FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

**PLANEACIÓN – Estudios previos**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP – contiene disposiciones que exigen a las Entidades Estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los Procesos de Contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución.

**ESTUDIOS PREVIOS – Análisis del sector – Planeación en los procesos de contratación pública**

[…] antes de iniciar un procedimiento de selección, la Entidad Estatal podrá determinar con los estudios previos: i) la verdadera necesidad de la celebración del contrato; ii) las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras o los servicios cuya contratación se haya determinado necesaria, iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato; v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades; y vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar. La consideración de todos estos aspectos permite que los contratos resultantes de la planeación cuenten con el sustento técnico, económico y jurídico que incidirá en una adecuada ejecución.

**CONTRATO DE CONCESIÓN ― Contrato estatal ― Concepto**

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las Entidades Públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato.

**CONCESIÓN – Definición – Tipo contractual**

[…] como característica fundamental de estos contratos se resalta “*la vinculación de recursos del sector privado, a manera de inversión, en proyectos de interés público que permitan maximizar el gasto estatal en la satisfacción de otras necesidades”9.* Así mismo, es de la esencia del contrato de concesión la asunción de riesgos por parte del concesionario, lo que significa que tendrá derecho a la utilidad generada pero también asumirá las pérdidas derivadas de la gestión del servicio o bien concesionado.

**ADICIÓN Y PRÓRROGA – No son automáticas – Principio de planeación**

[…] en la realización de las adiciones y prórrogas, o en cualquier modificación que se surta sobre un contrato estatal, las Entidades Públicas deben hacer un análisis serio de oportunidad y conveniencia. Solo con fundamento en este examen pueden tomar la decisión de ampliar el valor, el plazo o modificar cualquier cláusula del contrato. Si bien, tal y como se expuso en el considerando 2.1. de este concepto, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece el deber de las entidades de realizar estudios previos en dos (2) momentos específicos: i) previo a la apertura de un proceso de selección y ii) previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, lo cual excluye la obligación de realizar estudios previos para prorrogar el contrato de concesión, en la medida que no se va a celebrar un nuevo contrato, lo cierto es que el principio de planeación irradia sus efectos sobre la fase de ejecución del contrato. Por esta razón, las adiciones, prórrogas y modificaciones en general, deben ser excepcionales y justificarse adecuadamente. En consecuencia, la prórroga de un contrato de concesión no debe ser una decisión automática, gratuita e irreflexiva. Lo anterior, por cuanto la prórroga debe consultar los riesgos, los costos adicionales y no utilizarse para burlar el proceso de selección. De hecho, existe un precedente constitucional definido, en el sentido de que la posibilidad de prórroga automática de los contratos de concesión desconoce el principio de libre concurrencia y el derecho a la igualdad de los eventuales interesados.

**CONCESIÓN – Prórroga – Planeación**

[…] en la realización de las adiciones y prórrogas, o en cualquier modificación que se surta sobre un contrato estatal, las Entidades Públicas deben hacer un análisis serio de oportunidad y conveniencia. Solo con fundamento en este examen pueden tomar la decisión de ampliar el valor, el plazo o modificar cualquier cláusula del contrato. Si bien, tal y como se expuso en el considerando 2.1. de este concepto, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece el deber de las entidades de realizar estudios previos en dos (2) momentos específicos: i) previo a la apertura de un proceso de selección y ii) previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, lo cual excluye la obligación de realizar estudios previos para prorrogar el contrato de concesión, en la medida que no se va a celebrar un nuevo contrato, lo cierto es que el principio de planeación irradia sus efectos sobre la fase de ejecución del contrato.

Bogotá D.C., 07 de Julio de 2023

Señor

# Edwin Anmanyer Rojas González

Bogotá D.C

# Concepto C - 248 de 2023

**Temas:**  PLANEACIÓN – Estudios previos / ESTUDIOS PREVIOS – Análisis del sector – Planeación en los procesos de contratación pública / CONTRATO DE CONCESIÓN ― Contrato estatal ― Concepto / CONCESIÓN – Definición – Tipo contractual / ADICIÓN Y PRÓRROGA – No son automáticas – Principio de planeación / CONCESIÓN – Prórroga – Planeación

**Radicación:** Respuesta a consulta P20230524011586

Estimado señor Rojas González:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 2417 de mayo de 2023.

# Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta:

“¿Para adelantar la prórroga de un contrato de concesión (en especial para los años 2006 y 2007) suscrito entre una entidad pública del orden territorial y un particular es necesario realizar estudios previos?” (SIC).

# Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **1** DE **14** |

FORMATO PQRSD

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **2** DE **14** |

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública1. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

En virtud de lo anterior, la Subdirección, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Principio de planeación y los estudios y documentos previos del contrato; ii) contrato de concesión como forma de colaboración público-privada y; iii) prórroga del contrato de concesión.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció, en términos generales, sobre el deber de elaborar análisis del sector frente a procesos de contratación en los Conceptos 2202013000000037 del 7 de enero de 2020, C- 223 del 29 de abril de 2020 y C-148 de 2021. Igualmente, se reiteran los Conceptos C-387 del 23 de junio de 2020, C-415 del 7 de julio de 2020, C-443 del 7 de julio de 2020, C-387 del 23 de junio de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-671 de 2020 de 23 de noviembre de 2020, C-215 del 12 de mayo de 2021, C-742 del 27 de diciembre de 2021, C-519 del 13 de septiembre de 2022, C-716 del 15 de noviembre de 2022 y C-856 del 13 de diciembre de 2022. Igualmente, en los conceptos en los conceptos con radicado C-251 del 27 de mayo de 2020, C-400 del 30 de junio de 2020, C-507 del 13 de agosto de 2020, C-718 del 20 de

1 La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



FORMATO PQRSD

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **3** DE **14** |

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

diciembre de 2020 y C-077 del 16 de marzo de 2021, C-129 del 22 de marzo de 2022 y C- 554 del 5 de septiembre de 2022, analizó algunos temas asociados al contrato de concesión

2. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

# Principio de planeación y los estudios y documentos previos del contrato

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer la Entidad Estatal y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc. Lo anterior con la finalidad de realizar la escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las Entidades Estatales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP – contiene disposiciones que exigen a las Entidades Estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los Procesos de Contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución. En relación con el valor del futuro contrato y su correlativo respaldo presupuestal, se tienen, por ejemplo, las siguientes reglas derivadas de la aplicación del principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

“7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

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

2 Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

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

1. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.
2. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados […]”.

Lo anterior le permitirá a la Entidad Estatal identificar desde el punto de vista técnico y financiero el objeto del contrato, las particularidades de su ejecución, los potenciales proponentes, requisitos mínimos para evaluar la idoneidad del contratista, así como analizar todas las variables que puedan afectar el procedimiento de selección, celebración y ejecución del contrato. Tal es la importancia de los estudios y documentos previos que su deficiencia o ausencia, “genera prácticas indebidas, revocatoria de actos administrativos de apertura, declaratorias de desierta de procesos de selección, comisión de faltas disciplinarias, mayores costos o mayor permanencia de la obra y, en general, el fracaso en la ejecución de contratos estatales”3. En congruencia con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional –Decreto 1082 de 2015–, dispone en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 el contenido mínimo de los estudios y documentos previos:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

3 DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección, Buenos Aires, 2015, p. 59.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **4** DE **14** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

1. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
2. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
3. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
4. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
5. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
6. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.
7. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía”.

De esta manera, antes de iniciar un procedimiento de selección, la Entidad Estatal podrá determinar con los estudios previos: i) la verdadera necesidad de la celebración del contrato; ii) las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la modalidad o tipo contractual que se escoja; iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras o los servicios cuya contratación se haya determinado necesaria, iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato; v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto de la celebración de ese pretendido contrato; vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades; y vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar. La consideración de todos estos aspectos permite que los contratos resultantes de la planeación cuenten con el sustento técnico, económico y jurídico que incidirá en una adecuada ejecución.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **5** DE **14** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

Más allá del cumplimiento de la normativa, “los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato”4, por lo que deben publicarse en la etapa precontractual y sirven de motivación para los documentos expedidos unilateralmente por la Entidad Estatal tales como el acto administrativo de apertura, los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación, entre otros. En ese sentido, los estudios y documentos previos son necesarios antes de la celebración del contrato, pues fundamentan las condiciones que la Entidad Estatal exige en su Proceso de Contratación. Sin embargo, luego de la suscripción del contrato la entidad no debe actuar unilateralmente, sino que debe respetar la buena fe contractual y proceder de acuerdo con lo pactado5.

En cuanto a la responsabilidad de la elaboración de los estudios y documentos previos, corresponde a “la oficina, dependencia o departamento que tenga la necesidad de que se celebre el contrato”, de acuerdo con “las instrucciones y procedimientos establecidos en el Manual de Contratación de la Entidad, en el marco de la Ley y los reglamentos vigentes”6. De esta manera, de conformidad con la estructura interna de cada entidad, la elaboración de los estudios previos corresponderá al funcionario responsable de la dependencia con la necesidad a satisfacer.

Ahora bien, en atención a la pregunta planteada resulta importante señalar que, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, antes citado, establece el deber de las entidades de realizar estudios previos en dos (2) momentos específicos: i) previo a la apertura de un proceso de selección y ii) previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa.

Por otra parte, conforme se desprende de los numerales 2 y 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, uno de los aspectos principales que deben abarcar los estudios previos es la determinación del objeto a contratar con sus especificaciones y el valor estimado del contrato aparejado de su respectiva justificación. Para estos efectos resulta relevante la información recolectada en el marco del *estudio del mercado* y el

4 “Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: (…)”.

5 Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Exp. 18.080.

C.P. Ruth Stella Correa Palacio: “(…) recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”.

6 *Ibidem*.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **6** DE **14** |



FORMATO PQRSD

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **7** DE **14** |

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

análisis del sector económico y de los potenciales oferentes, actividades de planeación previa que sirven para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar mediante el proceso de contratación.

Una vez analizado el marco jurídico que rige la realización de estudios previos, a continuación, se analizarán los contratos de concesión y su prórroga.

# Contrato de concesión como forma de colaboración público-privada

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las Entidades Públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato. En tal sentido, el artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, los define así:

“4. 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”.

Como se observa, en este tipo de contratos el contratista es, en principio, quien por su cuenta y riesgo ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio,



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración7. En palabras de la Corte Constitucional:

“Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal”8.

De esta manera, como característica fundamental de estos contratos se resalta “*la vinculación de recursos del sector privado, a manera de inversión, en proyectos de interés público que permitan maximizar el gasto estatal en la satisfacción de otras necesidades”9.* Así mismo, es de la esencia del contrato de concesión la asunción de riesgos por parte del concesionario, lo que significa que tendrá derecho a la utilidad generada pero también asumirá las pérdidas derivadas de la gestión del servicio o bien concesionado.

A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del EGCAP eran las que aplicaban principalmente las Entidades Públicas en la celebración de los contratos de concesión. Sin embargo, con posterioridad se expidió la Ley 1508 de 2012, *“Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”*, que en el artículo 1 definió las asociaciones público-privadas –APP– de la siguiente manera:

7 El Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 23 de octubre de 2017 con consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477, .ha destacado sus características*: “[…] la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato”*

8 Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

9 QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico – Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 20202. p. 6).

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **8** DE **14** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

“Artículo 1. 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”.

Con fundamento en dicha noción, el legislador entendió que, cuando se den los presupuestos de la Ley 1508 de 2012, la concesión sería el medio por el cual se contratarían estas colaboraciones público-privadas10, es decir, como un mecanismo a través del cual el sector privado participaría en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, así como un mayor riesgo que el que ordinariamente se asume en otras tipologías contractuales. Esta idea se consagró en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa que las concesiones ingresan en la categoría de la asociación público-privada11.

Por lo anterior, la doctrina nacional ha expresado que “*las APP no constituyen un instrumento absolutamente novedoso en el derecho colombiano, pues los contratos con los que se pretende instrumentarlas –ya sea el caso de una concesión o una obra pública– son figuras que ya existían en nuestra legislación”12.* En otras palabras, la colaboración público- privada no es exclusivamente la regulada en la Ley 1508 de 2012, pues la tendencia de vinculación de los particulares en la actividad contractual del Estado, a través de mecanismos como la obra, la prestación de servicios o la concesión, se encontraba prevista en Colombia, como, de hecho, lo continúa estando.

# 2.3. Prórroga del contrato de concesión

10 La doctrina ha señalado que “[…] durante la década de los ochenta y de los noventa, las más variadas instituciones anglosajonas empiezan a proponer toda una serie de definiciones de la citada colaboración público privada (o en términos anglosajones *public private partnerships –*PPP–, en adelante), para hacer referencia a una amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías aglutinadas bajo un enfoque o idea común: incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos asumiendo los riesgos inherentes a dicha ejecución, de modo que cada sector aporta sus recursos y conocimientos con el fin de acometer la construcción de una infraestructura o la gestión de un servicio público de la manera más eficiente posible” (HERNANDO RYDINGS, María. La colaboración público privada. Fórmulas contractuales. Madrid: Civitas. pp. 37-38).

11 Dicho artículo dispone: “Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”.

12 BENAVIDES, José Luis. Presentación. En: BENAVIDES, José Luis (compilador). Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 13.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **9** DE **14** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

La concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las Entidades Públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión en el futuro13.

Como se observa, el contratista es, en principio, quien, por su cuenta y riesgo, ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración14, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional15.

A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del EGCAP son principalmente las aplicables a las Entidades Públicas en la celebración de los contratos de concesión.

13 El artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, los define así: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

14 El Consejo de Estado ha destacado sus características: “[…] la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477).

15 “Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal” (Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **10** DE **14** |





|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **11** DE **14** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

En armonía con lo anterior, en relación con las *adiciones*, el segundo inciso del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. Esta regla es aplicable a los contratos de concesión.

Además, en la realización de las adiciones y prórrogas, o en cualquier modificación que se surta sobre un contrato estatal, las Entidades Públicas deben hacer un análisis serio de oportunidad y conveniencia. Solo con fundamento en este examen pueden tomar la decisión de ampliar el valor, el plazo o modificar cualquier cláusula del contrato. Si bien, tal y como se expuso en el considerando 2.1. de este concepto, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece el deber de las entidades de realizar estudios previos en dos (2) momentos específicos: i) previo a la apertura de un proceso de selección y ii) previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, lo cual excluye la obligación de realizar estudios previos para prorrogar el contrato de concesión, en la medida que no se va a celebrar un nuevo contrato, lo cierto es que el principio de planeación irradia sus efectos sobre la fase de ejecución del contrato. Por esta razón, las adiciones, prórrogas y modificaciones en general, deben ser excepcionales y justificarse adecuadamente. En consecuencia, la prórroga de un contrato de concesión no debe ser una decisión automática, gratuita e irreflexiva. Lo anterior, por cuanto la prórroga debe consultar los riesgos, los costos adicionales y no utilizarse para burlar el proceso de selección. De hecho, existe un precedente constitucional definido, en el sentido de que la





**Código:** CCE-REC-FM-13

técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria

F“.ORMATO PQRSD

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

posibilidad de prórroga automática de los contratos de concesión desconoce el principio de libre concurrencia y el derecho a la igualdad de los eventuales interesados16.

De igual manera, la jurisprudencia17 ha sido constante al indicar que otra razón para no admitir la prórroga automática es que en el momento de efectuar este tipo de acuerdos

–que, como se dijo, deben ser expresos–, deben quedar claras las consecuencias de la ampliación del plazo en la economía del contrato estatal. Por ello, al suscribir la prórroga, las partes del contrato deben analizar los efectos del incremento del plazo, el motivo de la ampliación, así como el impacto técnico y financiero que pudiera traer. Es más, el instante de realización de la prórroga constituye la oportunidad para que la parte del contrato que se considere afectada con la ampliación del plazo, lo manifieste o deje la salvedad del caso. Por tal razón, el Consejo de Estado ha dicho que: “En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual,

16 Así, en la Sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional indicó: “[...], en la sentencia C-949 de 2001, la Corte declaró inexequible la expresión “automática” del artículo 36 de la ley 80, en tanto autorizaba la prórroga automática de los contratos de concesión de telecomunicaciones. A juicio de la Corte, la prórroga automática de dichos contratos por un lapso igual al del contrato inicial, vulneraba el principio de libre concurrencia y restringía la igualdad de oportunidades para acceder al espectro electromagnético, lo que constituía un desconocimiento de los artículos 333 y 75 superiores. La Corte sostuvo:

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

[...]

Por razones similares, en la sentencia C-068 de 2009, la Corte declaró inexequible, entre otras, la expresión “y sucesivamente” contenida en el inciso primero del artículo 8º de la ley 1º de 1991, en tanto permitía la prórroga sucesiva de los contratos de concesión portuaria sin limitación en términos de número. A juicio de la Corte, la prórroga sucesiva desconoce los derechos a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, “(…) pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria “.

17 Al respecto, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 52.666 y Sentencia del 31 de julio de 2014. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 21.184.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **12** DE **14** |



FORMATO PQRSD

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”18.

# 3. Respuesta

“¿Para adelantar la prórroga de un contrato de concesión (en especial para los años 2006 y 2007) suscrito entre una entidad pública del orden territorial y un particular es necesario realizar estudios previos?” (SIC).

De conformidad con las consideraciones expuestas en este concepto, en la realización de las adiciones y prórrogas, o en cualquier modificación que se surta sobre un contrato estatal, las Entidades Públicas deben hacer un análisis serio de oportunidad y conveniencia. Solo con fundamento en este examen pueden tomar la decisión de ampliar el valor, el plazo o modificar cualquier cláusula del contrato. Si bien, tal y como se expuso en el considerando

2.1. de este concepto, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece el deber de las entidades de realizar estudios previos en dos (2) momentos específicos: i) previo a la apertura de un proceso de selección y ii) previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, lo cual excluye la obligación de realizar estudios previos para prorrogar el contrato de concesión, en la medida que no se va a celebrar un nuevo contrato, lo cierto es que el principio de planeación irradia sus efectos sobre la fase de ejecución del contrato.

Por esta razón, las adiciones, prórrogas y modificaciones en general, deben ser excepcionales y justificarse adecuadamente. En consecuencia, la prórroga de un contrato de concesión no debe ser una decisión automática, gratuita e irreflexiva. Lo anterior, por cuanto la prórroga debe consultar los riesgos, los costos adicionales y no utilizarse para burlar el proceso de selección. De hecho, existe un precedente constitucional definido, en el sentido de que la posibilidad de prórroga automática de los contratos de concesión desconoce el principio de libre concurrencia y el derecho a la igualdad de los eventuales interesados.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con

18 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 52.666.



|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **13** DE **14** |

FORMATO PQRSD

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| VERSIÓN: 01 | CÓDIGO: **CCE-REC-FM-13** | FECHA: 15 DE JUNIO 2023 | PÁGINA **14** DE **14** |

**Código:** CCE-REC-FM-13

**Versión:** 01 DEL 15 DE JUNIO DE 2023

mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



Elaboró: Diana Lucia Saavedra Castañeda

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Ximena Ríos López

Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia Del Carmen Zawady Palacio

 Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

