarse el contrato hasta su culminación y la administración debe realizar el manejo presupuestal requerido para atender sus propias obligaciones derivadas de la forma de contratación adoptada y pagar oportunamente al contratista la ejecución de la obra.” De forma similar, en

su aclaración de voto a la sentencia del 24 de agosto de 2005 de la Sección Quinta, el Consejo Reinaldo Chavarro Buritica sostuvo lo siguiente en relación con la adición del contrato de obra: “El objeto del contrato de obra es la obra misma, contratada por los diversos ítems que la integran a precios unitarios. No hablo de la contratación a precio global porque ha caído en desuso o de otras modalidades de contratación de obra pública porque no se avienen con las situaciones planteadas en la sentencia. Así, si se contrata la construcción de una carretera entre Bogotá y Cali el objeto estará integrado de varios cientos de miles de metros cúbicos de movimiento de tierra; otros tantos de rellenos de diversos materiales, consistencia y calidad, otros de provisión y construcción de sub - base, base, la carretera, las “obras de arte “etc., todo contratado por sus precios unitarios, de tal manera que el valor del contrato será el que resulte de multiplicar la cantidad de obra realmente ejecutada, por los valores unitarios pactados en el contrato. || Esta forma de contratación puede dar lugar a una obra adicional o mayores cantidades de obra (con relación a la tenida en cuenta al momento de contratar) la cual, dada la forma de la contratación, no requiere de contrato adicional porque su valor se reconoce y paga por los precios unitarios ya pactados. Solo se requiere que la obra adicional o mayores cantidades de obra sean reconocidas mediante acta suscrita por los contratantes (el contratista y el interventor de la entidad contratante debidamente facultado). || A diferencia de la anterior clase de obra, durante la ejecución del contrato puede aparecer la necesidad de ejecutar un ítem de obra o una obra no pactada en el contrato pero incluida dentro de su objeto; la denominada en general obra complementaria, que no tiene precios unitarios estipulados en el contrato. En el ejemplo examinado, puede ocurrir que los estudios técnicos, anteproyectos y proyectos contengan la totalidad de los ítems que integran la construcción de la carretera Bogotá - Cali y con base en ellos se celebró el contrato; sin embargo, por un cambio geológico posterior aparece un río que atraviesa el trazado de la obra y es menester entonces contratar el puente respectivo, obra complementaria que está comprendida dentro del objeto contratado y sin la cual no se concluye la carretera Bogotá-Cali. En tal circunstancia se deberá acudir a la celebración de un contrato adicional, de los autorizados en el párrafo del artículo 40 ibídem, cuya cuantía no puede exceder del 50 % del valor inicial contratado, expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que permite actualizar las cuantías. Igual puede ocurrir con un cambio de especificación técnica de las cimentaciones originadas por ejemplo en situaciones no detectadas en los estudios de suelos, etc., que obligan a adicionar el contrato para incluir una obra complementaria.”

33 Ver GRIMSEY, Darrin y LEWIS K, Mervin. "Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views" Accounting Forum Vol. 29 (2005).

34 Ver Comunicación Interpretativa 2000/C121/02 del 29 de abril sobre concesiones en el derecho comunitario europeo, citada por FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. El contrato de concesión de obras públicas. En "Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública". Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 40.

35 Ver sentencia C-250 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

36 M.P. Hernando Herrera Vergara.

37 Ver sentencia C-250 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

38 Ibídem. En este fallo, la Corte la Corte declaró la exequibilidad del artículo 19 de la ley 80, pues concluyó que (i) la cláusula de reversión es de la esencia del contrato de concesión y (ii) no es una expropiación sin indemnización porque el precio de esos bienes es pagado por el Estado en el precio del contrato. Al respecto, la Corporación sostuvo: "(...) la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia. || Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión."

39 Ver GRAEME A. Hodge & CARSTEN Greve "Public-Private Partnerships: An International Performance Review", "Public Administration Review" Volume 67, Issue 3, (May|June) 2007.

40 La ley 1508 también se ocupa del proceso de selección del contratista en las asociaciones público privadas -sistema de precalificación, autoriza la estructuración de proyectos de esta naturaleza por iniciativa privada, ordena que la administración de los recursos de estos

proyectos se realice por medio de patrimonios autónomos y crea un Registro Único de Asociaciones Público Privadas para priorizar los proyectos que demanda el desarrollo nacional, entre otros aspectos.

41 Ver FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. El contrato de concesión de obras públicas. En "Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública". Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 41.

42 Fernández Romero y López Jiménez ilustran esta afirmación con los siguientes ejemplos: "Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento." Cfr. FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. El contrato de concesión de obras públicas. En "Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública". Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 30.

44 Ver FERNÁNDEZ ROMERO, Francisco José y LÓPEZ JIMÉNEZ, Jesús. El contrato de concesión de obras públicas. En "Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública". Sevilla: Ed. Hispalex, 2005. P. 29.

45 En este punto radica la principal diferencia del contrato de concesión de obra pública con el contrato de obra, pues mientras en el primero usualmente la remuneración es pagada por los usuarios de la obra por medio de peajes o contribución por valorización, en el contrato de obra la entidad contratante paga un precio con cargo a sus propios recursos. Sin embargo, esta no es una diferencia estructural -sino de la práctica, pues la ley 80 permite otros tipos de remuneración en el contrato de concesión.

46 En este orden de ideas, es una manifestación de la carga en cabeza de la entidad contratante de revelar la información importante del contrato.

47 Ver MATALLANA CAMACHO, Ernesto. "Manual de contratación de la Administración Pública". Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2 ed., 2009. P.p. 348 - 349. Este doctrinante explica: "El principio de igualdad se vulnera porque la información que suministra

la entidad no tiene certeza y por lo tanto no atrae una población de posibles oferentes que, de encontrar una información cierta, tal vez se animarían a participar en la convocatoria; es decir, el presupuesto del contrato determina el perfil del contratista, y por lo tanto un presupuesto alto puede atraer aun nivel de contratistas de superior categoría que si se tratara de un presupuesto bajo, y de igual manera, presupuestos bajos probablemente atraigan posibles oferentes que no tengan tanta experiencia". Ver también ESCOBAR GIL, Rodrigo. "Teoría general de los contratos de la administración pública". Bogotá: Legis, 1999.

48 La disposición continúa así: "El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad. || En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación. || Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto. || En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. || En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada. || No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley. || Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que

posteriormente sea declarada por esta como viable.”

49 Se debe recordar que, conforme a la ley 1150 en concordancia con la ley 1508, los riesgos deben distribuirse en función de cuál parte es la más apta para asumirlos.

50 Esto no significa que en los contratos no deban diseñarse cláusulas para hacer frente a tales contingencias y que las consideraciones previas sobre el principio de planeación pierdan relevancia.

51 Ver BAKER, George, GIBBONS, Robert and MURPHY, Kevin J. “Relational Contracts and the Theory of the Firm”, *The Quarterly Journal of Economics*, (2002) 117 (1).

52 Ver WILLIAMSON, Oliver E. “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations” *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2 (Oct.) (1979). P. 239.

53 Sobre conductas oportunistas en el marco de la renegociación de los contratos de concesión ver GUASH, J. Luis. “Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien.” Washington: Banco Mundial, 2005. este autor explica: “Los gobiernos no son los únicos que pueden llegar a comportarse de manera oportunista. Una vez que una empresa privada ha recibido una concesión en el sector de infraestructura, puede que decida actuar para “presionar” al gobierno -por ejemplo, insistiendo en una renegociación del contrato para obtener condiciones más favorables o utilizando captura regulatoria-. Las fuertes ventajas de información de la empresa comparada con el gobierno (y, en muchos casos, en relación con otros operadores potenciales) y las influencias percibidas en la negociación pueden convertirse en fuertes incentivos para procurar la renegociación de un contrato y asegurarse un acuerdo mejor que el original. Los acuerdos regulatorios que así se establezcan pueden resultar menos eficientes para proteger a los usuarios contra los abusos de los monopolios. Por tal motivo, el diseño de las regulaciones, los contratos de concesión y de privatización, así como los acuerdos de implementación pueden afectar de manera significativa el rendimiento del sector y la incidencia de renegociaciones (Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas 1999; Gómez-Ibáñez 2003; Guasch y Spiller 2001; Manzetti 2000).” P.p. 26-27. Más adelante agrega: “En principio, la renegociación puede ser un instrumento positivo cuando aborda la naturaleza forzosamente incompleta de los contratos de concesión. Si se utiliza correctamente, la renegociación puede aumentar el bienestar común. Aunque la existencia de algún grado de renegociación es aconsejable, adecuada y

natural, esta alta incidencia excede los niveles esperados y razonables y pone en tela de juicio la validez del modelo de concesión. Podría incluso indicar un comportamiento oportunista excesivo por parte de nuevos operadores o de los gobiernos. Tal comportamiento socava la eficiencia de los procesos y del bien común, ya que la renegociación se suscita meramente entre el gobierno y el operador, de modo tal que no se encuentra sujeta a presiones competitivas y la disciplina que ello trae aparejado. Cuando se implementa de manera oportunista o estratégica por parte de un operador o del gobierno, con el fin de procurarse beneficios adicionales, y no bajo la motivación de la naturaleza incompleta del contrato, la renegociación puede perjudicar la integridad de una concesión, afectar al bienestar general y amenazar el programa de reforma estructural deseado de la infraestructura en cuestión. La alta incidencia de renegociaciones que se expone en la presente obra debería ser motivo de preocupación. || La renegociación, y la renegociación oportunista en particular, puede menoscabar o eliminar los beneficios esperados de una licitación competitiva. Si la subasta está diseñada correctamente y ofrece suficientes incentivos, el proceso de licitación competitiva, con miras a la adjudicación del derecho de operar una concesión durante una cantidad determinada de años, debería encontrar (seleccionar) al operador más eficiente. Si los ofertantes perciben que la renegociación es factible y probable, entonces sus incentivos así como sus ofertas se verán afectados. De esta manera, es probable que, mediante el proceso, no se seleccione al operador más eficiente sino al más habilidoso en cuestiones de renegociación. Las renegociaciones sólo deben desarrollarse cuando están justificadas por las contingencias expresadas en el contrato original o por importantes acontecimientos imprevistos” (negrilla fuera del texto). P.p. 37-38.

54 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 25000-23-26-000-1994-09660-01, exp. 14.389, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

55 Ver las sentencias C-350 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz y C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

56 M.P. Mauricio González Cuervo.

57 M.P. Fabio Morón Díaz.

58 Ver sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

59 Como se señaló en la sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

60 Ver sentencia C-400 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Por estas razones la Corte declaró exequible el artículo 24 de la ley 80.

61 Ver sentencia C-949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

62 M.P. Rodrigo escobar Gil.

63 M.P. María Victoria Calle Correa.

64 M.P. Fabio Morón Díaz.

65 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

66 M.P. Mauricio González Cuervo.

67 Cfr. Gaceta del Congreso No. 90 del 28 de abril de 2006.

68 Cfr. Ibídem.

69 Cfr. Ibídem.

70 Los ponentes que suscribieron el pliego de modificaciones fueron Germán Vargas Lleras, Ciro Ramírez Pinzón, Mario Uribe Escobar y José Orlando Mora.

71 Cfr. Gaceta del Congreso No. 90 del 28 de abril de 2006.

72 Cfr. Gaceta del Congreso No. 282 del 11 de agosto de 2006.

74 Cfr. Gaceta del Congreso No. 96 del 27 de marzo de 2007.

75 Cfr. Ibídem.

76 Cfr. Ibídem.

77 Cfr. Gaceta del Congreso No. 289 de 2007, "ACTA DE PLENARIA 49 DEL 15 DE MAYO DE 2007".

78 Cfr, Ibídem.

79 Cfr, Ibídem.

80 Cfr, Ibídem.

81 Cfr. Gaceta del Congreso No. 261 del 8 de junio de 2007.

82 Cfr. Gaceta del Congreso No. 416 del 28 de agosto de 2007.

83 Cfr. Ibídem.

84 Sobre el concepto de corredor o sistema vial en los contratos de concesión de obra de transporte, ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 1050 del 12 de diciembre de 1997, C.P. Cesar Hoyos Salazar.

85 Ver documento Conpes 3413 de 2006. Según este documento, con el fin de maximizar la inversión privada, se sugiere que se defina en los proyectos de concesión de obra un alcance básico y uno progresivo. “El alcance progresivo corresponderá al desarrollo de obras sujetas a condiciones, que complementarían las obras de alcance básico. Estas condiciones estarían relacionadas, entre otros, con aspectos tales como el nivel de tráfico, la disposición de recursos y/o demás condiciones que estimen relevantes y justifiquen el desarrollo de obras adicionales.” Para hacer posible tal estructuración de los contrato de concesión de obras, el Conpes solicitó al INCO: (i) Realizar estudios para definir el alcance progresivo de los proyectos. (ii) Incluir en la estructuración legal de los contratos, mecanismos para poder desarrollar el alcance progresivo y realizar las inversiones complementarias. (iii) Incluir en la estructuración legal de los contratos, mecanismos “para definir las condiciones que activen el desarrollo del alcance progresivo, estableciendo que se llevará a cabo sólo cuando se hayan alcanzado determinados índices de tráfico y ciertas metas de ingresos, y estén dadas las condiciones de financiamiento requeridas” (p. 10). Según el mismo documento Conpes, en los contratos que se adjudicaran bajo estas condiciones: (a) El alcance básico consistiría en la rehabilitación de las calzadas sencillas existentes y en la construcción de segundas calzadas con una longitud de 673 km. (b) El alcance progresivo sería la construcción de segundas calzadas con una longitud de 1.076 km.

86 Ver consideración 2.9.8.

87 “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación” o “(...) evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él [contrato]”.

88 MP. Alejandro Martínez Caballero. En esta decisión la Corte se declaró inhibida para conocer de una demanda formulada contra el artículo 1º Literal i) del Decreto No. 753 de 1956, que limitaba el derecho de huelga en materia de servicios públicos, por considerar que la norma en cuestión había sido derogada y no se encontraba produciendo efectos jurídicos.

89 MP. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte se declaró inhibida para pronunciarse frente a una demanda contra el artículo 550 (parcial) del Código Civil, que excluía del oficio de curador a los “padres naturales casados”, por entender que tal disposición había sido derogada y no continuaba produciendo efectos jurídicos.

90 MP. Mauricio González Cuervo. En esta sentencia se revisó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4702 de 2010, proferido dentro de la emergencia económica y social declarada con ocasión de la ola invernal vivida para entonces. El decreto revisado contenía algunas normas que ya se encontraban derogadas para el momento en que la Corte efectuó su pronunciamiento, por considerar que las mismas se encontraban produciendo efectos.
