

CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL – Alcance progresivo – Conpes 3413 de 2006

Por lo tanto, la política prevista en el documento CONPES 3413 de 2006, que le da sentido a los «alcances progresivos», se debe armonizar con los principios reseñados, y debe ser entendida, en consecuencia, en un contexto que no restrinja el mercado competitivo, equitativo y participativo que proclama nuestro modelo económico constitucional y que, por el contrario, pondere el interés privado y el interés de la comunidad, de suerte que sus límites solo se fundamenten en el bien común. Esta armonización se logra, como también se infiere de lo señalado por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-300, si se considera que los «alcances progresivos» constituyen una adición al contrato de concesión respectivo y, por ende, están sujetos a los límites, formalidades, requisitos previos y demás normas que regulan la institución de la adición contractual.

ALCANCES PROGRESIVOS – Concepto – Contratos de concesión vial

Los «alcances progresivos» no constituyen una adición a los contratos de concesión vial mencionados, pero que tampoco deben cumplir todos los requisitos señalados en este concepto para poder entenderlos como parte integrante del objeto y del valor inicial del contrato, permitiría que tales contratos se adicionaran y/o se prorrogaran varias veces, sin sujeción a límite alguno, sin guardar ninguna proporción con el valor inicial del contrato, sin tener asegurado su financiamiento e, incluso, sin que el concesionario tuviera la capacidad financiera y de contratación requerida para acometer las obras adicionales. De esta forma, se propiciaría, no sólo la violación de varias normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino también de los derechos a la igualdad, a la libre competencia económica y a contratar con el Estado de otras personas y firmas constructoras, nacionales y extranjeras, quienes se verían privadas, por este medio, de la posibilidad de contratar con el Estado la ejecución, el mantenimiento y la operación de aquellos trabajos que claramente excedan el plazo y/o el valor máximo que puede tener una concesión vial. Por las razones anteriores, la Sala estima que, a menos que cumplan estrictamente los requisitos y condiciones mínimos indicados con anterioridad, los llamados «alcances progresivos» deben ser considerados como una adición a los respectivos contratos de concesión vial y, como tal, están sujetos a las normas que regulan dicha figura.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA (E)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00212-00(2148)

Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia: CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE TERCERA GENERACION. ADICIONES. ALCANCES PROGRESIVOS

La señora Ministra de Transporte solicita el concepto de esta Sala respecto de varios aspectos jurídicos de las cláusulas que se han dado en llamar “alcances progresivos”, pactadas en algunos contratos de concesión de obra de infraestructura vial.

I. ANTECEDENTES

La consultante cita el inciso 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993¹ y los artículos 30 y 33 de la ley 105 de 1993². A su vez, resalta apartes de los documentos CONFIS D.G.P.P. N° 04/2006 y CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006.

Indica que, en el marco de las anteriores disposiciones y de los documentos de política mencionados, el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- y luego el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) otorgaron varias concesiones viales de tercera generación, cuyo objeto se determinó con el esquema de alcances básicos y alcances progresivos.

Así mismo, cita como fundamento jurisprudencial apartes de la sentencia C-300 de 2012³ de la Corte Constitucional, mediante la cual declaró exequible, en forma condicional, el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 de 2007⁴.

Con base en el recuento anterior la ministra formula los siguientes interrogantes:

1. *“Si en un contrato de concesión se ha pactado la activación de alcances progresivos, sujeta al cumplimiento de las condiciones que señala el documento CONPES 3413 de 2006 tales como índices de tráfico, metas de ingresos y condiciones de financiamiento requeridas, adicional a otras pactadas en el contrato de concesión, ¿se podrían entender los alcances progresivos como una cláusula sujeta al cumplimiento de esas condiciones? O, por el contrario, dicha activación opera de manera automática independientemente del cumplimiento de las condiciones establecidas?”*
2. *¿Tiene alguna implicación contractual el hecho de que no se hubiera activado el alcance progresivo convenido en el contrato de concesión, por no haberse cumplido las condiciones pactadas para su activación?”*
3. *¿Debe la entidad contratante -con el fin de garantizar los principios constitucionales de la función administrativa y específicos de la contratación estatal-, adelantar una licitación pública para la selección de un contratista que ejecute en un nuevo negocio jurídico las obras contempladas como alcances progresivos en un contrato de concesión, cuando no se cumplieron las condiciones que señala el documento CONPES 3413 de 2006 y que se pactaron en el contrato de concesión para su activación?”*
4. *Se podría entender que el alcance progresivo pactado en un contrato de concesión es una especie de adición contractual y en este sentido se encuentra sujeta al cumplimiento de los requisitos propios de esta figura, tales como, la potestad de la administración para adicionar o no el contrato, la determinación de la cuantía y la disponibilidad presupuestal, entre otros?”*

¹ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

² “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”.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, exp. D-8699. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

II. CONSIDERACIONES

A. Observaciones preliminares

La Sala ha tenido conocimiento de que en la actualidad se lleva a cabo un tribunal de arbitramento⁵ convocado por la sociedad Autopistas de Santander S.A. contra la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), en el cual se discuten, entre otros puntos, la interpretación, la validez, los presupuestos para la “activación” y, en general, el alcance y los efectos de algunas cláusulas y acuerdos de “alcances progresivos” aparentemente pactados en un contrato de concesión celebrado entre el entonces Instituto Nacional de Concesiones –INCO- y Autopistas de Santander S.A.

Dado lo anterior, y teniendo en cuenta que las preguntas 1 a 3 de la consulta se relacionan directamente con los aspectos mencionados, la Sala se abstendrá de pronunciarse, con el fin de no interferir con la función judicial que en este momento cumplen los árbitros que integran el mencionado tribunal.

En efecto, como ha dicho la Sala en otras ocasiones, cuando el asunto concreto que se consulta está siendo objeto de discusión ante alguna autoridad judicial, es a dicha autoridad a quien compete resolver, en derecho y con la fuerza de cosa juzgada, el punto que genera debate entre las partes, sin que deba intervenir la Sala de Consulta y Servicio Civil, para no generar una indeseable interferencia entre la función consultiva encargada a esta Sala y la función jurisdiccional atribuida al mismo Consejo de Estado, en su Sala Contencioso Administrativa, y a los demás jueces y corporaciones judiciales.

Lo anterior resulta igualmente cierto cuando el asunto está siendo conocido por un tribunal de arbitramento⁶, ya que, como lo ha definido desde hace tiempo la jurisprudencia, actualmente con apoyo en el artículo 116 de la Constitución Política⁷, los árbitros, a pesar de ser particulares, ejercen de manera transitoria la función judicial, con las mismas atribuciones, poderes y prerrogativas de los jueces.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los asuntos planteados en las preguntas 1 a 3 de la consulta podrían, eventualmente, llegar a ser objeto de análisis y pronunciamiento por parte de la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación, por la vía de los recursos extraordinarios de anulación o de revisión contra el laudo que se dicte en el proceso arbitral mencionado.

En consecuencia la Sala se limitará a estudiar y responder la pregunta N° 4, que, aun cuando se refiere también a los “alcances progresivos”, apunta a un aspecto más general y conceptual de dicha figura, como es el de su naturaleza jurídica, a la luz de los principios y las normas que gobiernan la contratación estatal.

En todo caso, la Sala advierte que el concepto que se emite analizará el punto indicado de manera general y abstracta, sin hacer referencia alguna a cualquier

⁵ Administrado por la Cámara de Comercio de Bogotá y conformado por los árbitros Germán Gómez Burgos, Miryam Guerrero de Escobar y Rodrigo Noguera Calderón.

⁶ Siempre que la Sala tenga conocimiento del mismo.

⁷ “Artículo 116. (Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 3 de 2002). (...)

“(...)”

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

contrato en particular y sin tener en cuenta la intención real de las partes ni la redacción de las cláusulas de “alcances progresivos” que se hayan incorporado en cada contrato de concesión, pues dicho estudio compete a las partes y a las autoridades judiciales (o arbitrales) que deban resolver las controversias que se susciten entre aquellas.

B. El contrato de concesión. Concepto y generalidades

El anterior estatuto de contratación administrativa (decreto 222 de 1983) tipificaba y regulaba, por una parte, el sistema de concesión⁸ 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.⁹

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 público¹⁰.

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. Por tratarse de reglas especiales, tales disposiciones se aplican de manera preferente a los contratos de concesión para la

⁸ Artículos 102 a 105.

⁹ Capítulo 14: artículos 181 a 211.

¹⁰ Al respecto, puede consultarse el concepto N° 1952 del 13 de agosto de 2009 (M.P.: Enrique José Arboleda Perdomo), emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

ejecución de obras de infraestructura vial, sobre las normas generales de contratación estatal, como lo ha manifestado la Sala en otras ocasiones¹¹.

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.

Posteriormente, la ley 1150 de 2007 introdujo dos modificaciones en el tema de las concesiones, mediante sus artículos 27 y 28, el primero de ellos referente a los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y televisión, y el segundo, atinente a la prórroga y adición de las concesiones de obra pública.

Años después la ley 1508 de 2012¹² reguló de forma integral las denominadas “asociaciones público privadas”, concepto que engloba los contratos de concesión. En efecto, de acuerdo con el artículo 2º ibídem, *“las concesiones de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”*, de lo cual queda claro que, a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, el contrato de concesión que tipificaba la ley 80 de 1993 pasó a quedar incluido dentro del concepto de “asociación público privada” que define el artículo 1º de la mencionada ley¹³, y a ser regulado por dicha normatividad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales en materia de contratación estatal¹⁴.

Finalmente es pertinente señalar que las concesiones viales en Colombia se han clasificado en contratos de primera, segunda y tercera generación, de acuerdo con criterios tales como la época de su otorgamiento, el alcance del objeto sobre el cual recaen y, especialmente, la forma de distribuir y manejar los riesgos que se presentan en la ejecución de este tipo de negocios, producto de la experiencia estatal acumulada en estos proyectos¹⁵. Actualmente, ya se habla de los proyectos de concesión de cuarta generación.

C. El concepto de adición en los contratos estatales

Dado que la ley no define lo que debe entenderse por “adición” de un contrato estatal, aunque existen algunas normas que utilizan ese término¹⁶, la

¹¹ Ver conceptos Nos. 1050 del 12 de diciembre de 1997 (M.P.: César Hoyos Salazar), 1636 del 14 de abril de 2005 (M.P.: Gustavo Aponte Santos) y 1802 del 7 de marzo de 2007 (M.P.: Enrique José Arboleda Perdomo).

¹² *“Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”*.

¹³ *“Artículo 1º. Definición. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”*.

¹⁴ Artículos 3, 4 y 22, entre otros.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de abril de 2005. C.P.: Gustavo Aponte Santos. Rad. 1636.

¹⁶ Como el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, que se refiere al límite máximo de las adiciones en los contratos estatales, o el artículo 16 de la misma ley, según el cual los contratos

jurisprudencia y la doctrina han sido las encargadas de perfilar el significado de dicho concepto.

El Consejo de Estado se ha ocupado de este asunto para determinar, principalmente, 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.

Así, por ejemplo, en sentencia del 15 de julio de 2004¹⁷, esta Corporación manifestó:

*“(...) no puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, **la adición del contrato a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, de las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios** las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente... Se destaca al respecto el fallo proferido el día 18 de julio de 2002¹⁸, en el cual se diferenció entre el concepto de obras adicionales y mayores cantidades de obra ejecutada:*

*‘Para la Sala no es claro si tales obras son realmente obras adicionales o corresponden más bien a mayores cantidades de obra ejecutada, circunstancia que no puede ser desconocida puesto que unas y otras obedecen a hipótesis distintas y, por ende, adquieren implicaciones jurídicas propias. En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, **la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada** pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una ‘prolongación de la prestación debida’, **sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual...** En cambio, la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. (...)’. (Las negrillas son del original; la subraya es añadida).*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil. A manera ilustrativa, vale la pena citar lo expresado en el concepto N° 1121 de 1998¹⁹:

“Por tanto, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo. Es un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presentan cuando en desarrollo de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente en el

estatales pueden ser modificados de común acuerdo por las partes o, en su defecto, de forma unilateral por la entidad estatal, “mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 15 de julio de 2004. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP).

¹⁸ “[13] Expediente 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. Actor: JOSÉ TOMAS ARIAS PINZÓN.. Demandado: Municipio de Arauca. Referencia: No. interno: 14.292”.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1121 del 26 de agosto de 1998. C.P.: César Hoyos Salazar.

pliego de la licitación y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con él se pretende satisfacer. En estos casos, puede acudirse a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley.

“En consecuencia, hay que distinguir la determinación del precio del contrato, que se logra mediante los instrumentos de reajuste o revisión de precios, de la necesidad de agregar elementos no previstos en el contrato inicial pero cuya ejecución es indispensable por su conexidad con aquél, que se logra mediante la adición del contrato, tanto al objeto para incluirlos, como al valor para cubrir su costo y, si fuere necesario, al plazo para lograr su oportuna ejecución”. (Se resalta).

Y la misma Sala, en el concepto N° 1439 de 2002²⁰, señaló:

“Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera “adición” a un contrato²¹ cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada...”

“(..)

“Por lo mismo, en estos casos, el mayor costo de la ejecución del contrato no puede cobijarse con el concepto legal de “contrato adicional”, pues éste está reservado a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto, y de allí resulta un mayor valor de ejecución...”

“(..)

“Obsérvese, además, que tampoco se trata en el caso sometido a consideración de la Sala, de un cambio en el valor de un precio unitario, hipótesis que requiere la celebración de un contrato adicional para incluir ese nuevo ítem como parte de la obligación del contratista, sino de que, como ya se anotó, resultan mayores cantidades de obra para la ejecución del mismo objeto contratado”. (Subrayas fuera del texto).

De la jurisprudencia y la doctrina citadas se puede concluir que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos, efectuada por las partes, de común acuerdo, o unilateralmente por la entidad estatal, 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 acordada, 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

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1439 del 18 de julio de 2002. C.P.: Susana Montes de Echeverri.

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

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

D. “Alcances progresivos” en los contratos de concesión de obra de infraestructura vial. Concepto y naturaleza jurídica

Sea lo primero advertir que la figura de los “alcances progresivos” no está consagrada ni regulada en la ley, lo cual no significa, sin embargo, que dicha figura sea necesariamente ilegal, ya que puede corresponder, como adelante se verá, a la aplicación y el desarrollo que las partes en los contratos de concesión vial han hecho de varias instituciones jurídicas, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, expresamente reconocido en la contratación estatal por la ley 80 de 1993.

En efecto, recuérdese que el artículo 40 de la ley 80 dispone, en lo pertinente:

“Artículo 40. Del contenido del contrato estatal...”

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

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

Lo anterior aparece ratificado en el artículo 32 ibídem, cuando señala que “*son contratos estatales 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 (...)*”.

Ahora bien, hasta donde la Sala ha podido conocer, la noción de “alcances progresivos” apareció con el diseño del programa de concesiones viales de “tercera generación”. En efecto, una primera aproximación a dicho concepto aparece esbozada en auto del 9 de diciembre de 2004, dictado por esta Corporación²², el cual contiene un interesante estudio sobre el contrato de concesión vial, así como sobre las diferencias más relevantes entre las concesiones de primera, segunda y tercera generación. En la citada providencia se lee lo siguiente:

*“Los procesos de **CONCESIÓN DE TERCERA GENERACIÓN**, están dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos. La asignación de riesgos no difiere sustancialmente de los de segunda generación; no obstante, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. En cuanto a la asignación de los riesgos, el*

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 9 de diciembre de 2004. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Rad. N° 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).

de construcción estará a cargo del concesionario exceptuando el caso de alto riesgo geológico (túneles); las licencias ambientales deberán existir antes de iniciarse la etapa de construcción y los aportes de la Nación serán diferidos en el tiempo, aparte de que estarán debidamente programados como vigencias futuras. El mecanismo de selección de la firma ganadora es más sencillo porque se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado. (Las negrillas son del original; las subrayas son añadidas).

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en los documentos CONFIS D.G.P.P. N° 04/2006²³ y CONPES 3413 de 2006²⁴, hizo una mención más concreta a este tema. En el primero de los citados, se afirma lo que sigue:

“4.3 Alcance físico del programa

“Alcance básico: correspondiente a las actividades de construcción, rehabilitación mantenimiento (sic) y operación previstas para adelantar en la primera etapa de los proyectos y sin condicionamiento alguno.

“Alcance progresivo: Comprende el desarrollo de obras sujetas a condiciones como nivel de tráfico (sic), disposición de recursos y otras justificaciones (sic) que deberán ser evaluadas en coordinación con la Comisión Intersectorial de Contratación Pública y ajustadas a las normas de contratación pública y normas orgánicas del presupuesto. (...)” (Las negrillas son del original; las subrayas añadidas).

Por su parte el documento CONPES 3413 señala, sobre este punto, lo siguiente:

“Alcance físico del programa

“El alcance de los proyectos podrá definirse en su etapa de estructuración como básico o **básico y progresivo. El alcance progresivo correspondería al desarrollo de obras sujetas a condiciones, que complementarían las obras de alcance básico. Estas condiciones estarían relacionadas, entre otros, con aspectos tales como el nivel de tráfico, la disposición de recursos y/o demás condiciones que se estimen relevantes y justifiquen el desarrollo de obras adicionales. A partir de los principios definidos en este documento, en particular el de optimizar la inversión pública y privada en el desarrollo de la infraestructura de transporte se analizarán y definirán los diferentes alcances de cada proyecto.**

“En la actualidad no se cuenta con la totalidad de la información técnica, legal y/o financiera necesaria para definir el alcance progresivo de los proyectos que han sido identificados por el Ministerio de Transporte y el INCO. En este sentido, se solicita al INCO que evalúe las alternativas para incluir en el modelo de estructuración legal de los contratos los mecanismos para el desarrollo de inversiones complementarias (progresivas)²⁵. Así mismo, se recomienda al INCO que incluya en la correspondiente estructuración legal

²³ Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS. Documento D.G.P.P. N° 04/2006 del 6 de marzo de 2006. “Solicitud de aval fiscal para el programa de concesión de autopistas 2006-2014”. Pags. 3 y 4.

²⁴ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3413 del 6 de marzo de 2006. “Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014”. Tomado de la página Web del Departamento Nacional de Planeación: www.dnp.gov.co.

²⁵ “[12] La inclusión de inversiones no justificadas con la demanda actual de los corredores genera necesidades mayores de aportes de la Nación y aumenta el riesgo y el plazo de los proyectos”.

de los contratos los mecanismos para definir las condiciones que activen el desarrollo del alcance progresivo, estableciendo que se llevará a cabo sólo cuando se hayan alcanzado determinados índices de tráfico y ciertas metas de ingresos, y estén dadas las condiciones de financiamiento requeridas. (...) (Negrillas fuera del texto).

Y más adelante, el mismo documento menciona:

“El alcance inicialmente previsto para los proyectos identificados por el Ministerio de Transporte y el INCO consiste en la rehabilitación de calzadas sencillas existentes y en la construcción de segundas calzadas. De esta manera, el alcance básico incluiría la rehabilitación de 1.275 km. y la construcción de 673 km. de segundas y dobles calzadas. El alcance progresivo incluiría la construcción de segundas calzadas con una longitud de 1.076 km. (Figura No. 3)”. (Subrayamos).

En esa medida se observa que el documento CONPES citado contiene una política de planeación para el desarrollo de la infraestructura vial²⁶, pero no pretende crear un nuevo tipo de contrato de concesión, ni se refiere a una cláusula o a otro tipo de instrumento jurídico en particular.

Por otro lado, en el documento denominado “*Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia*”²⁷, la CEPAL explica que una de las características que distingue a las concesiones viales de “tercera generación” es la de establecer el objeto del contrato de forma gradual o progresiva, lo que es explicado por los autores así: “*Igualmente, se introdujo el criterio de gradualidad, es decir, la ejecución de la inversión según el comportamiento de la demanda de tráfico, evitando el lucro cesante que genera el exceso de capacidad de vía...*”.

Finalmente la Corte Constitucional, en la parte considerativa de la sentencia C-300 de 2012 manifestó, sobre este tema, lo siguiente:

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

²⁶ Los documentos CONPES “constituyen una herramienta importante para la formulación e implementación de la política en Colombia. (...) El documento Conpes como herramienta para establecer una problemática, analizarla y así proponer soluciones de política, permite diseñar políticas públicas eficientes y eficaces, que definen responsabilidades y permiten hacer seguimiento preciso a las acciones, contribuyendo así al logro de los objetivos planteados y a la identificación de dificultades para su cumplimiento”. Cfr. Guía Metodológica para la elaboración de documentos CONPES, 2011, en <https://www.dnp.gov.co>.

²⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Autores: Olga Lucía Acosta, Patricio Rozas Balbontín y Alejandro Silva. Serie recursos naturales e infraestructura. Santiago de Chile, noviembre de 2008. Página 17.

*“En vista de la amplitud del objeto y de que la remuneración usualmente está ligada al pago de peajes o contribuciones por valoración por parte de los usuarios de la obra, es posible que, por ejemplo, se estructuren contratos con contenidos básicos y alcances progresivos.”²⁸ De acuerdo con esta modalidad contractual, en el contrato se establece una serie de obras básicas – contenido básico- que el concesionario se obliga a ejecutar en el plazo del contrato, y otras obras o actividades complementarias –alcance progresivo- que se realizarán en caso de que los ingresos de la concesión excedan determinadas metas o los niveles de tráfico superen ciertos índices. Las obras o actividades del alcance progresivo, que usualmente corresponden a las obras accesorias a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, están sujetas a una condición suspensiva –cumplimiento de metas de ingresos o tráfico- que, cuando se cumple, da lugar a **una adición del contrato.***

“Este entendimiento del contrato desarrolla entonces los principios constitucionales de eficiencia, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos. Además, estas características distinguen al contrato de concesión de obra pública de un mero contrato de obra...” (Subrayas y negrillas agregadas).

Para la adecuada comprensión de las consideraciones transcritas, es necesario tener en cuenta el contexto en el cual fueron formuladas por la Corte. En efecto, mediante la sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el primer inciso del artículo 28²⁹ de la ley 1150 de 2007, como resultado de la cual declaró exequible dicha norma, “*en el entendido que la expresión ‘**obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado**’, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial*”. (Las negrillas son del original).

En esa medida, resulta claro que cuando la Corte se refirió, en la citada providencia, a los “alcances progresivos” en los contratos de concesión, estaba aludiendo a una forma o modalidad de adición de dichos contratos.

En efecto, a partir de lo explicado hasta ahora, puede entenderse que en esta clase de negocios y, en general, en todos los contratos estatales, las adiciones pueden obedecer a situaciones imprevistas, surgidas durante la ejecución del contrato, que hacen necesario suministrar ciertos bienes, ejecutar determinadas obras o realizar ciertas actividades no contempladas en el alcance original del objeto del contrato, pero que están estrechamente vinculadas con éste y son requeridas para su debido cumplimiento y para la obtención de la finalidad perseguida por las partes al celebrar el contrato (causa). Estas son las adiciones que podríamos llamar “ordinarias”.

Pero también están aquellas que surgen por circunstancias previstas por las partes desde el pliego de condiciones y consagradas expresamente en éste y en el contrato, que deben ser ejecutadas cuando ocurran, durante la vigencia del mismo, una o varias condiciones (hechos futuros e inciertos³⁰). A este tipo de

²⁸ “[85] Ver documento Conpes 3413 de 2006...”

²⁹ “Artículo 28. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. (...)”

³⁰ Artículo 1530 del Código Civil: “Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”.

adiciones pertenecen los llamados “alcances progresivos” en los contratos de concesión de infraestructura vial, y las mismas, como el resto de las adiciones, deben tener una íntima conexión con el objeto general del contrato y ser necesarias para el logro de la finalidad perseguida por las partes.

De todo lo anterior resulta evidente para la Sala que los denominados “alcances progresivos” en los contratos de concesión vial constituyen en principio una adición al contrato, pues se trata de obras y/o servicios adicionales al alcance original del objeto del contrato, que el concesionario debe realizar cuando ocurran una o varias condiciones explícitamente pactadas en el convenio. Como tal, los citados “alcances progresivos” están sujetos a todos los límites, formalidades, requisitos y, en general, reglas que en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) y en sus disposiciones complementarias y reglamentarias regulan la figura de las adiciones, entre ellas, la necesidad de celebrar un otrosí o acuerdo modificatorio para instrumentar la adición; de sujetarse al límite previsto en el párrafo del artículo 40 de la ley 80 o a los límites especiales que resulten aplicables, según el caso³¹; de contar con la disponibilidad presupuestal suficiente para pagar el precio de las labores adicionales, y de modificar, en la forma que corresponda, el valor total del contrato, el plazo, la forma de pago y las condiciones de las garantías otorgadas por el concesionario, entre otras.

Lo que se busca con dichos acuerdos es, fundamentalmente, no sobredimensionar la infraestructura vial; es decir, no desarrollar corredores viales que, por su capacidad y características, excedan la demanda actual de tráfico, sino que se adapten gradual o progresivamente al incremento de esa demanda.

Ahora bien, no desconoce la Sala que los “alcances progresivos”, como obligaciones condicionales que son, incorporadas en un contrato, podrían entenderse también como parte del objeto inicial de dicho contrato, y en esa medida, no constituirían una adición.

Sin embargo, para que ello fuera así, tendrían que cumplirse al menos los siguientes requisitos básicos que, en el caso de los contratos de concesión vial de tercera generación no se dan, según lo que se desprende de la información y de los documentos suministrados a la Sala por el ministerio consultante:

1. Antes de iniciar el proceso de contratación, la entidad estatal contratante tendría que contar con los estudios, diseños y proyectos de las obras que constituyan el “alcance progresivo o complementario” de la concesión, los cuales deben formar parte del pliego de condiciones³².
2. En el mismo momento, es decir, antes de iniciarse el proceso de selección, la entidad contratante tendría que contar con la disponibilidad presupuestal suficiente³³ para efectuar el pago de las sumas que le correspondan por la ejecución de los “alcances progresivos”, y no sólo del “alcance básico”, ya sea con partidas del presupuesto vigente o con las denominadas “vigencias

³¹ Artículos 33 de la ley 105 de 1993, 28 de la ley 1150 de 2007, y 7, 13, 18 y 21 de la ley 1508 de 2012.

³² Artículos 25, numeral 12 de la ley 80 de 1993, 8 de la ley 1150 de 2007 y 20 del decreto 1510 de 2013.

³³ Artículo 25, numerales 6 y 13 de la ley 80 de 1993.

futuras”³⁴. Para tal efecto, la entidad pública tendría que haber calculado, con bases técnicas, el costo estimado o aproximado de los “alcances progresivos”³⁵.

3. De la misma manera, la cuantía de dichos “alcances progresivos” tendría que ser incluida por los proponentes en el valor total de sus respectivas ofertas, y una vez adjudicado el contrato, formaría parte del valor total del mismo, para todos los efectos, entre ellos, determinar el monto de las garantías³⁶ que el contratista seleccionado debe constituir a favor de la entidad contratante.
4. Con base en el valor total del contrato, estimado por la entidad estatal, incluyendo el de los “alcances progresivos”, tendría que determinarse, en los pliegos de condiciones, la capacidad financiera y la capacidad de contratación exigidas a los oferentes³⁷. Igualmente, una vez suscrito el contrato con alguno de los proponentes, el valor total del mismo, establecido en la forma señalada, tendría que disminuir el monto de la capacidad de contratación residual del respectivo contratista (“K”) para la celebración de futuros contratos con entidades públicas³⁸.

En el evento de cumplirse los anteriores requisitos, los “alcances progresivos” no serían, pues, una adición al contrato, sino que harían parte integrante del objeto inicial del mismo, con la particularidad de que los derechos y las obligaciones relacionados con tales “alcances” no podrían ser exigibles de forma inmediata, sino sólo ante el acaecimiento de la totalidad de las condiciones estipuladas en el contrato, mientras que la otra parte de dicho objeto (es decir, “el alcance básico”) sí sería exigible de forma inmediata y/o al vencimiento de los plazos pactados en el contrato.

La interpretación contraria, es decir, aquella que sostuviera que los denominados “alcances progresivos” no constituyen una adición al contrato de concesión, a pesar de no cumplir con ninguno de los requisitos mínimos señalados previamente, resultaría jurídicamente inaceptable, a juicio de la Sala, por ser abiertamente inconstitucional e ilegal, ya que desconocería varios principios de la administración pública, en general, y de la contratación estatal, en particular, consagrados en la Constitución Política y en la ley, como los principios de transparencia, igualdad, responsabilidad, economía, planeación y moralidad, entre otros³⁹, como se analizará a continuación.

E. Los alcances progresivos frente a los principios generales de la contratación estatal previstos en la Constitución Política y en la ley

La contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, dado que representa uno de los medios que las entidades públicas pueden utilizar,

³⁴ Como una de las condiciones previstas expresamente en el documento CONPES 3413 para que haya lugar a la “activación” de los “alcances progresivos” en los contratos de concesión vial, es la de que “*estén dadas las condiciones de financiamiento requeridas*”, se infiere de ello que el requisito previsto en este numeral, referente a la existencia de las partidas presupuestales o las “vigencias futuras” necesarias para pagar el aporte estatal que corresponda a los “alcances progresivos”, no se cumple en dichos contratos.

³⁵ Artículos 20, numeral 4, y 22, numeral 7º del decreto 1510 de 2013.

³⁶ Artículo 7 de la ley 1150 de 2007 y título III, capítulo I del decreto 1510 de 2013.

³⁷ Artículos 5, numeral 1º, y 6 de la ley 1150, y 10, numeral 3º, y 16 del decreto 1510 de 2013.

³⁸ Artículos 6, parágrafo 1º de la ley 1150 de 2007, y 3 y 18 del decreto 1510 de 2013.

³⁹ Artículos 209, 267 y 333 de la Constitución Política; 3 y 23 de la ley 80 de 1993, y 13 de la ley 1150 de 2007, entre otras normas.

en este caso con la colaboración de los particulares o de otras entidades estatales, para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado. En esa medida, es claro que 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 y respetar los principios y valores consagrados en la Constitución Política.

A este respecto el Consejo de Estado manifestó lo siguiente en providencia del 3 de diciembre de 2007⁴⁰:

“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 1991⁴¹, 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.)”.

En la misma sentencia se incluyen las siguientes explicaciones sobre algunos de los principios mencionados, que resultan relevantes para el asunto que se analiza:

1. Sobre el principio de igualdad

“El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás. En consecuencia, en virtud de este principio los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

“Por ende, este principio implica, entre otros aspectos⁴², que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones;... dar a conocer a

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación N° 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y otros acumulados.

⁴¹ “[44] Se dijo en la exposición de motivos: “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...”. BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, 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.”

⁴² “[52] Explica DROMI (José Roberto, La Licitación Pública, Edt. Astrea, 2002, págs. 99 y ss. 134 a 139) que el trato igualitario, se traduce en unos derechos a favor de los oferentes: “1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en

los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración⁴³... y, obviamente, la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso”.

2. Sobre el principio de transparencia

“El principio de transparencia 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”.

3. Sobre el principio de imparcialidad

“En virtud del principio de imparcialidad: las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos (para el caso los de selección contractual) consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Como puede apreciarse la definición legal de este principio es desarrollo del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la C.P. En tratándose de los mecanismos de selección, significa el deber de transparencia de la administración de actuar sin designio anticipado o prevención a favor o en contra de un posible oferente o participante por algún motivo o factor subjetivo de segregación irrazonable y desproporcionado, esto es, que no tengan una justificación objetiva y proporcional que fundamente el trato diferente”.

4. Sobre los principios de economía y de planeación

“Cabe de entrada precisar que este principio tiene diversos matices según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, tanto en los procesos de selección como en la ejecución de los contratos, que propenden por una administración eficaz y eficiente de la contratación pública, es decir, de una parte, con las reglas establecidas en esta norma inspirada en el principio de economía se busca obtener los fines de la contratación (eficacia), pero, de otra, maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos (eficiencia), en el marco de actuaciones administrativas ágiles, celeras, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y requisitos innecesarios.

“(…)

la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior.” Es decir, en su criterio, la igualdad exige que desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta la formalización del éste, todos los licitadores o oferentes se encuentran en la misma situación; contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas; y advierte, además, que la adjudicación o formalización del contrato debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ésta, modificar condición o modalidad alguna de la oferta aceptada ni el pliego de condiciones, sobre el que se efectuó la licitación, en dichas oportunidades”.

⁴³ “[53] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2001. Exp. 12037”.

“En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25)”.

5. Sobre el principio de selección objetiva

“La selección objetiva es un deber -regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

“El deber de selección objetiva, es desarrollado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993⁴⁴, norma que establece varios conceptos (...)”

6. Sobre el principio de libre competencia

⁴⁴ “[95] Este artículo fue modificado por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos: “Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Parágrafo 2°. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.”

“Ha sostenido la Sala que “El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”.⁴⁵

“En sentido similar, la Corte Constitucional ha precisado el alcance de este principio y su correlación con el de igualdad en los siguientes términos:

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

“En este orden de ideas, se concluye que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina⁴⁶ el principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art. 13. C.P), y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.)”.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que uno de los principios de la contratación estatal es el de libre la concurrencia o competencia, que deriva su existencia de los pilares sobre los cuales descansa el modelo económico del Estado adoptado por la Constitución Política, es decir, la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre competencia económica (artículo 333 de la C.P.)⁴⁷ y la función social y ecológica de la propiedad, así como de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia, publicidad y economía, que también son principios fundamentales de la contratación pública.

El principio la libre concurrencia implica la libertad de competir en condiciones de igualdad por parte de los sujetos interesados en realizar determinada actividad económica, y *“...deviene del alcance material y sistemático surgido de la interacción entre las cláusulas constitucionales de la libre competencia instituida en los artículos 88 [que lo define como derecho colectivo] y 333 constitucionales y la del Estado social y democrático de derecho, que hacen del concepto, no solo uno de los pilares de la constitución económica⁴⁸, en cuanto soporta a oferentes y*

⁴⁵ “[58] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 30 de enero de 2003, Exp. 23508”.

⁴⁶ “[64] Vid. ESCOBAR, Gil Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Edt. Legis, 1999. Págs. 154 y 155”.

⁴⁷ El artículo 333 de la Constitución establece los principios de libertad de empresa, libre competencia y libertad económica como derechos de las personas, sometidos a los límites que establezca la ley:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”

⁴⁸ “[23]PALACIOS MEJÍA, Hugo. ‘El derecho de los servicios públicos, Derecho Vigente’. Bogotá,

demandantes de bienes y servicios en la dinámica del mercado, sino también, que lo torna en un concepto materialmente vinculado a los elementos propios de la vida democrática de nuestra sociedad⁴⁹, vinculado con el interés general, esto es de carácter colectivo, sin perder su horizonte como derecho subjetivo...⁵⁰ ⁵¹.

Sobre este asunto es ilustrativo citar, igualmente, lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001⁵², mediante la cual declaró inexecutable algunos apartes del artículo 36 de la ley 80 de 1993, que permitía la prórroga automática de los contratos de concesión para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones:

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

“Aún cuando es explicable el señalamiento de un término amplio de vigencia -diez (10) años-, para los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones, porque la naturaleza del objeto contractual y el interés público subyacente así lo demandan, no parece razonable que con base en una justificación de esta índole se pretenda extender hasta por veinte años el término de duración de estos contratos apelando a la figura de la prórroga automática, toda vez que se produce un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales a la libre competencia (art. 333 de la C.P.)⁵³ y de acceso al uso del espectro...” (Se resalta).

1999, Págs. 44 a 46”.

⁴⁹ “[24] Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2003. La libertad de empresa y la libre competencia económica son dos garantías cardinales de la llamada ‘constitución económica’ que se erigen en fundamento del desarrollo económico y social así como en garantía de una sociedad democrática y pluralista”.

⁵⁰ “[25] Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. ‘...Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades...’”

⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 2012. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. N° 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ), Exp. 38924.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Exp. N° D-3277.

⁵³ “[28] Según el artículo 333 de la Constitución **“La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”**. Así, la libre competencia supone la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita, tarea en la que está comprometido el propio Estado. En la sentencia C-535 de 1997, la Corte delimitó el alcance de la libre competencia en los siguientes términos: “La libre competencia, desde el punto de vista

Es decir, que existe un derecho subjetivo (que también es colectivo), fundamentado en el concepto de libertad, que le permite a las personas, por regla general, ofrecer bienes y servicios en el mercado o, en su caso, elegir a quién compran o de quién adquieren dichos bienes y servicios, con sujeción a las reglas del mercado; manifestaciones de ese derecho que deben ser garantizadas y protegidas por el Estado⁵⁴, y que sólo pueden ser limitadas excepcionalmente por el legislador⁵⁵, por razones de interés general.

De ahí que este principio se conecte con el principio constitucional de igualdad (art. 13 C.P.), que en este contexto implica el derecho de las personas a participar como agentes económicos en el mercado de bienes y servicios, en idénticas oportunidades respecto de otros, y de recibir el mismo tratamiento; esto es, la libertad de actuar en el mercado sin discriminación de ninguna índole, por lo cual las entidades estatales no pueden establecer barreras injustificadas a la competencia, como pueden ser políticas discriminatorias que impidan el acceso de ciertas personas a la contratación o, por el contrario, que beneficien a algunos de los actores del mercado.

Así mismo, la preservación de los principios de transparencia y selección objetiva, entre otros, conlleva la posibilidad de que haya un acceso real y efectivo a los contratos de las entidades públicas. La existencia y el cumplimiento de los procesos de selección aseguran la vigencia de estos principios, sobre la base de que la concurrencia de oferentes en la contratación de las entidades públicas permite lograr la obtención de mayores ventajas y condiciones más favorables para la prestación o suministro del bien y servicios requeridos por el Estado.

En esa medida, resulta necesario examinar la política contenida en el documento CONPES 3413 de 2006, especialmente con relación a los “alcances progresivos”, frente al marco jurídico establecido en la Constitución Política y en la ley, con el fin de armonizar dicha figura con los principios y las normas constitucionales arriba mencionados.

Desde este punto de vista, una interpretación de los “alcances progresivos” que no someta dicha figura al cumplimiento de los principios de planeación, transparencia, libre concurrencia, economía y selección objetiva, entre otros, esto es, sin estudios previos, diseños y proyectos, disponibilidad presupuestal, exigencia de capacidad financiera y de contratación, etc., desembocaría en la entrega de un proyecto vial en concesión de forma directa e ilegal, esto es, sin la previa convocatoria a los interesados ni el cumplimiento de un proceso de selección objetiva, restringiendo

subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos...’ ”. (Las negrillas son del original).

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2010. De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política, el Estado debe proteger la libre competencia económica, para: “(i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos”.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-870 de 2003: La libre competencia económica implica que “un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”.

injustificadamente la concurrencia libre y equitativa en este campo⁵⁶. Esta situación, no sólo se opone a los principios que rigen la contratación estatal y está prohibida en la legislación contractual a la que están sometidas las entidades del Estado (artículo 24, numeral 8 de ley 80 de 1993, y artículos 2 y 5 la ley 1150 de 2007), sino que vulneraría los principios constitucionales de libre competencia, transparencia, moralidad, imparcialidad, economía e igualdad, entre otros (artículos 13, 209, 267 y 333 C.P.).

Por lo tanto, la política prevista en el documento CONPES 3413 de 2006, que le da sentido a los “alcances progresivos”, se debe armonizar con los principios reseñados, y debe ser entendida, en consecuencia, en un contexto que no restrinja el mercado competitivo, equitativo y participativo que proclama nuestro modelo económico constitucional y que, por el contrario, pondere el interés privado y el interés de la comunidad, de suerte que sus límites solo se fundamenten en el bien común.

Esta armonización se logra, como también se infiere de lo señalado por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-300, si se considera que los “alcances progresivos” constituyen una adición al contrato de concesión respectivo y, por ende, están sujetos a los límites, formalidades, requisitos previos y demás normas que regulan la institución de la adición contractual.

Por el contrario, entender que los “alcances progresivos” no constituyen una adición a los contratos de concesión vial mencionados, pero que tampoco deben cumplir todos los requisitos señalados en este concepto para poder entenderlos como parte integrante del objeto y del valor inicial del contrato, permitiría que tales contratos se adicionaran y/o se prorrogaran varias veces, sin sujeción a límite alguno, sin guardar ninguna proporción con el valor inicial del contrato, sin tener asegurado su financiamiento e, incluso, sin que el concesionario tuviera la capacidad financiera y de contratación requerida para acometer las obras adicionales. De esta forma, se propiciaría, no sólo la violación de varias normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino también de los derechos a la igualdad, a la libre competencia económica y a contratar con el Estado de otras personas y firmas constructoras, nacionales y extranjeras, quienes se verían privadas, por este medio, de la posibilidad de contratar con el Estado la ejecución, el mantenimiento y la operación de aquellos trabajos que claramente excedan el plazo y/o el valor máximo que puede tener una concesión vial.

Por las razones anteriores, la Sala estima que, a menos que cumplan estrictamente los requisitos y condiciones mínimos indicados con anterioridad, los llamados “alcances progresivos” deben ser considerados como una adición a los respectivos contratos de concesión vial y, como tal, están sujetos a las normas que regulan dicha figura.

III. La Sala RESPONDE:

En relación con las tres primeras preguntas de la consulta, la Sala se inhibe de

⁵⁶ El principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso y participación en un proceso de contratación (art. 13. C.P.), y en el derecho de oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, antes citada.

responderlas, por las razones explicadas en este concepto.

4. Se podría entender que el alcance progresivo pactado en un contrato de concesión es una especie de adición contractual y en este sentido se encuentra sujeta al cumplimiento de los requisitos propios de esta figura, tales como, la potestad de la administración para adicionar o no el contrato, la determinación de la cuantía y la disponibilidad presupuestal, entre otros?

En principio, los denominados “alcances progresivos” pactados en los contratos de concesión vial de “tercera generación”, una vez cumplidas las condiciones estipuladas para que haya lugar a los mismos (“activación”), constituyen una **adición** a los respectivos contratos, la cual está sujeta, por lo tanto, a todos los límites, formalidades, requisitos y, en general, disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en sus normas complementarias y reglamentarias.

Empero, no constituirían una adición si el “alcance progresivo” se encontrara incorporado realmente al objeto y al valor **iniciales** del contrato, en la forma y con las condiciones explicadas en este concepto, pues sólo así se garantizaría el cumplimiento de los principios y las normas constitucionales y legales que orientan y regulan la contratación pública.

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

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala