

CONTRATACIÓN ESTATAL – Principios

La contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los medios a utilizar por las entidades públicas para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares o de otras entidades estatales. Por tanto, toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política. [...] En este sentido, el interés público que se pretende colmar a través de la actividad contractual se desarrolla especialmente bajo los principios constitucionales de la función administrativa [artículo 209 C.P.], dentro del marco constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular que claramente ubican a la Administración contratante en un plano de preeminencia sobre el contratista.

INFRAESTRUCTURA VIAL — CONTRATO DE CONCESIÓN – Responsabilidad - Elementos del Contrato

La infraestructura vial es elemento esencial del servicio público de transporte y cuando el Estado como titular de esa infraestructura la entrega en concesión, tendrá el deber de dirección, control y vigilancia de esos contratos por expreso mandato constitucional, aspecto que es desarrollado en la ley 80 de 1993 desde la misma definición que normatividad trae respecto de los servicios públicos, así como del contrato de concesión. [...] Por su parte, el artículo 32 de la ley 80 al describir el contrato de concesión, enfatiza en que éste se desarrolla bajo la vigilancia y control de la entidad concedente dado el servicio público que el contrato pretende servir. [...] En consecuencia, la realización del interés y servicio público que involucra la ejecución de las obras públicas de infraestructura vial en concesión es responsabilidad constitucional, indelegable y exclusiva del Estado, pues así lo definió expresamente el legislador [Ley 105 de 1993], situación que dota a la entidad estatal concedente de expresas y directas atribuciones de dirección, control y vigilancia en la ejecución del contrato [artículos 2, 14, num. 1, y 32 de la ley 80 de 1993], las cuales se manifiestan concretamente, entre otras, en las potestades de terminación y modificación unilateral de dichos contratos. Igualmente, el contratista colaborador [artículos 3 y 5, num. 2, ley 80] debe cumplir con sus obligaciones en el tiempo, modo, lugar y conforme a los demás aspectos y circunstancias convenidas en el contrato y, por ende, ejecutar cabalmente su objeto. En tal sentido la ley 80, en concordancia con las normas constitucionales citadas, atribuye a la Administración el deber de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado [artículo 4, num. 1, ib], e incluso el que corresponda a los cambios o innovaciones tecnológicas del bien o servicio contratado [...].

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Definición – Alcance

Al decir de Benda, la no decisión o inactividad de la Administración no es la solución. Por ello cobra creciente peso la cláusula del Estado social como categoría jurídica orientada al futuro dándole sentido al mandato constitucional para la planificación que en este contexto significa la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto. Señala el autor alemán que la planificación se basa en prognosis, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la tarea de integración que compete al Estado social, referido a la planificación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor puede conducir a una compensación de los intereses y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta. [...] Como puede advertirse, el deber de planeación no sólo es importante en la etapa precontractual, sino durante toda la vida del contrato, lo que incluye su modificación e incluso su terminación y liquidación. [...] Así las cosas, la observancia del deber de planeación en un contrato de concesión, dado su carácter de ejecución sucesiva, permitirá a la Administración anticipar o prevenir aquellas situaciones que produzcan variaciones o alteraciones al interés o servicio público que dio origen al contrato, para lo cual podrá promover o diseñar medidas que le permitan remediar tales acontecimientos sobrevinientes, mediante la modificación o terminación unilateral o de mutuo acuerdo del respectivo contrato, según se explica a continuación.

CONTRATO – No perpetuos

Los contratos existentes y válidos deben ser cumplido por las partes de buena fe, en la totalidad de las prestaciones que los vinculan y en la forma y oportunidad debidas [artículos 1602 y 1603 del Código Civil –C.C.–, y 871 del Código de Comercio]. De esta manera el cumplimiento es la forma normal u ordinaria de extinción del vínculo contractual, aunque también el contrato está llamado a

extinguirse por causas legales o contractuales. Por su naturaleza, función y finalidad los contratos son efímeros o transitorios. Ello significa que no tienen vocación de perpetuidad [...]. De esta manera, no sólo por disposiciones constitucionales sino por la noción misma del contrato como instrumento jurídico – económico, este puede terminar en cualquier momento. Siguiendo los artículos 1602 y 1625 C.C., las causales de dicha terminación pueden ser, entre otras, el consenso de las partes [resciliación o mutuo disenso] o porque ellas en ejercicio de la autonomía de la voluntad ceñida a la ley y a la buena fe han dispuesto de manera clara, expresa e inequívoca la terminación unilateral del contrato, esto es, la cesación o extinción del negocio jurídico por acto unilateral de una parte.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Procedencia – Noción

En cuanto a la terminación unilateral, la falta de enunciación expresa en el Código Civil de la misma dentro de los modos extintivos no es escollo ni argumentación plausible para descartar su procedencia jurídica, a juicio de la jurisprudencia de la Corte Suprema en comento, por cuanto la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado [...]. [N]o debe confundirse el plazo extintivo, legal o negocial, con el mutuo disenso o la terminación unilateral. La noción de plazo se señala en el artículo 1554 C.C., de la siguiente manera: «El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo». Tradicionalmente la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha entendido el plazo como el acontecimiento futuro y cierto «al cual está subordinada la exigibilidad o extinción de una obligación». En el plazo extintivo, este pone fin a las obligaciones vigentes al momento de su ocurrencia. Así las cosas, la jurisprudencia de esa Corporación ha sostenido que, previamente al fin del plazo, «nada obsta a las partes terminar el contrato, ya por recíproco consenso [mutuo disenso, acuerdo extintivo], ora unilateralmente en los casos legales, contractuales o, por advenimiento de la condición resolutoria expresa en virtud de incumplimiento grave e insalvable cuando estipulan cláusula resolutoria. En efecto, nada impide a las partes pactar la terminación unilateral anticipada de un contrato a término definido, pero en ausencia de estipulación o previsión legal, están obligadas por el plazo y deben cumplirlo».

TERMINACIÓN POR MUTUO DISENSO– Noción

Lo dicho sobre la terminación anticipada por mutuo disenso de los contratos en el derecho privado, al tener pleno soporte constitucional y legal en las normas mercantiles y civiles estudiadas en el punto anterior, cobra aplicación para la contratación estatal por disposición expresa y directa de los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993. No obstante, para dicha terminación no basta el simple acuerdo de las partes, sino que debe verificarse que la extinción del vínculo contractual este conforme con la finalidad de interés público ínsita en la contratación estatal y la observancia de los principios constitucionales de la función administrativa. [...] [L]a entidad estatal deberá evaluar que los fines estatales, el interés y servicio público que se pretenden satisfacer con la contratación, se observarán más efectivamente con la inclusión de manera clara, expresa e inequívoca de una cláusula que permita la terminación anticipada por mutuo disenso del contrato al presentarse determinadas condiciones previamente señaladas en el mismo. Y antes de plantear al contratista la posibilidad de hacerla efectiva, igualmente deberá valorar si tales condiciones inicialmente previstas se mantienen o han variado, todo con el fin de conservar el interés público perseguido con la cláusula de terminación consensual. [...] En los contratos estatales no pueden existir «contingencias inciertas» que determinen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y de sus derechos derivados de la celebración del contrato. Por el contrario, el artículo 24 de la ley 80 de 1993, impone el establecimiento y determinación precisa del objeto de las prestaciones contractuales; por tanto, en la posibilidad de terminación de común acuerdo del contrato estatal, se deberá analizar en cada caso concreto las circunstancias particulares que originaron dicho pacto, el interés público que con la extinción del vínculo se satisface y la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico, todo dentro del marco de las prestaciones recíprocas que corresponden a las partes.

TERMINACIÓN ANTICIPADA POR MUTUO DISENSO– Buena Fe – Noción

En la terminación anticipada por mutuo disenso del contrato estatal las partes deben obrar conforme al principio de buena fe, el cual en el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección durante el transcurso, modificación y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido. En materia de contratación pública el Consejo de Estado, Sección Tercera, en providencia del 3 de diciembre de 2007, consideró la buena fe como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de

su cumplimiento. La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos. Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones contractuales estatales, la buena fe impone a la administración y a los contratistas un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal, por lo que su observancia también deberá verificarse al momento de terminar tales contratos de mutuo acuerdo.

CONTRATO CONMUTATIVO – Definición – Alcance

No puede perderse de vista que el contrato estatal es conmutativo [artículo 28 de la ley 80 de 1993], por lo que deberá observarse el régimen jurídico aplicable a los contratos de esta clase. El contrato oneroso es conmutativo, dice el Código Civil, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio [...].

CONTRATO DE CONCESIÓN – Terminación – Disenso Mutuo

Como se planteó en el relato de los antecedentes de la consulta, en aquellos contratos de concesión en donde se pactó la posibilidad de terminación anticipada por disenso mutuo del negocio jurídico, previamente al fin del plazo otorgado al concesionario, se deberán observar las cláusulas correspondientes, verificando en cada caso los requisitos y condiciones previamente pactadas para proceder a dicha terminación, las cuales incluyen, según lo dicho por el ministerio consultante, el pago al concesionario de una suma de dinero mediante la aplicación de una fórmula financiera acordada con antelación, extinguiéndose de esta forma el vínculo contractual. Además de las estipulaciones contractuales, se insiste que para proceder con la terminación por mutuo disenso del contrato estatal deberá tenerse en cuenta en ese momento las circunstancias particulares que originaron dicho pacto, el interés público que con la extinción del vínculo se satisface y la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico.

CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA – Naturaleza jurídica – Noción

En cuanto a la condición resolutoria expresa, se tiene que es una modalidad de extinción del negocio jurídico según las estipulaciones y cláusulas del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. [...] [H]a sido aceptada por la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, como una de las modalidades de terminación anticipada de los contratos estatales. [...] [D]entro del género acuerdo extintivo del negocio jurídico, además del mutuo disenso, se encuentra la posibilidad de pactar la condición resolutoria expresa, la cual tiene plena aplicación en los contratos estatales. [...] [P]ara la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el pacto expreso de las partes para terminar anticipadamente los contratos por el acaecimiento de una condición resolutoria, es plenamente procedente. Así, se tiene que dentro del género acuerdo extintivo, los contratos pueden terminar anticipadamente bajo las modalidades de mutuo disenso o condición resolutoria expresa, cuya operatividad deberá ser analizada en el caso concreto correspondiente. [...] Verificada la condición extintiva pactada en el contrato, este termina de pleno derecho.

POTESTADES EXORBITANTES – Noción – Potestad exorbitante

Las [...] competencias exorbitantes se derivan del poder público, son propias de su condición de autoridad y se enmarcan en el principio de legalidad pues son mandatos constitucionales o legales; por tanto, dichas competencias no se pierden cuando asume la condición de entidad contratante porque ellas no son objeto de negociación a tal punto que el ordenamiento jurídico en asuntos contractuales, y en particular en los que tengan por objeto «la explotación y concesión de bienes del Estado», las incorpora como cláusulas imperativas pese a que las partes no las consignent expresamente en el contrato [...]. En cuanto hace a la terminación unilateral del contrato como potestad exorbitante de las entidades públicas contratantes, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que es una manifestación de los privilegios contractuales derivados de la superioridad que ostenta la Administración Pública en su condición de titular del imperium estatal:

la decisión unilateral y ejecutiva, esto es, aquella que se emite sin necesidad de acudir al juez del contrato [...]. Se afirma igualmente que cuando la administración se ve avocada a hacer uso de este poder frente a la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato lo hace impulsada por razones del servicio público, bajo el entendido de que se trata de una potestad reglada y, por lo mismo, sólo puede invocarse en casos excepcionales como manifestación del poder coercitivo de que está investida. En otras palabras, las razones de oportunidad, mérito y conveniencia que imponen la terminación unilateral deben dar cuenta expresa de los motivos que dieron lugar al acto que pone fin anticipadamente al contrato. Si bien el interés público o general reclama el uso de este tipo de medidas extraordinarias su interpretación, es restrictiva por corresponder a reglas de excepción. La ley 80 de 1993 establece los casos en que esta potestad exorbitante podrá darse, ya que como se ha dicho la Administración expresa el interés público y éste debe prevalecer en caso de conflicto con el interés contractual y meramente económico.

POTESTAD EXORBITANTE DE TERMINACIÓN UNILATERAL – Características – Diferencias

La potestad exorbitante de terminación unilateral tiene las siguientes notas características: i] ámbito temporal para realizar la terminación: durante la ejecución del contrato; ii] las situaciones fácticas que lo permiten: la paralización y la afectación grave del servicio público; iii] la finalidad: evitar dicha paralización o afectación; iv] causales de procedencia, y v] debido proceso. I] En relación con el aspecto temporal de la terminación el contrato no puede haber finalizado o encontrarse extinguido, es decir, las obligaciones nacidas de él deben encontrarse dentro del plazo otorgado para su cumplimiento o estar pendientes de cumplirse al tenor de lo dispuesto en el contrato. Obviamente el contrato tampoco puede encontrarse en etapa de liquidación. Por tanto, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que es un imposible lógico dar por terminado unilateralmente un contrato que hubiese finalizado con anterioridad. ii] Las expresiones «paralización» y «afectación grave», corresponden a dos situaciones diferentes que pueden presentarse respecto de la prestación del servicio. La interpretación gramatical de las palabras así lo demuestra, pues la primera indica que una actividad, funcionamiento o proceso se detienen, se quedan quietos, mientras que la segunda denota continuidad pero alterada, cambiada, menoscabada. En la primera de ellas el servicio se interrumpe, mientras que en la segunda continúa pero afectado, es decir se entrega de mala calidad, sin las características suficientes para que sea aceptado sin reparos por los usuarios o beneficiarios del mismo. La hipótesis de la afectación grave debe ser interpretada en consonancia con los artículos 14 y 2° numeral 3° de la ley 80, pues en el primero de los citados se establece que las finalidades de la potestad de dirección y control, son las de «evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación»; y la definición de servicio público que trae la segunda norma aludida, exige que se preste en «forma general, permanente y continua.» [...] iii] La finalidad de la terminación es «evitar» la paralización y la afectación grave del servicio público. Según el Diccionario, evitar significa «apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda», lo que permite interpretar que la norma obliga a la Administración a anticiparse a un resultado posiblemente dañino que puede llegar a suceder más adelante en el tiempo. Es absurdo esperar a la paralización o a que el servicio público se afecte; la Administración está obligada a hacer lo posible para que esto no ocurra. [...] iv] El artículo 17 de la ley 80 dispone los eventos o causales en las que resulta procedente la terminación unilateral del contrato. [...] v] Debido proceso: Se encuentra claramente relacionado con el principio de transparencia, al punto que la terminación unilateral se realizará mediante acto administrativo debidamente motivado. Igualmente, resalta la Sala que el ejercicio de dicha potestad pública deberá estar conforme al principio de legalidad [...].

PRINCIPIOS – Eficacia – Economía – Noción

Las potestades de dirección y control de la entidad contratante se enmarcan dentro del principio de eficacia, según el cual, los contratos estatales deben lograr su finalidad, esto es la satisfacción del interés público y, en concordancia con el principio de economía propender por la obtención de los resultados que se buscan con esta actividad, es decir, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines [...].

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA – Noción

En cuanto al principio de transparencia la Sala, en el Concepto 2148 de 2013, al recordar la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, señaló que este persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en

igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar. [...] [E]ste principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos [...], en forma clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado. La Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entroniza este principio principalmente en los procedimientos de selección, en la definición de las bases de los mismos -elaboración de los pliegos y términos de referencia- y en la publicidad que debe darse a éstos y a la contratación pública en general. [...] De otra parte, en desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación [...]. En conclusión, el principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta, razón por la cual cabe remitirse para la debida comprensión de este principio a los comentarios efectuados en torno a aquellos.

SOBREPOSICIÓN DE TRAZADOS – Finalidad – Interés Público – Principios

La terminación unilateral de los contratos de concesión actualmente en ejecución para adelantar el programa de concesiones de cuarta generación, en los que se presenta la sobreposición de trazados, debe considerar los elementos expuestos, la finalidad de interés público que con la extinción del vínculo se satisface, la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico, y la observancia de los principios constitucionales de la función administrativa, en particular los de economía y eficacia. Una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone la terminación unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a su liquidación.

IMPERATIVIDAD DE CLÁUSULAS EXORBITANTES – No Procedencia

Es preciso indicar que en aquellos contratos estatales en los que por norma imperativa deben incluirse las cláusulas exorbitantes, en particular los que tengan por objeto «la explotación y concesión de bienes del Estado», como es el caso objeto de consulta, no resulta procedente pactar cláusulas que hagan nugatorio el poder exorbitante de la de la Administración. Ello es así porque, como ya se dijo, por virtud del artículo 14 de la ley 80, la entidad pública contratante y el contratista no se encuentran en pie de igualdad comoquiera que se le asignó a tales entidades «la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato», en cuyo desarrollo se les otorga determinadas prerrogativas excepcionales –incluida la de terminación unilateral del contrato–, competencia pública cuyo ejercicio encuentra sustraído de la voluntad de las partes, se insiste.

TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO – Mutuo Disenso – Condición resolutoria - Terminación Unilateral

Así las cosas, en el contexto de la consulta formulada, la terminación anticipada del contrato de concesión queda supeditada al acuerdo extintivo, en sus modalidades de mutuo disenso y condición resolutoria expresa, así como a la terminación unilateral por parte de la entidad pública contratante en ejercicio de su potestad exorbitante prevista en los artículos 14 y 17 de la ley 80 de 1993. En este sentido, ante la ausencia de dicho acuerdo y en atención a que en los contratos de concesión prima el interés público y los principios y reglas de orden público que permiten a la entidad concedente el ejercicio de las facultades de dirección y control del contrato, este podrá darse por terminado unilateralmente mediante acto administrativo motivado, previa la observancia de los requisitos legales establecidos en tales normas para el ejercicio de la señalada competencia, del interés público que se pretende colmar con el ejercicio de esa potestad y de los principios constitucionales de la función administrativa [artículo 209 C.P.], dentro del marco de prevalencia del interés general sobre el particular [...].

MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – Noción y definición

La modificación 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. [...] De esta forma las entidades estatales contratantes no pueden quedar ancladas a contratos que, ante el avance tecnológico, no permiten la observancia de los principios constitucionales de prevalencia del interés general sobre el particular, economía y eficiencia administrativa y por lo mismo impiden el cumplimiento de los fines de la contratación estatal. Es allí donde la Administración deberá ponderar los efectos de mantener el servicio en las condiciones inicialmente contratadas frente a los que se producirían en caso de modificación, y demostrar que sin la modificación se afectaría gravemente el servicio en un futuro más o menos cercano y se desaprovecharían los menores costos y mayores beneficios sociales que traen dichos cambios, afectándose el interés público. (...)

MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – Mutuo acuerdo – Unilateralmente – Definición material

La modificación se podrá realizar de mutuo acuerdo o unilateralmente. Si bien la ley autoriza lo primero, lo cierto es que no indica cómo debe buscarse dicho consenso; de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cuando las necesidades y el interés público lo exijan para evitar la «paralización» y «afectación grave» del servicio público. Lo anterior permite sostener que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, comoquiera que toda modificación debe observar una clara finalidad de interés público y tener una motivación real y cierta, siguiendo las reglas de los artículos 14 y 16 de la ley 80. Además, resalta la Sala que deberá considerarse en todo momento el principio de buena fe en los términos explicados en el acápite anterior. Si buscado el mutuo acuerdo este no se obtiene, la Administración deberá proceder a la modificación unilateral mediante acto administrativo debidamente motivado. Reitera la Sala que el ejercicio de dicha potestad pública deberá estar conforme al principio de legalidad [...]. Materialmente la modificación consistirá en la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Tradicionalmente la modificación del contrato ha sido utilizada para la adición de obras pero claramente la ley permite que el objeto de la modificación consista en la supresión de las mismas.

MODIFICACIÓN POR ACUERDO DE LAS PARTES – Alcance

En presencia de cualquiera de las causales de modificación unilateral del contrato, la ley exige que previamente las partes lleguen a un acuerdo. Este acuerdo puede consistir en la desafectación de tramos concesionados y como consecuencia la supresión de las obras que deberían realizarse, la disminución del valor del contrato y del plazo. Lo anterior tiene por efecto la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo.

ADICIÓN DEL CONTRATO – Definición jurisprudencial – Definición

Dado que la ley no define lo que debe entenderse por «adición» de un contrato estatal, la jurisprudencia y la doctrina han sido las encargadas de perfilar el significado de dicho concepto. [...] La Sala en el concepto 2148 del 23 de agosto de 2013, considerando la jurisprudencia y la doctrina citadas, sostuvo que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos para: [i] agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o [ii] modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración pactada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes [cláusulas de actualización o reajuste de valor] o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles [teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.] En sentido contrario, la supresión significará «hacer cesar, hacer desaparecer», obras, servicios o actividades previstas inicialmente en el objeto contractual, lo cual implicará una disminución de los valores del contrato, obviamente con el debido sustento legal, técnico y económico.

SUPRESIÓN DE OBRAS – Alcance

Tratándose de contratos de concesión de infraestructura vial, caso bajo consulta, la supresión de obras bien puede consistir en la desafectación de tramos concesionados, toda vez que la entidad pública concedente, como titular de la prestación del servicio público de transporte tiene el deber de dirección, control y vigilancia del contrato [artículos 365 CP, y 14 y 32, numeral 4, de la ley 80 de 1993], y por lo mismo, dicha desafectación al consistir materialmente en la supresión de las obras que deberían realizarse en el tramo correspondiente, genera una disminución del valor del contrato, así como del plazo para el cumplimiento de las obligaciones originalmente pactadas. Obviamente, para que se produzca la desafectación deberán observarse las reglas comentadas para la modificación del contrato, con la advertencia de que si se presenta una variación del contrato igual o superior al 20% de su valor, se dará la consecuencia prevista en el inciso 2 del artículo 16 de la ley 80 [...].

DESISTIMIENTO O RENUNCIA DEL CONTRATISTA – Noción

La jurisprudencia del Consejo de Estado [...] ha considerado que la norma transcrita establece un modo anormal de terminación de los contratos estatales que se materializa en el desistimiento -o renuncia- del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; aquí se descarta el mutuo acuerdo para la modificación, por la simple razón que si el contratista conviniera en ella, así altere en 20% o más el valor inicial del contrato, continuaría con su ejecución y no optaría por la renuncia al mismo. [...] En tal caso deberá ordenarse la liquidación del contrato y aplicarse el inciso 2º del numeral 1º del artículo 14 de la ley 80, según el cual cuando una entidad estatal ejerza esta potestad exorbitante de modificación unilateral «[...] deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial».

CONTRATO DE CONCESIÓN – Modalidades

La ley 80 de 1993 unificó las diferentes clases de concesiones en un solo tipo contractual [...]. A pesar del carácter unitario que la norma [...] pretende darle al contrato de concesión, la jurisprudencia y la doctrina han identificado, por lo menos, tres modalidades distintas de dicho contrato: [i] concesión para la prestación de un servicio público; [ii] concesión para la construcción de una obra pública, y [iii] concesión para la administración y explotación de un bien de carácter público.

TERMINACIÓN Y MODIFICACIÓN – Reglas especiales

Dado que la consulta formulada por el Ministerio de Transporte se refiere a las concesiones viales, resulta importante mencionar que la ley 105 de 1993, en su título II [infraestructura del transporte], capítulo IV [obras por concesión], contiene varias normas referentes a la construcción y mantenimiento de obras de infraestructura vial por concesión. Como lo reiteró la Sala en los conceptos 2148 y 2149 de 2013, por tratarse de reglas especiales, tales disposiciones se aplican de manera preferente a los contratos de concesión para la ejecución de obras de infraestructura vial, sobre las normas generales de contratación estatal. Los artículos 30 a 36 de la ley 105 de 1993 establecen reglas sobre la posibilidad de que la Nación y las entidades territoriales, en forma separada o con el concurso de sus entidades descentralizadas, contraten obras de infraestructura vial por el sistema de concesión; sobre la opción de financiar los respectivos proyectos mediante la titularización de los flujos de dinero asociados a los mismos; sobre la inclusión de cláusulas exorbitantes; sobre la viabilidad de otorgar garantías de ingresos a los concesionarios y de acordar el uso de los excedentes de recursos que generen las obras entregadas en concesión; sobre las adquisiciones de predios y la expropiación administrativa, y sobre la liquidación de los contratos. [...] En relación con el ejercicio de las potestades exorbitantes el artículo 32 de la ley 105 [...] establece de manera especial una limitación al ejercicio de las citadas potestades exorbitantes frente a los concesionarios de infraestructura vial, consistente en que la Administración tiene competencia temporal [ratio temporis] para ejercer las potestades exorbitantes señaladas en los artículos 15, 16 y 17 de la ley 80 de 1993, solamente en la época contractualmente definida para que el concesionario cumpla con la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación a las que se comprometió. Ello significaría que si el contrato se encuentra en la etapa de operación, no se puede hacer uso de tales potestades. [...] [L]a mayoría de contratos de concesión vigentes han sido modificados, y respecto de ellos de han realizado aportes estatales con cargo al presupuesto nacional, por lo que el supuesto fáctico de la citada norma ha variado, y por lo mismo, su interpretación debe morigerarse a las reales circunstancias financieras del respectivo contrato.

Si a ello agregamos que jurídicamente en el Estado Social de Derecho, resulta improcedente disponer de las potestades públicas, la lectura del artículo 32 de la ley 105, no puede limitarse al tenor literal allí fijado.

CONTRATOS DE CONCESIÓN – Principios – Negociabilidad – Potestades públicas

La realización del interés y servicio público que involucra la ejecución de las obras públicas de infraestructura vial en concesión es responsabilidad constitucional, indelegable y exclusiva del Estado, pues así lo definió expresamente el legislador [ley 105 de 1993], situación que dota a la entidad estatal concedente de expresas y directas atribuciones de dirección, control y vigilancia en la ejecución del contrato [artículos 2, 14, num. 1, y 32 de la ley 80 de 1993], las cuales se manifiestan concretamente, entre otras, en las potestades de terminación y modificación unilateral de dichos contratos. En tal contexto, la Sala estima que el legislador no puede válidamente disponer de tales potestades por las siguientes razones: i] Las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado. En su ejercicio, se encuentran comprometidos la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que constituyen elementos integradores del orden público. El Estado, a través de la función administrativa, desarrolla una vasta y compleja actividad destinada a la protección de los intereses públicos, la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas y la protección de los derechos de los individuos. [...] Por tanto, el principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, se materializa en que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad. De aquí se estructura el principio según el cual en nuestro régimen de derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos, como serían los derivados del ejercicio de las potestades exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos estatales. ii] En tratándose del contrato de concesión, constitucionalmente se exige a la entidad pública concedente, el deber de dirección control y vigilancia del contrato [...]. [S]iendo las potestades de terminación y modificación unilateral, derivación directa del deber constitucional de dirección control y vigilancia del contrato de concesión, resulta contrario a la constitución que las mismas sean limitadas por el legislador. lii] [...] Resulta contrario a la Constitución coartar las potestades públicas sobre los bienes afectos al uso público, como la infraestructura de transporte y en particular la red de carreteras, toda vez que es deber del Estado velar por su control de vigilancia, el cual se ve materializado en el contrato de concesión, entre otras posibilidades, en la potestades de terminarlo o modificarlo, cuando quiera que el bien de uso público que se construye no cumpla con las finalidades y uso que exige el interés general.

CONTRATOS DE CONCESIÓN – LEY 105 DE 1993 – Ejercicio – Potestades Exorbitantes

En conclusión, en los contratos de concesión de infraestructura vial celebrados en vigencia de la ley 105 de 1993 que actualmente se encuentren en etapa de operación, la literalidad del artículo 32 ibídem, que en principio impediría el ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilateral, debe leerse conforme a los criterios constitucionales expresados en precedencia, y por lo mismo, por mandato constitucional en tales contratos es posible el ejercicio de las potestades exorbitantes de derecho público antes mencionadas, en virtud de las facultades de dirección, vigilancia y control que constitucionalmente debe ejercer la entidad concedente respecto del concesionario. [...] Lo anterior no impide que las partes acuerden, aún en la etapa de operación, terminar anticipadamente el contrato de concesión o modificar la fórmula de recuperación de la inversión, para lo cual se deberán seguir las estipulaciones de los respectivos contratos sobre el particular [...].

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00214-00(2150)

Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia: Sobreposición de trazados en proyectos de infraestructura vial. Terminación anticipada de los contratos estatales. Potestades exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos estatales.

La señora Ministra de Transporte consulta a la Sala sobre la búsqueda de alternativas jurídicas para solucionar la problemática que se presentaría en los proyectos de concesión de cuarta generación a desarrollarse bajo la ley 1508 de 2012, debido a la sobreposición de trazados que se daría entre tales proyectos y contratos de concesión actualmente en ejecución.

I. ANTECEDENTES

El ministerio consultante hace un recuento de la normatividad aplicable a las concesiones, desde la ley 105 de 1993, hasta la ley 1508 de 2012. Afirma que desde mediados de los años 90 hasta el 2010 se adjudicaron contratos de concesión vial, de primera¹, segunda² y tercera generación³ de los cuales la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) tiene a su cargo, hoy en día, la «*administración*» de 24 concesiones viales, cuyos trazados fueron definidos en los contratos que les dieron origen.

Con base en el Plan Nacional de Desarrollo, ley 1450 de 2010, la ANI trabaja actualmente en la estructuración de nuevas concesiones viales para mejorar y fortalecer la competitividad y conectividad en materia de infraestructura de transporte, para lo cual se ha diseñado el programa de «cuarta generación de concesiones viales (4G)», cuyos lineamientos de contratación están fijados en la ley 1508 de 2012.

Los diseños de las nuevas vías a concesionar en algunos casos presentan sobreposiciones con trazados ya concesionados cuyos contratos se encuentran actualmente en ejecución, los cuales no pueden ser adicionados en la medida en que se superaría el límite legal para la adición, o corresponderían a condiciones diferentes a las pactadas en la concesión inicial.

¹ En el documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013 se indica que dicha generación inició en 1994 y se suscribieron 11 contratos de concesión de carreteras, enfocados principalmente a labores de rehabilitación y ampliación de calzadas en 1.649 km de vías, concentrados en aquellos tramos donde mayor tráfico se presentaba, pero sin incorporar criterios de continuidad de corredor dentro de la red vial nacional.

² En 1995 se expide el documento CONPES 2775 con el fin de fijar políticas tendientes a mejorar temas relacionados con aspectos financieros, esquemas de responsabilidad y riesgos, entre otros, que fueron la base de la segunda generación de concesiones viales, en la cual se intervinieron 470 km de vías como parte de una estrategia orientada hacia la construcción de nuevos tramos de vías, de segundas calzadas en los accesos a las principales ciudades y la rehabilitación de tramos viales existente. Tomado del documento CONPES 3760 de 2013.

³ En los documentos CONPES 3045 de 1998 y 3413 de 2006 se identificaron los proyectos que hicieron parte de la tercera generación de concesiones y se realizaron ajustes normativos, tales como el previsto en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, el cual buscaba modificar aspectos relacionados con las prórrogas y adiciones en los contratos de concesión, así como temas de asignación de riesgos y criterios de adjudicación de contratos. Tomado del documento CONPES 3760 de 2013.

Cita la sentencia C – 300 de 2012 de la Corte Constitucional que alude a contingencias que pueden afectar la ejecución de los contratos a largo plazo. En este sentido afirma que las concesiones contratadas bajo el amparo de las leyes 80 y 105 de 1993 fueron diseñadas bajo una óptica diferente, la cual no corresponde a las necesidades actuales del país para mejorar su infraestructura de transporte, motivo por el cual se requiere encontrar mecanismos jurídicos que *«permitan terminar anticipadamente los contratos de concesión en desarrollo, sin menoscabo de las condiciones contractuales pactadas»*.

Concluye la señora Ministra que en algunos contratos de concesión las partes acordaron que durante la ejecución del mismo, previa la existencia de los recursos suficientes y las condiciones reinantes, se podrían realizar otros aportes estatales, con el fin de reducir o terminar el plazo de la concesión, para lo cual se estableció la metodología que permite cuantificar el valor a pagar en caso de hacerse uso de esa estipulación contractual. No obstante, existen otras concesiones en las cuales no se contempló dicha posibilidad.

Es preciso indicar que para establecer el contexto en que se formuló la consulta, se realizó una audiencia con la señora Ministra de Transporte y el Presidente de la ANI. Como resultado de la audiencia la Sala solicitó información adicional alusiva al caso, la cual fue remitida con posterioridad por ese ministerio.

Los anteriores planteamientos conducen a las siguientes

PREGUNTAS:

“1) ¿Es viable que la Agencia Nacional de Infraestructura en un contrato de concesión en ejecución, reduzca o termine el plazo de la concesión vial pactado contractualmente, realizando lo aportes estatales necesarios, con el fin de que los tramos que actualmente hacen parte de una concesión pasen a integrar un nuevo negocio jurídico, bajo el amparo de la ley 1508 de 2012, de cuarta generación, que buscan mejorar la infraestructura de transporte del país, que cumplan con los objetivos de competitividad y conectividad, y haciendo usos de los ejercicios financieros correspondientes para cuantificar el valor a pagar al concesionario?”

2) ¿En el caso de los contratos de concesión, sus modificaciones o adicionales en los que no se pactó la posibilidad de reducir o terminar el plazo de la concesión vial, cuáles serían los mecanismos que puede utilizar la entidad para realizar la reducción o terminación que le permitan retomar dichos tramos que se requieren para entregar en concesión a los proyectos de cuarta generación que buscan mejorar la infraestructura de transporte del país y que cumplan con los objetivos de competitividad y conectividad?”

II. CONSIDERACIONES

A. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes de la consulta la Sala entiende que en algunos de los proyectos de concesión de cuarta generación a desarrollarse bajo la ley 1508 de 2012, se presentan ciertas dificultades para su estructuración debido a la sobreposición de trazados que se daría entre tales proyectos y contratos de concesión actualmente en ejecución.

Bajo este contexto en estos últimos contratos se distinguen dos situaciones: **i)** en algunos se pactó la posibilidad de terminación anticipada del negocio jurídico o la reducción del plazo contractual mediante el pago al concesionario de una suma de dinero, previa la aplicación de una fórmula financiera acordada para el efecto, y **ii)** en otras concesiones tal pacto no existe, por lo que se buscan alternativas jurídicas para solucionar dicha problemática.

En consecuencia, para responder los interrogantes formulados la Sala analizará los siguientes aspectos: **i)** marco constitucional de la contratación estatal, con énfasis en los deberes de dirección, control y vigilancia de la entidad estatal contratante y el deber de planeación contractual; **ii)** terminación anticipada de los contratos estatales, bien sea de mutuo acuerdo o unilateralmente; **iii)** modificación de los contratos estatales, y **iv)** límites legales al ejercicio de las potestades exorbitantes de terminación y modificación unilateral en los contratos de concesión de infraestructura vial.

B. Marco constitucional de la contratación estatal

1. La intervención del Estado en los contratos de concesión y el deber de dirección, control y vigilancia por parte de la entidad pública concedente

La contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los medios a utilizar por las entidades públicas para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares o de otras entidades estatales. Por tanto, toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política.

Sobre el particular el Consejo de Estado, Sección Tercera, manifestó lo siguiente en providencia del 3 de diciembre de 2007⁴:

“i) Principios constitucionales aplicables a la contratación pública

“La actividad contractual del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa se encuentra sometida en un todo al imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993, precisamente, fue adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991⁵, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.)”.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación N° 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

⁵ “Se dijo en la exposición de motivos de esa ley: “Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias...”. Exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992.”

En este sentido, el interés público que se pretende colmar a través de la actividad contractual se desarrolla especialmente bajo los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.), dentro del marco constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular que claramente ubican a la Administración contratante en un plano de preeminencia sobre el contratista.

Respecto a los fines de la contratación estatal, la Corte Constitucional ha señalado:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”⁶

Por su parte, el artículo 365 C.P. dispone:

"Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios...".

Dado que la consulta se refiere a las concesiones de infraestructura vial, es del caso citar 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”*, que en sus principios fundamentales ordena la intervención del Estado en la planeación, control, regulación y vigilancia del transporte y de las actividades a él vinculadas (artículo 2, literal b), aspecto plenamente concordante con el transcrito artículo 365 C.P. En este sentido, la ley 105 en su artículo 30, establece en lo pertinente:

“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...”.

La infraestructura vial es elemento esencial del servicio público de transporte y cuando el Estado como titular de esa infraestructura la entrega en concesión, tendrá el deber de dirección, control y vigilancia de esos contratos por expreso mandato constitucional, aspecto que es desarrollado en la ley 80 de 1993 desde la misma definición que normatividad trae respecto de los servicios públicos, así como del contrato de concesión. En efecto, la ley 80 define *“para los solos efectos de esta ley”*, servicio público, así:

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009.

“Artículo 2 (...)

3. Se denominan servicios públicos: Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.” (Subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 32 de la ley 80 al describir el contrato de concesión, enfatiza en que éste se desarrolla bajo la *vigilancia y control* de la entidad concedente dado el servicio público que el contrato pretende servir. En lo pertinente la norma dispone:

“Artículo 32. De los contratos estatales. (...)

4º. Contrato de concesión.

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración (...) que las partes acuerden. (...)”. (Ibídem).

En consecuencia, la realización del interés y servicio público que involucra la ejecución de las obras públicas de infraestructura vial en concesión es responsabilidad constitucional, indelegable y exclusiva del Estado, pues así lo definió expresamente el legislador (ley 105 de 1993), situación que dota a la entidad estatal concedente de expresas y directas atribuciones de dirección, control y vigilancia en la ejecución del contrato (artículos 2, 14, num. 1, y 32 de la ley 80 de 1993), las cuales se manifiestan concretamente, entre otras, en las potestades de terminación y modificación unilateral de dichos contratos.

Igualmente, el contratista colaborador (artículos 3 y 5, num. 2, ley 80) debe cumplir con sus obligaciones en el tiempo, modo, lugar y conforme a los demás aspectos y circunstancias convenidas en el contrato y, por ende, ejecutar cabalmente su objeto. En tal sentido la ley 80, en concordancia con las normas constitucionales citadas, atribuye a la Administración el deber de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado (artículo 4, num. 1, ib), e incluso el que corresponda a los cambios o innovaciones tecnológicas del bien o servicio contratado, aspecto sobre el que la Sala volverá más adelante.

2. El principio constitucional de planificación y el deber contractual de planeación

En el Estado social la necesidad de una política anticipadora – preventiva (con el fin de que el daño o los prejuicios ni siquiera lleguen a producirse), tiene pleno sustento en los artículos 1, 2, 334, 339, 341 y 365 CP.

En este sentido, al decir de Benda⁷, la no decisión o inactividad de la Administración no es la solución. Por ello cobra creciente peso la cláusula del

⁷ BENDA, Ernesto. Manual de Derecho Constitucional, segunda edición. Editorial Marcial Pons, Barcelona. 2001. Páginas 553 y ss.

Estado social como categoría jurídica *orientada al futuro* dándole sentido al mandato constitucional para la planificación⁸ que en este contexto significa la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto. Señala el autor alemán que la planificación se basa en prognosis, es decir, en la averiguación y valoración de las circunstancias que pueden tener importancia en la decisión. El cumplimiento de la tarea de integración que compete al Estado social, referido a la planificación, comporta el esfuerzo de buscar entre las alternativas posibles aquella que mejor puede conducir a una compensación de los intereses y por ende al bien común; vale también para la relación de la población actual con las futuras generaciones, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta⁹.

Bajo este contexto constitucional resulta pertinente traer al caso la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado que ha resaltado la importancia creciente del deber de planeación en la contratación estatal. Ciertamente, en la sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031, sostuvo:

[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional –artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal – artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007 [...].”

⁸ “El derecho no es impotente frente a las relaciones sociales, sino que puede influir en ellas y cambiarlas. Si la cláusula del Estado social no comprende únicamente la preocupación por los actuales ciudadanos, sino que también contempla a sus hijos y nietos en sus futuras condiciones de existencia, entonces es posible hablar de un mandato constitucional en pro de una política anticipadora...Se ha inferido así de la cláusula de Estado social una habilitación constitucional para la planificación”. Benda, Op. Cit. Página 554.

⁹ Op. Cit., página 557

Como puede advertirse, el deber de planeación no sólo es importante en la etapa precontractual, sino durante toda la vida del contrato, lo que incluye su modificación e incluso su terminación y liquidación. En efecto, el pasado 13 de junio la sección tercera, subsección C, reiteró la trascendencia del deber de planeación, en los siguientes términos:

“(…) Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”¹⁰

Así las cosas, la observancia del deber de planeación en un contrato de concesión, dado su carácter de ejecución sucesiva, permitirá a la Administración anticipar o prevenir aquellas situaciones que produzcan variaciones o alteraciones al interés o servicio público que dio origen al contrato, para lo cual podrá promover o diseñar medidas que le permitan remediar tales acontecimientos sobrevinientes, mediante la modificación o terminación unilateral o de mutuo acuerdo del respectivo contrato, según se explica a continuación.

C. La terminación anticipada del contrato estatal

1. Breve mención al derecho privado

¹⁰ Rad. 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637).

Los contratos existentes y válidos deben ser cumplido por las partes de buena fe, en la totalidad de las prestaciones que los vinculan y en la forma y oportunidad debidas (artículos 1602 y 1603 del Código Civil –C.C.–, y 871 del Código de Comercio). De esta manera el cumplimiento es la forma normal u ordinaria de extinción del vínculo contractual, aunque también el contrato está llamado a extinguirse por causas legales o contractuales.

Por su naturaleza, función y finalidad los contratos son efímeros o transitorios. Ello significa que no tienen vocación de perpetuidad, tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

“(…) los contratos (…) son instrumentos para una función práctica o económica social, no tienen vocación perpetua y están llamadas a extinguirse mediante el cumplimiento o demás causas legales.

La perpetuidad, extraña e incompatible al concepto de obligación, contraría el orden público de la Nación por suprimir *ad eternum* la libertad contractual (artículos 15, 16 y 1602, Código Civil; 871 y 899, Código de Comercio).

(…)

La Constitución Política de 1991, incorporó al derecho interno los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, consagró disposiciones de principio, enunció un catálogo mínimo de derechos fundamentales, libertades y garantías, enfatizó en la persona como centro motriz del ordenamiento, en su dignidad, libertad e igualdad, libre desarrollo de la personalidad, trabajo, profesión u oficio, garantía de la propiedad privada, función social de los derechos, iniciativa económica y libertad de empresa, cuya sola mención excluye toda relación perpetua al aniquilar *per se* la libertad, cuestión ésta de indudable orden público por concernir a principios ontológicos de la estructura política, el ordenamiento jurídico y a intereses vitales para el Estado y sociedad. Por demás, la transitoriedad de la relación jurídica y la prohibición de relaciones contractuales u obligatorias perpetuas, deriva de los principios generales de las obligaciones”¹¹.

De esta manera, no sólo por disposiciones constitucionales sino por la noción misma del contrato como instrumento jurídico – económico, este puede terminar en cualquier momento. Siguiendo los artículos 1602 y 1625 C.C., las causales de dicha terminación pueden ser, entre otras, el consenso de las partes (resciliación o mutuo disenso) o porque ellas en ejercicio de la autonomía de la voluntad ceñida a la ley y a la buena fe han dispuesto de manera clara, expresa e inequívoca la terminación unilateral del contrato, esto es, la cesación o extinción del negocio jurídico por **acto unilateral** de una parte.^{12 13}

Respecto del mutuo disenso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás enseña que es uno de los correctivos jurídicos que tienen las partes contratantes en el régimen común para aniquilar el contrato, esto es, “[l]a primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan ‘mutuo disenso’, ‘resciliación’ o ‘distracto contractual’, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01

¹² *Ibidem*. Sentencia del 14 de diciembre de 2010. Exp. No. 41001-31-03-001-2002-08463-01. También la sentencia citada del 30 de agosto de 2011.

¹³ Según la jurisprudencia señalada, la terminación unilateral “engloba un conjunto heterogéneo de supuestos señalados con expresiones polisémicas, disímiles y anfibológicas, tales las de desistimiento unilateral, receso, retracto, destrato, disolución, renuncia, revocación, rescisión, *resiliation* o resolución unilateral convencional, **cláusulas resolutorias o de terminación unilateral expresas**, denuncia de contrato a término indefinido, terminación *in continenti* por incumplimiento esencial, grave e insuperable, etc.” (Resalta la Sala).

mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que ‘toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula’¹⁴.

La doctrina civilista¹⁵, al explicar este modo indirecto de extinción de las obligaciones, con base en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia el contrato es ley para las partes y sólo puede dejarse sin efectos, por el consentimiento mutuo de ellas o por causas legales, ha señalado:

[E]l acto jurídico legalmente celebrado (convención, contrato o acto unipersonal) puede crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cual si dicho acto emanase del propio legislador que lo autoriza. Además, como se ve, el propio texto enuncia la principal consecuencia del postulado al prohibirles a los agentes destruir unilateralmente, salvo excepciones..., la obligatoriedad de sus convenciones y contratos; para ello se exige un nuevo acuerdo entre los agentes, o sea su mutuo disenso (résiliation en Francia), por oposición al mutuo consentimiento que ellos prestaron al celebrar tales actos. A propósito del comentado texto legal, importa aclarar que al decir este ‘y no puede ser invalidado [el contrato] sino por su mutuo consentimiento...’, no significa que el contrato o convención pueda ser anulado por el mutuo disenso de las partes, como si el referido acto adoleciera de un vicio dirimente, pues el texto parte del supuesto del que el acto ha sido ‘legalmente celebrado’, o sea, que reúne todos los requisitos para su existencia y validez. Luego el verdadero sentido de la expresión legal impropia es la de indicar que, **así como las partes gozaron de autonomía para celebrar la convención o contrato, también la tienen para deshacerlo, para revocarlo convencionalmente, para privarlo de su eficacia futura (ex nunc) y, si así lo quieren, para destruir en cuanto sea posible los efectos ya producidos (ex tunc) (...)**. (Se resalta).

En cuanto a la terminación unilateral, la falta de enunciación expresa en el Código Civil de la misma dentro de los modos extintivos no es escollo ni argumentación plausible para descartar su procedencia jurídica, a juicio de la jurisprudencia de la Corte Suprema en comento, por cuanto la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado:

“En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces (...)¹⁶”

Ahora, no debe confundirse el plazo extintivo, legal o negocial, con el mutuo disenso o la terminación unilateral.

La noción de plazo se señala en el artículo 1554 C.C., de la siguiente manera: *“El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo”*.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J. t. CLIX, pág. 306; en similar sentido: sentencias de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 125; 7 de junio de 1989, G.J. t. CXCVI, pág. 162; 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707; 15 de septiembre de 1998, G.J. t. CCLV, pág. 588 y 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01, 14 de agosto de 2007, exp. 08834 – 01.

¹⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Ed. Temis, Bogotá, 2005, Págs. 313 a 315 y 481.

¹⁶ *Ibidem*.

Tradicionalmente la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha entendido el plazo como el acontecimiento futuro y cierto *“al cual está subordinada la exigibilidad o extinción de una obligación”*¹⁷. En el plazo extintivo, este pone fin a las obligaciones vigentes al momento de su ocurrencia.

Así las cosas, la jurisprudencia de esa Corporación ha sostenido que, previamente al fin del plazo, *“nada obsta a las partes terminar el contrato, ya por recíproco consenso (mutuo disenso, acuerdo extintivo), ora unilateralmente en los casos legales, contractuales o, por advenimiento de la condición resolutoria expresa en virtud de incumplimiento grave e insalvable cuando estipulan cláusula resolutoria. En efecto, nada impide a las partes pactar la terminación unilateral anticipada de un contrato a término definido, pero en ausencia de estipulación o previsión legal, están obligadas por el plazo y deben cumplirlo”*¹⁸.

En cuanto a la condición resolutoria expresa, se tiene que es una modalidad de extinción del negocio jurídico según las estipulaciones y cláusulas del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sobre ella volverá la Sala más adelante, toda vez que ha sido aceptada por la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, como una de las modalidades de terminación anticipada de los contratos estatales.

En conclusión, puede afirmarse que bajo la normatividad civil y comercial, ámbito en el cual las partes gestionan intereses privados y se encuentran en principio en pie de igualdad, no solo es posible terminar anticipadamente el contrato por mutuo acuerdo entre ellas, sino también pactar de manera expresa e inequívoca la terminación unilateral del contrato a favor de una de las partes, incluso antes del vencimiento del plazo acordado, o acudir a la condición resolutoria expresa.

Dicho lo anterior, enseguida se analizará la terminación anticipada en la contratación estatal.

2. La terminación anticipada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

2.1. Terminación por mutuo disenso del contrato estatal

La normatividad aplicable a los contratos estatales parte de la Constitución Política, así como por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias especialmente reguladas en la ley 80 de 1993 (artículo 13).

Por su parte el artículo 32 *ibídem* define los contratos estatales como *“...todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la **autonomía de la voluntad**, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...”*. (Resalta la Sala).

En concordancia con lo anterior, el artículo 40 de la ley 80 reitera el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal, permitiéndola en la negociación de las estipulaciones contractuales, en el contexto de los fines

¹⁷ Sentencia del 25 de junio de 1951.

¹⁸ Sentencia del 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01

estatales, las cuales estarán “de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, (que) correspondan a su esencia y naturaleza”. Agrega además que en los contratos celebrados por las entidades estatales “podrán incluirse las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración” (inciso 4º ibídem).

Así las cosas, lo dicho sobre la terminación anticipada por mutuo disenso de los contratos en el derecho privado, al tener pleno soporte constitucional y legal en las normas mercantiles y civiles estudiadas en el punto anterior, cobra aplicación para la contratación estatal por disposición expresa y directa de los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993. No obstante, para dicha terminación no basta el simple acuerdo de las partes, sino que debe verificarse que la extinción del vínculo contractual este conforme con la finalidad de interés público ínsita en la contratación estatal y la observancia de los principios constitucionales de la función administrativa.

En efecto, como lo ha señalado la doctrina, por virtud del inciso segundo del artículo 40, la autonomía de la voluntad queda limitada por el cumplimiento de los fines estatales, de tal manera que si un contrato o alguna de sus cláusulas no realiza un cometido estatal o no lo coadyuva, “podría configurarse una especie de falta de causa o motivo determinante del contrato, no valiendo como tal la mera liberalidad, al contrario de lo que ocurre en el Derecho Privado (Cfr. artículo 1524 del C.C.)...”¹⁹.

De esta manera, la entidad estatal deberá evaluar que los fines estatales, el interés y servicio público que se pretenden satisfacer con la contratación, se observarán más efectivamente con la inclusión de manera clara, expresa e inequívoca de una cláusula que permita la terminación anticipada por mutuo disenso del contrato al presentarse determinadas condiciones previamente señaladas en el mismo. Y antes de plantear al contratista la posibilidad de hacerla efectiva, igualmente deberá valorar si tales condiciones inicialmente previstas se mantienen o han variado, todo con el fin de conservar el interés público perseguido con la cláusula de terminación consensual.

La terminación anticipada por mutuo disenso del contrato estatal ha sido examinada por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado – Subsección A²⁰, de la siguiente forma:

“Además se encuentra, como causal de terminación de los contratos de la Administración, el *mutuo consentimiento de las partes*, la cual se ubica en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato –puesto que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa forma de finalización anticipada–, como tampoco corresponde en su totalidad a los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del nacimiento y del transcurso normal de todo contrato (artículo 1602 C.C.)”²¹.

¹⁹ Peña Castrillón, Gilberto. *Solución de controversias contractuales en la Ley 80*. Citado por Susana Montes de Echeverri. Revista de Derecho Público No. 11 junio de 2000 Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. “*Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos*”.

²⁰ Sentencia del 9 de mayo de 2012, Radicación: 85001233100020000019801. Exp. 20.968.

²¹ La sentencia se refiere a los modos normales y anormales de terminación de los contratos estatales, según la doctrina y la jurisprudencia. “En la primera categoría, esto es entre los *modos normales de terminación de los contratos de la Administración*, suelen y pueden incluirse las

Al considerar la doctrina propia del derecho público, la Sección Tercera del Consejo de Estado – Subsección B²², reiteró la posibilidad de terminación anticipada del contrato estatal mediante mutuo disenso, en los siguientes términos:

“19. La terminación del contrato por mutuo acuerdo o rescisión convencional, como modo anormal de conclusión de los contratos celebrados por la administración, ha sido también una figura desarrollada ampliamente en la doctrina ius administrativa; Escola a propósito expone lo siguiente:

‘Los contratos administrativos pueden concluir, al igual que los de derecho privado, en virtud de una rescisión convencionalmente acordada por las partes que los contrataron, es decir, la administración pública y el cocontratante particular.

De este modo, las mismas voluntades que se concertaron para dar nacimiento al contrato, se ponen de acuerdo para darle fin, sin esperar el cumplimiento del objeto del contrato, o sin aguardar la expiración del término fijado como de duración de aquél.

La simplicidad de esta forma de conclusión de los contratos administrativos exime de mayores comentarios, tratándose de la aplicación de un principio recibido en materia de contratos y que ha sido consagrado por el art. 1200 de nuestro Código Civil, según el cual ‘Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen trasferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza’.

El mutuo consentimiento, que fue el que creó la relación contractual, es también el que la extingue, y será igualmente la voluntad acordada de las partes la que habrá de determinar los efectos que producirá la extinción del contrato, que por lo general se limitarán al pago de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado’.²³

20. Para Bercaitz, “[e]n todo lo demás y dentro de la relativa autonomía de que gozan los órganos administrativos, lo que el mutuus consensus ha formado, el mutuus disensus puede disolverlo sin mayores impedimentos, siempre que el fin público que constituyó la causa del contrato sea resguardado, tanto tratándose de una concesión de servicios públicos, de obra pública, de empleo público o de suministros”²⁴. (Notas al pie textuales).

En la terminación anticipada por mutuo disenso del contrato estatal las partes deben obrar conforme al principio de buena fe, el cual en el ámbito de la

siguientes causales: **a).**- cumplimiento del objeto; **b).**- vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; **c).**- terminación o vencimiento del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato y **d).**- acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes. Los *modos anormales de terminación de los contratos de la Administración* se configuran, a su turno, por: **a).**- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; **b).**- terminación unilateral propiamente dicha; **c).**- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; **d).**- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; **e).**- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; **f).**- declaratoria judicial de terminación del contrato; y **h).**- declaratoria judicial de nulidad del contrato”.

²² Sentencia del 26 de julio de 2012, Radicación: 13001-23-31-000-1998-00343-01. Exp. 23.605.

²³ Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1977, Volumen I, pág. 476.

²⁴ Bercaitz, Miguel A, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1980, 2ª edición, pág. 598.

contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,²⁵ esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad²⁶, lealtad y corrección durante el transcurso, modificación y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

En materia de contratación pública el Consejo de Estado, Sección Tercera, en providencia del 3 de diciembre de 2007²⁷, consideró la buena fe como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.²⁸ La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos.

Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones contractuales estatales, la buena fe impone a la administración y a los contratistas un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal, por lo que su observancia también deberá verificarse al momento de terminar tales contratos de mutuo acuerdo.

Por último, no puede perderse de vista que el contrato estatal es conmutativo (artículo 28 de la ley 80 de 1993), por lo que deberá observarse el régimen jurídico aplicable a los contratos de esta clase. El contrato oneroso es conmutativo, dice el Código Civil, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio (artículo 1498, C.C.). La Corte Suprema de Justicia al interpretar los alcances de tales contratos, ha considerado:

"Lo que caracteriza el contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe, o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta"²⁹.

En los contratos estatales no pueden existir "contingencias inciertas" que determinen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y de sus

²⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, "La Doctrina de los Propios Actos", Casa Editorial Bosch, 1963, págs. 137 y ss.

²⁶ Estado de entrega mutua de las partes de una relación jurídica a la conducta leal de la otra, bajo el entendido de que ella será recta y honesta.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación N° 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Exp. 8830.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de junio 1 de 1952, T. LXXII, 503.

derechos derivados de la celebración del contrato. Por el contrario, el artículo 24 de la ley 80 de 1993, impone el establecimiento y determinación precisa del objeto de las prestaciones contractuales; por tanto, en la posibilidad de terminación de común acuerdo del contrato estatal, se deberá analizar en cada caso concreto las circunstancias particulares que originaron dicho pacto, el interés público que con la extinción del vínculo se satisface y la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico, todo dentro del marco de las prestaciones recíprocas que corresponden a las partes.

En este sentido, como se planteó en el relato de los antecedentes de la consulta, en aquellos contratos de concesión en donde se pactó la posibilidad de terminación anticipada por disenso mutuo del negocio jurídico, previamente al fin del plazo otorgado al concesionario, se deberán observar las cláusulas correspondientes, verificando en cada caso los requisitos y condiciones previamente pactadas para proceder a dicha terminación, las cuales incluyen, según lo dicho por el ministerio consultante, el pago al concesionario de una suma de dinero mediante la aplicación de una fórmula financiera acordada con antelación, extinguiéndose de esta forma el vínculo contractual.

Además de las estipulaciones contractuales, se insiste que para proceder con la terminación por mutuo disenso del contrato estatal deberá tenerse en cuenta en ese momento las circunstancias particulares que originaron dicho pacto, el interés público que con la extinción del vínculo se satisface y la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico.

2.2. La condición resolutoria expresa

Como se indicó en el capítulo anterior dentro del género *acuerdo extintivo* del negocio jurídico, además del mutuo disenso, se encuentra la posibilidad de pactar la condición resolutoria expresa, la cual tiene plena aplicación en los contratos estatales.

Esta modalidad fue analizada detalladamente en sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁰, cuyos apartes pertinentes se transcriben in extenso:

“En efecto, una de la formas en que las partes pueden alterar los efectos finales del contrato válidamente celebrado y prever un efecto extintivo de las obligaciones que emanen del mismo, es a través de una condición expresa cuya ocurrencia destruye el vínculo derivado del negocio jurídico; es decir, las partes son libres para subordinar la eficacia del contrato a un hecho o suceso futuro e incierto, negativo o positivo, cuya verificación resuelva el contrato y extinga las obligaciones pendientes.

(...) el artículo 1530 del Código Civil, establece que la obligación condicional es la que depende de una condición -“*pendente conditione*”-, de un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no.³¹ La obligación condicional está supeditada al

³⁰ Sentencia del 18 de julio de 2007. Radicación: 25000-23-26-000-2001-00072-01. Exp. 31838

³¹ “Esta forma de obligación tiene dos características esenciales: i) debe consistir en un hecho futuro y, por lo mismo, excluye el hecho pasado o presente, al igual que el plazo. Es un hecho que está por venir, después de celebrado el negocio jurídico; y ii) debe ser objetivamente incierto, es decir, no puede conocerse si se realizará o no, y en esto difiere del plazo porque en éste se sabrá que ocurrirá el hecho que lo constituye, aunque no se sepa exactamente cuándo. La condición puede ser positiva o negativa; la positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca (art. 1531 *ibídem*). La condición positiva debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible, la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público, al igual que las concebidas en términos ininteligibles (art. 1532

acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición, y queda subordinada a dicho acontecimiento, permaneciendo en suspenso hasta que él se realice, o resolviéndose según ocurra o no.³² De manera que, la condición puede ser suspensiva o resolutoria; la primera “suspende la exigibilidad de un derecho” mientras se cumple³³, en tanto que la segunda “extingue un derecho” con su cumplimiento (art. 1536 C.C.).

(...) De otra parte, atendiendo a la naturaleza del instituto depende que las cosas se pongan o no en el mismo estado que estarían si las partes no hubieran contratado, toda vez que *...[l]as partes, pueden, por lo demás, arreglar como ellas deseen, los efectos de la resolución del contrato, con respecto a las restituciones que recíprocamente tengan que hacerse y su convención es la ley entre ellas...*³⁴ Y en los contratos de tracto sucesivo puede ocurrir que no sea posible la devolución de las prestaciones y, por ende, que los efectos de la condición no operen *ex tunc*, es decir, con efectos retroactivos, sino *ex nunc*, o sea con efectos hacia el futuro, porque la intención de la partes no ha sido borrarlo, sino ponerle término, sobre lo cual explica Claro Solar que:

‘En estos casos, la condición resolutoria no puede tener efecto retroactivo y toma sus caracteres de término extintivo o resolutorio, del que se diferencia por la incertidumbre, del cuándo. El contrato se resuelve para el porvenir, se resuelve *ex nunc*; pero queda irrevocable todo lo que se ha producido en el pasado. Como los derechos que se desprenden del tracto sucesivo, arrendamiento, sociedad, mandato, etc., van teniendo vencimiento sucesivo, es natural que se ultimen bajo una condición resolutoria que respete el pasado’.³⁵

Por lo demás, la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho desde que ella se cumple sin decisión judicial y la parte así lo declara a la otra y extingue las obligaciones pendientes del contrato sometido bajo esa condición. El hecho de que se controvierta ante el juez su ocurrencia no limita este efecto extintivo, dado que el pronunciamiento judicial es meramente declarativo, y es la voluntad de las partes la que hace obrar por su iniciativa la disolución del vínculo contractual; el juez *“...[v]erifica solamente si los hechos pertinentes se han realizado, y si los hechos han sido de la manera preestablecida. Pero la resolución no la pronuncia, es decir, no nace por su declaración en la sentencia...”*³⁶. (Cursiva y notas al pie textuales).

De esta manera, para la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el pacto expreso de las partes para terminar anticipadamente los contratos por el acaecimiento de una condición resolutoria, es plenamente procedente.

C.C.). Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple; y si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición (art. 1533 C.C.). Las condiciones también pueden ser potestativas, casuales o mixtas. Potestativa cuando depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual cuando depende de la voluntad de un tercero o de un acaso, y mixta cuando depende en parte del acreedor o del deudor y en parte de un tercero. Se distingue la meramente potestativa de la potestativa, en cuanto la primera depende del solo querer o voluntad de la persona obligada y la segunda de la realización de un hecho de ésta. La condición potestativa es válida y la meramente potestativa es nula (arts. 1534 y 1535 del C.C.).” Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 5 de diciembre de 2006, Rad. 13750.

³² CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Pág. 74.

³³ Algún sector de la doctrina, considera que la condición suspensiva no afecta la exigibilidad del derecho o de la obligación sino que impide su nacimiento. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, Edt. Temis, 2005 pág. 248. Sin embargo, otro sector señala que “Los derechos y deberes emanados de un negocio condicional existen, los sujetos negociales y los destinatarios se encuentran vinculados entre si, sólo que condicionalmente, y sus intereses son objeto de la tutela que corresponde.” HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 873.

³⁴ CLARO SOLAR, Luis, Ob cit., Tomo Décimo - 1, pág. 153.

³⁵ Vid. Ob. Cit. pág. 156.

³⁶ FUEYO LANERI, Fernando, Derecho Civil, De las Obligaciones, Tomo Cuarto, Volumen I, 1958, pág. 117.

Así, se tiene que dentro del género *acuerdo extintivo*, los contratos pueden terminar anticipadamente bajo las modalidades de mutuo disenso o condición resolutoria expresa, cuya operatividad deberá ser analizada en el caso concreto correspondiente. Dicho lo anterior, pasa la Sala a examinar la potestad exorbitante de terminación unilateral del contrato confiada a la Administración.

2.3. La terminación unilateral como potestad pública exorbitante

El artículo 14 de la ley 80, al referir los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, dispone que tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y que: *“En consecuencia, con el exclusivo objeto de **evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado**”*. (Resalta la Sala).

Las precitadas competencias exorbitantes se derivan del poder público, son propias de su condición de autoridad y se enmarcan en el principio de legalidad pues son mandatos constitucionales o legales; por tanto, dichas competencias no se pierden cuando asume la condición de entidad contratante porque ellas no son objeto de negociación a tal punto que el ordenamiento jurídico en asuntos contractuales, y en particular en los que tengan por objeto *“la explotación y concesión de bienes del Estado”*, las incorpora como cláusulas imperativas pese a que las partes no las consignent expresamente en el contrato (artículo 14, numeral 2º, inciso segundo)³⁷.

En cuanto hace a la terminación unilateral del contrato como potestad exorbitante de las entidades públicas contratantes, la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁸ ha sostenido que es una manifestación de los privilegios contractuales derivados de la superioridad que ostenta la Administración Pública en su condición de titular del *imperium estatal*: la decisión unilateral y ejecutiva, esto es, aquella que se emite sin necesidad de acudir al juez del contrato (art. 64 C.C.A.). Se afirma igualmente que cuando la administración se ve avocada a hacer uso de este *poder* frente a la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato³⁹ lo hace impulsada por razones del servicio público, bajo el entendido de que se trata de **una potestad reglada** y, por lo mismo, sólo puede invocarse **en casos excepcionales** como manifestación del poder coercitivo de que está investida.

³⁷ Al respecto dice el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80: “2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o **la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra**. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.” La Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera sobre el régimen de los poderes exorbitantes afirma que existen tres grupos: *“En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; son las denominadas ‘cláusulas virtuales’”*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 30 de 2006; radicación No. 25000-23-26-000-2001-01008-01 (30832). (Negrillas fuera de texto).

³⁸ Sentencia del 6 de junio de 2007; radicación No. : 25000-23-26-000-1996-02482-01 (17253).

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. Cit. P. 697

En otras palabras, las razones de oportunidad, mérito y conveniencia que imponen la terminación unilateral deben dar cuenta expresa de los motivos que dieron lugar al acto que pone fin anticipadamente al contrato. Si bien el *interés público* o *general* reclama el uso de este tipo de medidas extraordinarias_su interpretación, es restrictiva por corresponder a reglas de excepción⁴⁰.

La ley 80 de 1993 establece los casos en que esta potestad exorbitante podrá darse, ya que como se ha dicho la Administración expresa el interés público y éste debe prevalecer en caso de conflicto con el interés contractual y meramente económico. Al respecto, el artículo 17 *ibídem* sobre las causales para proceder a la terminación unilateral del contrato estatal, dispone:

“Artículo 17 De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
 2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
 3. Por interdicción judicial o declaratoria de quiebra del contratista.
 4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.
- Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2º y 3º de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación...”

Respecto de la norma transcrita, la Sala en concepto 1293 de 2001 explicó que la Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico no busca un efecto punitivo contra el contratista que le colabora en la consecución de los fines del Estado⁴¹, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para la defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público comoquiera que impide la violación del principio de economía en la contratación, susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria.

Se reitera que según los explícitos dictados de la referida ley 80, es claro que la terminación unilateral tiene “... *el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos*” a cargo de la entidad estatal contratante y *asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación...*” de los mismos.

La interpretación sistemática de los artículos 14 y 17 de la ley 80, así como lo dicho por la Sala en los conceptos 1293 de 2001 y 1952 de 2009, permiten señalar

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOS ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 21 de febrero de 1986, Rad. 4550, actor Sociedad de Ingeniería Explanaciones y Pavimentos Ltda. En el mismo sentido, Sentencia de 20 de octubre de 1995, Rad. 9847, Actor Víctor Camargo, Demandado Municipio de Plato-Magdalena, y Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Rad. 8563.

⁴¹ El carácter no sancionatorio de la terminación unilateral ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado, al señalar: “*esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación*”. Sentencia del 28 de junio de 2012, Radicación número: 27001-23-31-000-2000-0033-01(23361).

que la potestad exorbitante de terminación unilateral tiene las siguientes notas características: *i)* ámbito temporal para realizar la terminación: *durante la ejecución del contrato*; *ii)* las situaciones fácticas que lo permiten: *la paralización y la afectación grave del servicio público*; *iii)* la finalidad: *evitar dicha paralización o afectación*; *iv)* causales de procedencia, y *v)* debido proceso.

i) En relación con el aspecto temporal de la terminación el contrato no puede haber finalizado o encontrarse extinguido, es decir, las obligaciones nacidas de él deben encontrarse dentro del plazo otorgado para su cumplimiento o estar pendientes de cumplirse al tenor de lo dispuesto en el contrato. Obviamente el contrato tampoco puede encontrarse en etapa de liquidación. Por tanto, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que es un imposible lógico dar por terminado unilateralmente un contrato que hubiese finalizado con anterioridad.

ii) Las expresiones “*paralización*” y “*afectación grave*”, corresponden a dos situaciones diferentes que pueden presentarse respecto de la prestación del servicio. La interpretación gramatical de las palabras así lo demuestra, pues la primera indica que una actividad, funcionamiento o proceso se detienen, se quedan quietos, mientras que la segunda denota continuidad pero alterada, cambiada, menoscabada.⁴² En la primera de ellas el servicio se interrumpe, mientras que en la segunda continúa pero afectado, es decir se entrega de mala calidad, sin las características suficientes para que sea aceptado sin reparos por los usuarios o beneficiarios del mismo.

La hipótesis de la afectación grave debe ser interpretada en consonancia con los artículos 14 y 2° numeral 3° de la ley 80, pues en el primero de los citados se establece que las finalidades de la potestad de dirección y control, son las de “*evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación*”; y la definición de servicio público que trae la segunda norma aludida, exige que se preste en “*forma general, permanente y continua*.” De estas reglas se desprende con mayor claridad que para la ley no se trata de prestar de cualquier manera el servicio, sino de manera adecuada, general, permanente y continua, esto es, de buena calidad.

Las potestades de dirección y control de la entidad contratante se enmarcan dentro del **principio de eficacia**, según el cual, los contratos estatales deben lograr su finalidad, esto es la satisfacción del interés público y, en concordancia con el **principio de economía** propender por la obtención de los resultados que se buscan con esta actividad, es decir, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993).

Exige el artículo 14 que la afectación sea grave, es decir que tenga implicaciones de fondo en el servicio público de que se trata. Nuevamente utiliza la ley expresiones de textura abierta, las cuales deben aplicarse prudentemente en cada caso concreto. Para la situación consultada, tanto la afectación como la mejora del servicio público deben ser realmente sustanciales, que redunden favorablemente en los diferentes aspectos y circunstancias de la prestación que se le entrega a la comunidad, como la oportunidad, eficacia, costo, generalidad, tecnología apropiada, el cumplimiento de los estándares de calidad generalmente aceptados,

⁴² D.R.A.E. Paralización, paralizar: “Detener, entorpecer, impedir la acción y movimiento de algo”. / Afectar: “...5. menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. / 6. Producir alteración o mudanza en algo”.

etc. La Administración debe ponderar los efectos de mantener el servicio en las condiciones inicialmente contratadas frente a los que se producirían en caso de terminación, y demostrar que sin la terminación se afectaría gravemente el servicio en un futuro más o menos cercano.

Los artículos 14 y 17 de la ley 80 no califican en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio. 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, puede ser razón suficiente para su terminación⁴³.

iii) La finalidad de la terminación es “evitar” la paralización y la afectación grave del servicio público. Según el Diccionario, evitar significa “*apartar algún daño, peligro o molestia, impidiendo que suceda*”, lo que permite interpretar que la norma obliga a la Administración a anticiparse a un resultado posiblemente dañino que puede llegar a suceder más adelante en el tiempo. Es absurdo esperar a la paralización o a que el servicio público se afecte; la Administración está obligada a hacer lo posible para que esto no ocurra. Lo anterior implica una labor de planeación y de prevención necesaria para que la terminación del contrato evite el hecho dañino que se anticipa.

iv) El artículo 17 de la ley 80 dispone los eventos o causales en las que resulta procedente la terminación unilateral del contrato. Para el caso objeto de consulta, la Sala entiende que esa potestad se ejercería “*cuando las exigencias del servicio público lo requieran*”, prevista en el numeral 1 *ibídem*.

Aquí cobra vigencia lo expuesto en el punto B de este concepto relativo a que la infraestructura vial es elemento esencial del servicio público de transporte, toda vez que el Estado como titular de la infraestructura entregada en concesión, tiene el deber de dirección, control y vigilancia del contrato, dada la especial intervención estatal en esas actividades, por expreso mandato constitucional.

Igualmente la definición que trae la ley 80 de servicio público, según la cual el Estado se obliga a prestarlos en forma general, permanente y continua para satisfacer las necesidades colectivas, lleva al deber de la Administración de anticiparse a la paralización o afectación del servicio público, y en tal sentido, en una labor de planeación y de prevención necesaria puede terminar unilateralmente el contrato para evitar el hecho dañino en relación con el servicio público contratado.

Por tanto como ya se dijo en este concepto, la entidad estatal contratante tiene el deber de anticiparse y prevenir el daño o los prejuicios que puedan producirse por una obra mal ejecutada o que no cumpla con la utilidad pública prevista al momento de celebrar el contrato.

⁴³ “*Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originalmente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteados ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al contractus lex no tendría sentido (...) ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración*”. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “*Curso de Derecho Administrativo I*” Edición Duodécima. Ed. Civitas. Madrid 2004. Página 745. Cita Textual del concepto 1952 de 2009.

Insiste la Sala que en la valoración que debe realizar la Administración para dar por terminado unilateralmente el contrato estatal por la causal en comento, cobran especial significado los principios constitucionales de la función administrativa, en particular los de economía, eficacia y transparencia.

De conformidad con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C – 035 de 1999, reiterada en la sentencia C – 300 de 2012, en virtud del principio de economía la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. La eficacia, por su parte, exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjunto, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada *relación costo-beneficio*, es otras palabras, actuar de forma eficiente⁴⁴.

Estos principios son acogidos por la ley 80 de 1993, artículo 25, cuando señala que en los procesos contractuales del Estado 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 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”.

En cuanto al principio de transparencia la Sala, en el Concepto 2148 de 2013, al recordar la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado⁴⁵, señaló que este persigue la garantía que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección y en igualdad de oportunidades de quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo y, por ende, extraña a cualquier factor político, económico o familiar.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C.N).”⁴⁶

Por consiguiente, este principio aplicado a la contratación pública, excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista del Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en forma

⁴⁴ “Los principios de eficacia y economía (...) 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”.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación N° 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088.

clara, limpia, pulcra, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado.

La Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entroniza este principio principalmente en los procedimientos de selección, en la definición de las bases de los mismos -elaboración de los pliegos y términos de referencia- y en la publicidad que debe darse a éstos y a la contratación pública en general.

Ha destacado la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴⁷ que la intención del Legislador fue establecer, como regla general, procedimientos regulados de selección objetiva del contratista, con fundamento en “los conceptos de seguridad, corrección y moralidad administrativas, así como en el principio de igualdad de oportunidades para que cualquier persona que esté en posibilidad de contratar con la administración tenga acceso a ella”.⁴⁸

De otra parte, en desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación (art. 24 No. 8).

En conclusión, el principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta, razón por la cual cabe remitirse para la debida comprensión de este principio a los comentarios efectuados en torno a aquellos.

v) Debido proceso: Se encuentra claramente relacionado con el principio de transparencia, al punto que la terminación unilateral se realizará mediante acto administrativo debidamente motivado. Igualmente, resalta la Sala que el ejercicio de dicha potestad pública deberá estar conforme al principio de legalidad, que tiene claro raigambre constitucional toda vez que es fundante del Estado Social de Derecho y tiene un valor normativo que irradia las actuaciones del Estado -y la contratación pública lo es- por lo que los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política.⁴⁹

Para el Consejo de Estado⁵⁰, en materia de contratación estatal, la ley 80 de 1993, en virtud del principio de legalidad, consagra las normas y principios jurídicos que tienen como finalidad principal lograr los cometidos estatales de satisfacción del

⁴⁷ Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037.

⁴⁸ Exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992, pág. 18.

⁴⁹ “ART. 6º- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.” “ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

⁵⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación N° 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

interés público ínsitos en la actividad contractual, en la que no tiene cabida la discrecionalidad absoluta, y por lo mismo, su observancia es presupuesto de validez de la actividad precontractual y contractual del Estado.

Igualmente, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵¹, con base en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política exige garantizar, cuando menos, la audiencia del contratista, antes de que se adopte la decisión que autoriza el artículo 17 de la ley 80. La *“la finalidad y los principios”* de la Ley 80 resultan compatibles, en lo pertinente, con la regulación que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) respecto de las actuaciones administrativas de oficio; debe recordarse que entre los principios y las finalidades del Estatuto Contractual también se encuentran el de transparencia y los demás que rigen la función administrativa, artículo 23 *ibídem*, entre ellos, sin lugar a dudas, el debido proceso, el cual se encuentra desarrollado en el artículo 3 de la ley 1437⁵².

En este sentido, no se trata de exigir a las entidades estatales la instrucción de complejas actuaciones previas a la decisión de terminación unilateral; razonablemente bastará con que se comunique el inicio de la actuación administrativa correspondiente al contratista, para garantizarle su derecho de audiencia y que se le brinde una oportunidad real para ser oído, a continuación de lo cual puede procederse a adoptar la determinación que corresponda. Pero la omisión de esta mínima garantía procedimental, sin duda, puede comprometer la legalidad de la decisión que posteriormente se adopte.

De conformidad con lo anterior, la terminación unilateral de los contratos de concesión actualmente en ejecución para adelantar el programa de concesiones de cuarta generación, en los que se presenta la sobreposición de trazados, debe considerar los elementos expuestos, la finalidad de interés público que con la extinción del vínculo se satisface, la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico, y la observancia de los principios constitucionales de la función administrativa, en particular los de economía y eficacia.

Una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone la terminación unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a su liquidación. Ahora, tal como lo ordena el inciso 2º del numeral 1º del citado artículo 14 de la ley 80, cuando se ejerza esta potestad exorbitante *“(...) deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”*.

⁵¹ Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

⁵² “ARTÍCULO 3. Principios. **Todas las autoridades** deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, **defensa y contradicción...**” (Se resalta).

Por último es preciso indicar que en aquellos contratos estatales en los que por norma imperativa deben incluirse las cláusulas exorbitantes, en particular los que tengan por objeto *“la explotación y concesión de bienes del Estado”*, como es el caso objeto de consulta, no resulta procedente pactar cláusulas que hagan nugatorio el poder exorbitante de la de la Administración.

Ello es así porque, como ya se dijo, por virtud del artículo 14 de la ley 80, la entidad pública contratante y el contratista no se encuentran en pie de igualdad comoquiera que se le asignó a tales entidades *“la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato”*, en cuyo desarrollo se les otorga determinadas prerrogativas excepcionales –incluida la de terminación unilateral del contrato–, competencia pública cuyo ejercicio encuentra sustraído de la voluntad de las partes, se insiste.

En este sentido, y referido expresamente a los contratos en los que las potestades exorbitantes se incorporan como cláusulas imperativas, se pronunció el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, en sentencia del 9 de mayo de 2012, radicación: 85001233100020000019801 (20.968), que en lo pertinente sostuvo:

“(…) si la entidad pública se encuentra investida legalmente de una facultad excepcional... (de) dar por terminado unilateralmente el contrato, mal podrían las partes modificar, condicionar o ampliar, por vía convencional, esa regulación de Derecho Público; debe recordarse que el ejercicio de estas potestades excepcionales se encuentra consagrada dentro de un marco de competencias definidas expresamente por el legislador.

“De otro lado, si en los contratos previstos en este grupo se permitiera al contratista particular dar por terminado unilateralmente el vínculo, el interés público que se encuentra inmerso en esta clase de contratos y a cuya satisfacción apunta la celebración y ejecución de los mismos, interés público que justifica y explica la inclusión y ejercicio de las potestades excepcionales, resultaría subordinado a la autonomía de la voluntad de las partes, cuestión naturalmente contraria a las previsiones constitucionales y legales que determinan su prevalencia frente a intereses de menor cobertura o alcance.

En cualquier caso, lo cierto es que en los contratos estatales que integran este primer grupo priman los principios y reglas de orden público, cuya intensidad y preeminencia determinan la imposibilidad de admitir la inclusión válida de estipulaciones que permitan su terminación unilateral por voluntad o decisión contractual de las partes”.

Así las cosas, en el contexto de la consulta formulada, la *terminación anticipada del contrato de concesión* queda supeditada al acuerdo extintivo, en su modalidades de mutuo disenso y condición resolutoria expresa, así como a la terminación unilateral por parte de la entidad pública contratante en ejercicio de su potestad exorbitante prevista en los artículos 14 y 17 de la ley 80 de 1993. En este sentido, ante la ausencia de dicho acuerdo y en atención a que en los contratos de concesión prima el interés público y los principios y reglas de orden público que permiten a la entidad concedente el ejercicio de las facultades de dirección y control del contrato, este podrá darse por terminado unilateralmente mediante acto administrativo motivado, previa la observancia de los requisitos legales establecidos en tales normas para el ejercicio de la señalada competencia, del interés público que se pretende colmar con el ejercicio de esa potestad y de los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.), dentro del marco de prevalencia del interés general sobre el particular, según se ha explicado.

Finalmente, es preciso manifestar que la Sala carece de competencia para pronunciarse sobre los aspectos fácticos o las razones de conveniencia o necesidad pública relativas a la evaluación de la decisión de terminación anticipada de los contratos de concesión celebrados, toda vez que tales aspectos son del resorte exclusivo de la Administración. En consecuencia la función consultiva que ejerce la Sala se limita, en casos como el presente, a señalar las alternativas jurídicas con las que cuenta la Administración y su viabilidad.

Expuesto lo anterior, y dado que en la consulta no sólo se plantea la terminación anticipada de los contratos de concesión actualmente en ejecución que presentan sobreposiciones o traslapes con las futuras concesiones de cuarta generación, sino la posibilidad de “*reducir*” el plazo pactado para la ejecución de dichos contratos, estima la Sala que esta posibilidad puede estudiarse bajo la perspectiva de la modificación del contrato estatal.

D. La modificación del contrato estatal. Reiteración de la doctrina de la Sala.

Sobre la mencionada materia es oportuno manifestar que en el concepto 1952 del 13 de agosto de 2009, la Sala realizó un completo análisis al cual se remite y que por corresponder particularmente a la modificación de los contratos de concesión, como el que actualmente ocupa su atención, será necesario reiterar.

A juicio de la Sala, la modificación del contrato estatal es un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal. La modificación 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. Dijo la Sala en aquella oportunidad 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 Sarria⁵³. Hoy en día, la literatura jurídica habla de una *cláusula presunta de progreso*⁵⁴ 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 CN⁵⁵) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.’

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Constitución Nacional Argentina.

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).

Reitera la Sala que las innovaciones tecnológicas obligan al Estado a adecuar su actuación a tales descubrimientos para de esta manera lograr la finalidad de interés público de la contratación. En palabras de García Pelayo, “*el principal factor de crecimiento de la sociedad industrial desarrollada lo constituye la innovación, es decir, la aplicación constante de las novedades técnicas al proceso productivo. (...) De este modo se acortan extraordinariamente los plazos entre un descubrimiento científico, su aplicación técnica y su conversión en producto*”⁵⁶. Entre los efectos de la tecnología en el sistema económico, el citado autor indica que “*hace posible la producción creciente de nuevos bienes y servicios y la disminución de costos, lo que, unido a lo anterior, conduce a un aumento del consumo...*”⁵⁷.

De esta forma las entidades estatales contratantes no pueden quedar ancladas a contratos que, ante el avance tecnológico, no permiten la observancia de los principios constitucionales de prevalencia del interés general sobre el particular, economía y eficiencia administrativa y por lo mismo impiden el cumplimiento de los fines de la contratación estatal. Es allí donde la Administración deberá ponderar los efectos de mantener el servicio en las condiciones inicialmente contratadas frente a los que se producirían en caso de modificación, y demostrar que sin la modificación se afectaría gravemente el servicio en un futuro más o menos cercano y se desaprovecharían los menores costos y mayores beneficios sociales que traen dichos cambios, afectándose el interés público.

Los criterios expuestos sirven para la interpretación sistemática de los artículos 14, explicado en el punto anterior, y 16 de de la ley 80 de 1993. Dispone esta última norma lo siguiente:

“ARTICULO 16. DE LA MODIFICACION UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo”.

El segundo inciso del artículo 16 se refiere al desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo. Este aspecto será tratado en acápite aparte.

Por su parte, el primer inciso el artículo distingue: **i)** ámbito temporal para realizar la modificación: *durante la ejecución del contrato*; **ii)** las situaciones fácticas que lo permiten: *la paralización y la afectación grave del servicio público*; **iii)** la finalidad: *evitar dicha paralización o afectación*; **iv)** los procedimientos para la modificación: *el común acuerdo, y el acto unilateral si no se obtiene aquel, y v)* objeto material sobre el que recae la modificación: *supresión o adición de obras, trabajos,*

⁵⁶ GARCÍA PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Editorial Alianza Universitaria, Madrid. 1977. Página 70.

⁵⁷ *Ibidem*.

suministros o servicios. Respecto de los puntos *i)* a *iii)*, la Sala se remite a las consideraciones que sobre ellos hizo al referirse a la facultades de dirección y control que permiten el ejercicio de potestad exorbitante de terminación unilateral previstas en los artículos 14 y 17 de la ley 80 de 1993. Así las cosas, en relación con los puntos *iv)* y *v)*, se tiene lo siguiente:

La modificación se podrá realizar de *mutuo acuerdo o unilateralmente*. Si bien la ley autoriza lo primero, lo cierto es que no indica cómo debe buscarse dicho consenso; de manera que las partes pueden convenirlo, bien sea en una cláusula del contrato o cuando las necesidades y el interés público lo exijan para evitar la “paralización” y “afectación grave” del servicio público.

Lo anterior permite sostener que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, comoquiera que toda modificación debe observar una clara finalidad de interés público y tener una motivación real y cierta, siguiendo las reglas de los artículos 14 y 16 de la ley 80. Además, resalta la Sala que deberá considerarse en todo momento el principio de buena fe en los términos explicados en el acápite anterior.

Si buscado el mutuo acuerdo este no se obtiene, la Administración deberá proceder a la modificación unilateral mediante acto administrativo debidamente motivado. Reitera la Sala que el ejercicio de dicha potestad pública deberá estar conforme al principio de legalidad, que tiene claro raigambre constitucional como se expuso.

Materialmente la modificación consistirá en la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Tradicionalmente la modificación del contrato ha sido utilizada para la adición de obras pero claramente la ley permite que el objeto de la modificación consista en la supresión de las mismas.

Dado que la ley no define lo que debe entenderse por “adición” de un contrato estatal, la jurisprudencia y la doctrina han sido las encargadas de perfilar el significado de dicho concepto⁵⁸. El Consejo de Estado se ha ocupado de este asunto para determinar la forma como debe contabilizarse y controlarse el límite a la adición de los contratos establecido en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, especialmente en los contratos de obra.

La Sala en el concepto 2148 del 23 de agosto de 2013, considerando la jurisprudencia y la doctrina citadas, sostuvo que la *adición de los contratos estatales* consiste en una modificación a los mismos para: (i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración pactada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de julio de 2004. Exp. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP); No. Interno 22.178. Actor: Unión Temporal Hidrocaña. En el mismo sentido ver fallo dictado el día 22 de abril de 2004. Radicación: 07001-23-31-000-1997-0132-01. Referencia: No. interno: 14.292; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1121 del 26 de agosto de 1998. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1439 del 18 de julio de 2002.

mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.)

En sentido contrario, la supresión⁵⁹ significará “*hacer cesar, hacer desaparecer*”, obras, servicios o actividades previstas inicialmente en el objeto contractual, lo cual implicará una disminución de los valores del contrato, obviamente con el debido sustento legal, técnico y económico.

Tratándose de contratos de concesión de infraestructura vial, caso bajo consulta, la supresión de obras bien puede consistir en la *desafectación* de tramos concesionados, toda vez que la entidad pública concedente, como titular de la prestación del servicio público de transporte tiene el deber de dirección, control y vigilancia del contrato (artículos 365 CP, y 14 y 32, numeral 4, de la ley 80 de 1993), y por lo mismo, dicha desafectación al consistir materialmente en la supresión de las obras que deberían realizarse en el tramo correspondiente, genera una disminución del valor del contrato, así como del plazo para el cumplimiento de las obligaciones originalmente pactadas.

Obviamente, para que se produzca la desafectación deberán observarse las reglas comentadas para la modificación del contrato, con la advertencia de que si se presenta una variación del contrato igual o superior al 20% de su valor, se dará la consecuencia prevista en el inciso 2 del artículo 16 de la ley 80, según se explica a continuación.

E. Desistimiento o renuncia del contratista con ocasión de la modificación unilateral

El segundo inciso del artículo 16 de la ley 80 de 1993 dispone: “*Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo*”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado citada en este concepto ha considerado que la norma transcrita establece un modo anormal de terminación de los contratos estatales que se materializa en el desistimiento -o renuncia- del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; aquí se descarta el mutuo acuerdo para la modificación, por la simple razón que si el contratista conviniera en ella, así altere en 20% o más el valor inicial del contrato, continuaría con su ejecución y no optaría por la renuncia al mismo.

De conformidad con los antecedentes de la consulta es factible que si se dan los requisitos legales para la modificación unilateral del contrato de concesión, la desafectación de los tramos concesionados se traduzca en una variación del contrato igual o superior al 20% de su valor, lo que podría llevar al concesionario a renunciar a continuar con su ejecución, presentándose de esta manera una terminación anticipada del contrato correspondiente.

En tal caso deberá ordenarse la liquidación del contrato y aplicarse el inciso 2º del numeral 1º del artículo 14 de la ley 80, según el cual cuando una entidad estatal ejerza esta potestad exorbitante de modificación unilateral “(...) *deberá procederse*

⁵⁹ DRAE: “*Acción o efecto de suprimir*”.

al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.

F. Límites legales al ejercicio de las potestades exorbitantes de terminación y modificación unilateral en los contratos de concesión de infraestructura vial. Indisponibilidad de las potestades públicas

El anterior estatuto de contratación administrativa (decreto – ley 222 de 1983) tipificaba y regulaba, por una parte, el sistema de concesión⁶⁰ como una de las modalidades en las que podía celebrarse el contrato de obra pública, y por otra parte, el contrato de concesión de servicios públicos, que podía referirse, entre otros, a los servicios de telecomunicaciones, correspondencia, radiodifusión, etc.⁶¹

Posteriormente la ley 80 de 1993 unificó las diferentes clases de concesiones en un solo tipo contractual, definido así en el artículo 32, numeral 4º:

“Artículo 32. De los contratos estatales. (...)

4º. Contrato de concesión.

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

A pesar del carácter unitario que la norma citada pretende darle al contrato de concesión, la jurisprudencia y la doctrina han identificado, por lo menos, tres modalidades distintas de dicho contrato: (i) concesión para la prestación de un servicio público; (ii) concesión para la construcción de una obra pública, y (iii) concesión para la administración y explotación de un bien de carácter público⁶².

Dado que la consulta formulada por el Ministerio de Transporte se refiere a las concesiones viales, resulta importante mencionar que la ley 105 de 1993, en su título II (infraestructura del transporte), capítulo IV (obras por concesión), contiene varias normas referentes a la construcción y mantenimiento de obras de infraestructura vial por concesión. Como lo reiteró la Sala en los conceptos 2148 y 2149 de 2013, por tratarse de reglas especiales, tales disposiciones se aplican de manera preferente a los contratos de concesión para la ejecución de obras de infraestructura vial, sobre las normas generales de contratación estatal.

Los artículos 30 a 36 de la ley 105 de 1993 establecen reglas sobre la posibilidad de que la Nación y las entidades territoriales, en forma separada o con el concurso de sus entidades descentralizadas, contraten obras de infraestructura vial por el

⁶⁰ Artículos 102 a 105.

⁶¹ Capítulo 14: artículos 181 a 211.

⁶² Al respecto, puede consultarse el concepto N° 1952 del 13 de agosto de 2009, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

sistema de concesión; sobre la opción de financiar los respectivos proyectos mediante la titularización de los flujos de dinero asociados a los mismos; sobre la inclusión de cláusulas exorbitantes; sobre la viabilidad de otorgar garantías de ingresos a los concesionarios y de acordar el uso de los excedentes de recursos que generen las obras entregadas en concesión; sobre las adquisiciones de predios y la expropiación administrativa, y sobre la liquidación de los contratos.

En relación con el ejercicio de las potestades exorbitantes el artículo 32 de la ley 105 dispone:

“ARTÍCULO 32. CLÁUSULAS UNILATERALES. En los contratos de concesión, para obras de infraestructura de transporte, sólo habrá lugar a la aplicación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, mientras el concesionario cumple la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación, a las que se comprometió en el contrato”.

Como se ha explicado, los artículos 16 y 17 de la ley 80 se refieren a las potestades exorbitantes de modificación y terminación unilateral de los contratos estatales. El artículo 15 alude a la interpretación unilateral, asunto no sometido a consulta.

A juicio de la Sala la norma transcrita establece de manera especial una limitación al ejercicio de las citadas potestades exorbitantes frente a los concesionarios de infraestructura vial, consistente en que la Administración tiene competencia temporal (*ratio temporis*) para ejercer las potestades exorbitantes señaladas en los artículos 15, 16 y 17 de la ley 80 de 1993, solamente en la época contractualmente definida para que el concesionario cumpla con la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación a las que se comprometió. Ello significaría que si el contrato se encuentra en la etapa de operación, no se puede hacer uso de tales potestades.

Dicha norma se explicaba en el contexto fáctico en que fue expedida, correspondiente a la primera generación de concesiones, en donde originalmente se trasladaba al concesionario la gestión, por su cuenta y riesgo, de construir o rehabilitar la obra, a cambio de la garantía de recuperar la inversión mediante los ingresos (peajes, valorizaciones, etc) originados en la concesión, o mediante los ingresos mínimos que se pactaban conforme a la primera parte del artículo 33 de la ley 105 de 1993. No obstante, como se ha indicado en los antecedentes de la consulta, la mayoría de contratos de concesión vigentes han sido modificados, y respecto de ellos de han realizado aportes estatales con cargo al presupuesto nacional, por lo que el supuesto fáctico de la citada norma ha variado, y por lo mismo, su interpretación debe morigerarse a las reales circunstancias financieras del respectivo contrato.

Si a ello agregamos que jurídicamente en el Estado Social de Derecho, resulta improcedente disponer de las potestades públicas, la lectura del artículo 32 de la ley 105, no puede limitarse al tenor literal allí fijado.

Como se explicó en el marco constitucional de este concepto, los artículos 1,2, 209 y 365 Superiores imponen que el fin de la contratación en Colombia esté directamente vinculado con la observancia del interés general, el cual prima sobre el particular del contratista, con mayor razón tratándose de un servicio público que es inherente a la finalidad social del Estado. En este sentido, se recuerda que la realización del interés y servicio público que involucra la ejecución de las obras públicas de infraestructura vial en concesión es responsabilidad constitucional,

indelegable y exclusiva del Estado, pues así lo definió expresamente el legislador (ley 105 de 1993), situación que dota a la entidad estatal concedente de expresas y directas atribuciones de dirección, control y vigilancia en la ejecución del contrato (artículos 2, 14, num. 1, y 32 de la ley 80 de 1993), las cuales se manifiestan concretamente, entre otras, en las potestades de terminación y modificación unilateral de dichos contratos.

En tal contexto, la Sala estima que el legislador no puede válidamente disponer de tales potestades por las siguientes razones:

i) Las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado. En su ejercicio, se encuentran comprometidos la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que constituyen elementos integradores del orden público⁶³.

El Estado, a través de la función administrativa, desarrolla una vasta y compleja actividad destinada a la protección de los intereses públicos, la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas y la protección de los derechos de los individuos⁶⁴.

En este sentido, como lo señaló el Consejo de Estado, Sección Tercera⁶⁵, una de las más importantes manifestaciones del poder público lo constituye el acto administrativo; a través de él se exterioriza la voluntad unilateral del Estado-administrador, destinada a producir efectos en derecho.

Por tanto, el principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, se materializa en que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad. De aquí se estructura el principio según el cual en nuestro régimen de derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos, como serían los derivados del ejercicio de las potestades exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos estatales⁶⁶.

ii) En tratándose del contrato de concesión, constitucionalmente se exige a la entidad pública concedente, el deber de dirección control y vigilancia del contrato, por virtud del artículo 365 Superior; esta especial característica del contrato de concesión ha sido desarrollada por los artículos 2, 14, y 32 de la ley 80 de 1993, tal como se ha expuesto y resaltada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

⁶³ Cf. ANDRÉ HAURIUO. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Barcelona: Editorial Ariel, segunda edición, 1980.

⁶⁴ Según el profesor AGUSTÍN GORDILLO función administrativa: “*es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales*”. Ver: Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Santafé de Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. IX-48.

⁶⁵ Sentencia del 8 de junio de 2000. Radicación número: 16973.

⁶⁶ “*(...) la administración no puede renunciar, en forma alguna, al ejercicio de dicha prerrogativa, pues las ‘potestades’, contrariamente a lo que ocurre con los ‘derechos’ no son renunciables*”. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 398 y ss.

En la sentencia C -250 de 1996, luego de aludir a la definición legal del contrato de concesión la Corte Constitucional señaló:

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

(...)

d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

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

Por su parte el Consejo de Estado⁶⁷ resaltó la la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario, frente al alcance de esas mismas facultades tratándose de otros tipos contractuales. Al respecto afirmó:

“(...) la Sala ha señalado que las características de estos contratos, que de suyo implican una delegación de las facultades de la Administración Pública al concesionario -concesión de servicio público- y el otorgamiento de derechos y prerrogativas respecto del uso de bienes públicos -concesión de bien público-, hacen que las facultades administrativas de dirección y control del contrato no sean simplemente las mismas que se ejercen en los demás contratos estatales sino que, tratándose del de concesión, *“el especial interés público que involucran, el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica no sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, en condiciones de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga la concesión..”*

Lo expuesto permite sostener que siendo las potestades de terminación y modificación unilateral, derivación directa del deber constitucional de dirección control y vigilancia del contrato de concesión, resulta contrario a la constitución que las mismas sean limitadas por el legislador.

iii) Según el artículo 32 una de las modalidades del contrato de concesión es la de obra pública que se configura cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público.

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁸, al aludir al régimen jurídico propio de los bienes de uso público, señaló que los aludidos bienes son aquellos cuya titularidad pertenece al Estado, en estricto sentido, a la Nación, y cuya afectación o destino está orientado al uso de todos los habitantes de un territorio⁶⁹, propósito

⁶⁷ Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

⁶⁸ Ibid. sentencia del 18 de marzo de 2010.

⁶⁹ En este sentido, se ha afirmado lo siguiente: *“Los (...) bienes de uso público, son aquellos que, si bien su dominio es igualmente de la República, su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente (como el de calles, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc.).”*

este en virtud del cual las entidades responsables de su manejo ejercen unas potestades de **regulación, administración, control y vigilancia** que lejos de permitir la asimilación entre la propiedad privada y la titularidad que ostentan respecto de dichos bienes, apunta, exclusivamente, a propender porque se respete y se garantice el destino —natural o jurídico— de los mismos, que no es otro que el de servir a su utilización, en las condiciones que se correspondan con la naturaleza del bien y con la razonable y proporcionada reglamentación que su adecuado uso determinen, por parte de la colectividad, que es su verdadera titular. En este sentido, frente a los deberes del Estado sobre tales bienes, la sección tercera precisó:

“...recae sobre el Estado, a través de sus distintas entidades, en su condición de gestoras, de los bienes de uso público, la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a dichos bienes, exigencia que alcanza raigambre constitucional en la medida en que el artículo 82 superior impone al Estado el deber de velar por la protección de la integridad del espacio público —dentro del cual, como a continuación se detallará, el derecho positivo nacional ha tenido a bien incluir a los bienes de uso público— y porque se garantiza su destinación al uso común, el cual está llamado a prevalecer sobre el interés particular⁷⁰. Tales consideraciones determinan que la condición de uso público de un bien repugne con el establecimiento de derechos exclusivos, en relación con el mismo, en beneficio de un exclusivo titular (...) distinto de la Nación, a voces de lo normado por el artículo 102 de la Carta...”

Ello significa que resulta contrario a la Constitución coartar las potestades públicas sobre los bienes afectos al uso público, como la infraestructura de transporte y en particular la red de carreteras, toda vez que es deber del Estado velar por su control de vigilancia, el cual se ve materializado en el contrato de concesión, entre otras posibilidades, en la potestades de terminarlo o modificarlo, cuando quiera que el bien de uso público que se construye no cumpla con las finalidades y uso que exige el interés general.

En conclusión, en los contratos de concesión de infraestructura vial celebrados en vigencia de la ley 105 de 1993 que actualmente se encuentren en etapa de operación, la literalidad del artículo 32 *ibídem*, que en principio impediría el ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilateral, debe leerse conforme a los criterios constitucionales expresados en precedencia, y por lo mismo, por mandato constitucional en tales contratos es posible el ejercicio de las potestades exorbitantes de derecho público antes mencionadas, en virtud de las facultades de dirección, vigilancia y control que constitucionalmente debe ejercer la entidad concedente respecto del concesionario.

Obviamente, como expresamente lo señala el inciso 2º del numeral 1º del artículo 14 de la ley 80, cuando una entidad estatal ejerza tales potestades “(...) *deberá*

Se tiene así que, por su propia naturaleza, estos bienes —los de uso público— no son objeto de un derecho de dominio similar al que se detenta respecto de un bien particular, puesto que están destinados al servicio de todos los habitantes.

Por ello, en realidad respecto de ellos el Estado ejerce solamente derechos de administración y de policía, en orden a garantizar y proteger precisamente su uso y goce común, por motivos de interés general (art. 1º de la Carta Política)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005; Exp. 12249. En idéntico sentido, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de febrero dieciséis (16) de dos mil uno (2001); Radicación número: 16596.

⁷⁰ Dispone el inciso primero del artículo 82 constitucional: “*Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular*”.

procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”.

Lo anterior no impide que las **partes acuerden**, aún en la etapa de operación, terminar anticipadamente el contrato de concesión o modificar la fórmula de recuperación de la inversión, para lo cual se deberán seguir las estipulaciones de los respectivos contratos sobre el particular, en los términos explicados en acápite anteriores de este concepto.

G. Recuento de las soluciones jurídicas propuestas

En el contexto de la consulta formulada, la *terminación anticipada del contrato de concesión* puede darse previamente al fin del plazo otorgado al concesionario, bajo las siguientes modalidades:

1. Acuerdo extintivo:

- a. Mutuo disenso: Se deberán observar las cláusulas correspondientes, verificando en cada caso los requisitos y condiciones previamente pactadas para proceder a la eventual terminación, las cuales incluyen, según lo dicho por el ministerio consultante, el pago al concesionario de una suma de dinero mediante la aplicación de una fórmula financiera acordada con antelación, lo cual extinguiría el vínculo contractual.

Además de las estipulaciones contractuales, para proceder con la terminación por mutuo disenso del contrato estatal deberán tenerse en cuenta en ese momento las circunstancias particulares que originaron dicho pacto, el interés público que con la extinción del vínculo se satisface y la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico.

Ante la inexistencia de cláusula que permita terminar anticipadamente el contrato estatal, las partes también pueden llegar al mutuo disenso, pero obviamente deberá convenirse una fórmula financiera que satisfaga los intereses del concedente (interés público) y del concesionario. Todo bajo el presupuesto que en manera alguna genere detrimento patrimonial al Estado.

- b. Condición resolutoria expresa: Verificada la condición extintiva pactada en el contrato, este termina de pleno derecho.

2. Modificación por acuerdo de las partes:

En presencia de cualquiera de las causales de modificación unilateral del contrato, la ley exige que previamente las partes lleguen a un acuerdo. Este acuerdo puede consistir en la *desafectación* de tramos concesionados y como consecuencia la supresión de las obras que deberían realizarse, la disminución del valor del contrato y del plazo. Lo anterior tiene por efecto la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo.

3. Ejercicio de potestades exorbitantes derivadas de las facultades de dirección, control y vigilancia del contrato:

- a. Terminación unilateral: Mediante acto administrativo motivado, previa la observancia de los requisitos legales establecidos en los artículos 14 y 17 de la ley 80 de 1993.
- b. Modificación unilateral: Mediante acto administrativo motivado, previa la observancia de los requisitos legales establecidos en los artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993. Esta modificación puede consistir en la *desafectación* de tramos concesionados, y generar una disminución del valor del contrato, así como del plazo.
- c. Renuncia del contratista: Si se dan los requisitos legales para la modificación unilateral del contrato de concesión, y la desafectación de los tramos concesionados se traduce en una variación del contrato igual o superior al 20% de su valor, el concesionario podrá renunciar a continuar con su ejecución; en este evento se presentaría la terminación anticipada del contrato correspondiente (inciso 2 del artículo 16 de la ley 80).

F. Recomendación final

En el documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013 titulado “*proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales*”, se alude a un estudio realizado por la OCDE en donde se comparan las renegociaciones en los contratos de concesiones de Chile, Perú y Colombia. Para nuestro país se tiene que de los 25 contratos de concesión presentes en la muestra analizada, han sido renegociados 430 veces (20 renegociaciones por contrato). La muestra evidenció que en tales contratos su primera renegociación con tal solo un año de haber iniciado el contrato. El estudio concluye que estas renegociaciones se deben a la licitación de los proyectos sin los estudios necesarios para su definición, a deficientes diseños de los mecanismos contractuales y a comportamientos oportunistas por parte de los agentes del sistema.

Según el documento CONPES 3760, el costo fiscal de estas renegociaciones ha sido muy alto. En promedio se han desembolsado 265 millones de dólares por contrato en las concesiones renegociadas analizadas, lo que significa adiciones que representan un 280% del valor inicial de los contratos. En parte, este elevado costo se debe a la constante práctica de aumentar los trazados que originalmente estaban pactados (en promedio se incrementaron en 50 km) que explica la tercera parte de las renegociaciones estudiadas.

Los datos empíricos anotados permiten a la Sala sostener que la posibilidad de terminar o modificar (bien sea de mutuo acuerdo o unilateralmente) los contratos de concesión en ejecución, no puede ser el resultado de la improvisación ni de la conveniencia del momento, sino que deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita vincular la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado, previa la coordinación interinstitucional de las entidades y organismos responsables de la materia.

En este sentido, los principios de transparencia, eficiencia y economía, el deber de planeación y el interés público que acompañan toda la actividad contractual del Estado, deben observarse rigurosamente a efectos de sustentar una adecuada *relación costo-beneficio*, entre los contratos de concesión vigentes y la terminación

o modificación de los mismos frente los traslapes o sobreposición de trazados con los nuevos contratos de concesión de cuarta generación.

Considerando entonces el principio de protección del patrimonio público, estima la Sala que, a título de ejemplo, puede acudir a la Comisión Intersectorial de Infraestructura⁷¹ creada mediante el decreto 2306 de 2012, para que en ejercicio de sus funciones⁷², se promueva la exploración de alternativas y la contraposición de ventajas e inconvenientes a favor o en contra de uno u otro proyecto, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales que permita establecer una línea de acción técnica, económica y jurídica frente a la problemática planteada.

Con base en las anteriores consideraciones,

III. La Sala RESPONDE:

“1) ¿Es viable que la Agencia Nacional de Infraestructura en un contrato de concesión en ejecución, reduzca o termine el plazo de la concesión vial pactado contractualmente, realizando lo aportes estatales necesarios, con el fin de que los tramos que actualmente hacen parte de una concesión pasen a integrar un nuevo negocio jurídico, bajo el amparo de la ley 1508 de 2012, de cuarta generación, que buscan mejorar la infraestructura de transporte del país, que cumplan con los objetivos de competitividad y conectividad, y haciendo usos de los ejercicios financieros correspondientes para cuantificar el valor a pagar al concesionario?”

2) ¿En el caso de los contratos de concesión, sus modificaciones o adicionales en los que no se pactó la posibilidad de reducir o terminar el plazo de la concesión vial, cuáles serían los mecanismos que puede utilizar la entidad para realizar la reducción o terminación que le permitan retomar dichos tramos que se requieren para entregar en concesión a los proyectos de cuarta generación que buscan mejorar la infraestructura de transporte del país y que cumplan con los objetivos de competitividad y conectividad?”

La *terminación anticipada del contrato de concesión* puede darse previamente al fin del plazo otorgado al concesionario, bajo las siguientes modalidades:

⁷¹ “Artículo 3. Integración. La Comisión estará integrada por: 1. El Ministro del Interior//2.El Ministro de Hacienda y Crédito Público//3. El Ministro de Minas y Energía//4. El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible//5. El Ministro de Transporte, quien la preside// 6. El Director del Departamento Nacional de Planeación”.

⁷² “Artículo 4. Funciones de la Comisión. Sin perjuicio de las funciones propias de las entidades que conforman la Comisión, ésta tendrá como funciones las siguientes:

1. Participar en la coordinación y definición eficiente de los proyectos de infraestructura del país.
2. Propiciar acuerdos interinstitucionales dirigidos a crear mecanismos de coordinación y gestión que ayuden a la ejecución de los proyectos de infraestructura
3. Recomendar la realización de estudios específicos, revisiones y/o desarrollos para la ejecución de proyectos de infraestructura.
4. Proponer conceptos técnicos en cuanto a metodologías, procesos y sistemas de información enmarcados en los proyectos de infraestructura del país. Asesorar a las entidades competentes, sobre los temas ambientales, prediales, presupuestales, de consulta previa y de redes de servicios públicos de los proyectos de infraestructura estratégica que sean priorizados”.

1. Acuerdo extintivo:

- a. Mutuo disenso: Se deberán observar las cláusulas correspondientes, verificando en cada caso los requisitos y condiciones previamente pactadas para proceder a la eventual terminación, las cuales incluyen, según lo dicho por el ministerio consultante, el pago al concesionario de una suma de dinero mediante la aplicación de una fórmula financiera acordada con antelación, lo cual extinguiría el vínculo contractual.

Además de las estipulaciones contractuales, para proceder con la terminación por mutuo disenso del contrato estatal deberán tenerse en cuenta en ese momento las circunstancias particulares que originaron dicho pacto, el interés público que con la extinción del vínculo se satisface y la protección del patrimonio público comprometido en el negocio jurídico.

Ante la inexistencia de cláusula que permita terminar anticipadamente el contrato estatal, las partes también pueden llegar al mutuo disenso, pero obviamente deberá convenirse una fórmula financiera que satisfaga los intereses del concedente (interés público) y del concesionario. Todo bajo el presupuesto que en manera alguna genere detrimento patrimonial al Estado.

- b. Condición resolutoria expresa: Verificada la condición extintiva pactada en el contrato, este termina de pleno derecho.

2. Modificación por acuerdo de las partes:

En presencia de cualquiera de las causales de modificación unilateral del contrato, la ley exige que previamente las partes lleguen a un acuerdo. Este acuerdo puede consistir en la *desafectación* de tramos concesionados y como consecuencia la supresión de las obras que deberían realizarse, la disminución del valor del contrato y del plazo. Lo anterior tiene por efecto la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo.

3. Ejercicio de potestades exorbitantes derivadas de las facultades de dirección, control y vigilancia del contrato:

- a. Terminación unilateral: Mediante acto administrativo motivado, previa la observancia de los requisitos legales establecidos en los artículos 14 y 17 de la ley 80 de 1993.
- b. Modificación unilateral: Mediante acto administrativo motivado, previa la observancia de los requisitos legales establecidos en los artículos 14 y 16 de la ley 80 de 1993. Esta modificación puede consistir en la *desafectación* de tramos concesionados, y generar una disminución del valor del contrato, así como del plazo.
- c. Renuncia del contratista: Si se dan los requisitos legales para la modificación unilateral del contrato de concesión, y la *desafectación* de los tramos concesionados se traduce en una variación del contrato igual o superior al 20% de su valor, el concesionario podrá renunciar a continuar con su ejecución; en este evento se presentaría la terminación anticipada del contrato correspondiente (inciso 2 del artículo 16 de la ley 80).

En caso que la entidad estatal concedente decida ejercer las potestades exorbitantes de modificación o terminación unilateral deberá observar el inciso 2º del numeral 1º del artículo 14 de la ley 80 y proceder a las indemnizaciones o compensaciones a las que haya lugar a favor del contratista.

Remítase a la señora Ministra de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado

ALVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala