**CCE-DES-FM-17**

**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 en el futuro su inversión. […].

[…].

Como se observa, es en principio el contratista quien, por su cuenta y riesgo, efectúa la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración.

**CONTRATO DE CONCESIÓN ― Colaboración público - privada ― No exclusiva**

Se puede afirmar que a partir de la tipificación de este contrato en el mencionado artículo de la Ley 80 de 1993, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública eran principalmente las aplicables a las entidades públicas en la celebración de los contratos de concesión. Sin embargo, como bien es sabido, 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», […].

[…]

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». 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, ya se encontraba prevista en Colombia, como, de hecho, lo continúa estando.

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS ― Concepto ― Ley 1508 de 2012**

«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».

**ADICIÓN ― Límite del 50%**

Lo importante, y que se reiterará en distintos lugares de este concepto es que por regla general –es decir, salvo norma especial– frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que es lo que implica una *adición*, por cualquiera de los dos supuesto señalados previamente, e independiente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». De manera que aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre se debe observar esta última disposición.

**ADICIÓN ― Límite del 50% ― Excepciones**

Con base en lo expuesto en el numeral anterior, puede decirse que las partes, al momento de adicionar los contratos estatales, deben respetar el límite cuantitativo previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993; es decir que solo pueden adicionarlo hasta el 50% de su valor inicial expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes. Sin embargo, esta restricción es una regla general, ya que el ordenamiento jurídico consagra algunas disposiciones especiales que la exceptúan. Por ejemplo, el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 establece que «Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia» y que «En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993». Otras reglas especiales se encuentran, justamente, en la Ley 1508 de 2012, que contiene varios artículos que establecen límites diferentes a los del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80.

**ADICIÓN ― Alianzas público-privadas ― 6.000 smmlv ― Norma aplicable**

El artículo 13 de la Ley 1508 de 2012 prescribe que en los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública no podrán adicionarse recursos públicos en más del 20% del valor inicial, porcentaje que también aplica, en virtud del artículo 18, a las adiciones de los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada que requieran el desembolso de recursos públicos y en los de iniciativa privada que no requieren el desembolso de recursos públicos, de conformidad con el artículo 21.

**ADICIÓN ― Contratos de concesión ― Menos de 6.000 smmlv ― Norma aplicable**

Sin embargo, a pesar de que el artículo 2 de la mencionada Ley establece que «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», eso no significa que los límites a las adiciones previstos en la Ley 1508 de 2012 apliquen a todo tipo de concesión, pues el parágrafo 1º del artículo 3 de esta Ley, referido a su ámbito de aplicación, dice que «Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv». O sea que solo si superan este umbral se regirán por la Ley 1508 de 2012. Entonces, los contratos de concesión frente a los cuales la inversión no sea superior a dicho número de salarios, al estar excluidos de la regulación de los esquemas de asociación público-privada de la Ley 1508 de 2012, se rigen por las disposiciones generales y, dentro de ellas, por el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando sean celebrados por entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Bogotá D.C., **13/08/2020 Hora 13:46:45s**

**N° Radicado: 2202013000007450**

Señora

**Steffany Wilches Plata**

Ciudad

**Concepto C‒ 507 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO DE CONCESIÓN ― Contrato estatal ― concepto / CONTRATO DE CONCESIÓN ― Colaboración público privada ― No exclusiva / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS ― Concepto ― Ley 1508 de 2012 / ADICIÓN ― Límite ― 50% / ADICIÓN ― Límite del 50% ― Excepciones / ADICIÓN ― Alianzas público privadas ― 6.000 smmlv ― Normas aplicables / ADICIÓN ― contratos de concesión ― menos de 6.000 smmlv ― Normas aplicables |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # 4202013000006219  |

Estimada señora Wilches:

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 23 de julio del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente pregunta:

«Considerando que el régimen de APPs regulado en la Ley 1508 de 2012 es distinto al de la concesión regulada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y teniendo en cuenta que la regulación de adiciones en ambos regímenes contractuales tiene límites y condiciones diferentes, en el caso en que una concesión regulada por la ley 80 de 1993 no cumpla con los criterios de aplicación de la 1508 respecto del monto (6000 SMLMV ), solicitamos de manera respetuosa nos aclare:

»¿Cuál sería el límite de adición de un contrato de concesión regulado por ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la misma regula como tope para todo contrato el 50% de su valor expresado en SMMLV en el artículo 40, o si por el contrario le es aplicable el establecido en la Ley 1508 de 2012 relativo al 20% de su valor inicial?»

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) caracterización de los contratos de concesión como formas, aunque no exclusivas, de colaboración público-privada, ii) límites para las adiciones a los contratos estatales y iii) aplicación del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 a la adición de los contratos de concesión que no ingresen al esquema de asociaciones público-privadas regulado por la Ley 1508 de 2012.

Conviene indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado Nos. 4201912000007298 de 23 de octubre de 2019, C-062 del 25 de marzo de 2020, C-100 del 27 de marzo de 2020 y C-318 del 28 de mayo de 2020, analizó la adición de los contratos estatales. De igual manera, en los conceptos con radicado C-251 del 27 de mayo de 2020 y C-400 del 30 de junio de 2020, analizó algunos temas asociados al contrato de concesión. Las tesis propuestas en aquellas oportunidades se reiteran a continuación y se complementan con ideas adicionales, relacionadas con el interrogante específico que se formula en la consulta.

**2.1. Contrato de concesión como forma, aunque no exclusiva, 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 en el futuro. 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, 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 remuneración[[1]](#footnote-2). 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[[2]](#footnote-3).

A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública eran principalmente las aplicables a 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:

Art. 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 entiende la concesión como una forma de colaboración público-privada[[3]](#footnote-4), es decir, como un mecanismo a través del cual el sector privado participa 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 ratifica en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa que las concesiones ingresan en la categoría de la asociación público-privada[[4]](#footnote-5).

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»[[5]](#footnote-6). 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.

A continuación se estudiará si, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, esta aplica a todos los contratos de concesión –en tanto formas de colaboración entre el sector público y el privado– o si hay algunos contratos de dicho tipo que permanecen regulándose principalmente por la Ley 80 de 1993, y a los cuales, por lo tanto, les aplica el límite para las adiciones, consagrado en el parágrafo del artículo 40.

**2.2. Límite para adicionar los contratos estatales**

Como lo expresó esta Subdirección en el Concepto C-100 del 27 de marzo de 2020, la ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. Así, durante la planeación la Administración se enfrentan a la ardua tarea de estimar y determinar las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer. No obstante, en muchas ocasiones, durante la fase de ejecución del contrato, las partes identifican alguna de las siguientes situaciones: i) la necesidad de acometer mayores cantidades de los *ítems* o actividades inicialmente previstos, a lo que en la práctica se le conoce como «mayores cantidades de obra», «obras adicionales» o adición de «*ítems* contractuales» y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, mediante la ejecución de nuevos *ítems* o actividades, no incluidos en el contrato inicial, para lo cual en la práctica las entidades ejecutan «obras extra» o «amplían el alcance» del contrato mediante la celebración de un «contrato adicional». No obstante, este último término, al igual que los señalados entre comillas ―algunos de ellos usualmente empleados en contratos de obra―, son nociones doctrinarias y empleadas en la práctica por las entidades estatales, que actualmente no tienen un fundamento particular en el ordenamiento jurídico, el cual no le asigna efectos específicos a cada uno. Lo importante, y que se reiterará en distintos lugares de este concepto, es que por regla general –es decir, salvo norma especial– frente a cualquier incremento del valor inicial del contrato, que es lo que implica una *adición,* por cualquiera de los dos supuesto señalados previamente, e independiente del nombre que se le dé al acuerdo, aplica el límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993: «Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales». De manera que aunque es posible celebrar todos los tipos de acuerdos indicados, siempre se debe observar esta última disposición[[6]](#footnote-7).

Dicha norma, además de consagrar una prohibición, implícitamente contiene una autorización, que consiste en la posibilidad de adicionar los contratos estatales, siempre que no se supere el tope establecido. Debe tenerse en cuenta que el cálculo del límite debe hacerse en salarios mínimos para que el cálculo del tope sea preciso; de manera que para adicionar un contrato debe dividirse el valor inicial por el salario mínimo vigente al suscribirse el contrato, y luego dividirlo por 2; el resultado constituirá el número de SMLMV por los cuales podrá adicionarse el contrato. En este sentido, para evitar equivocaciones, lo ideal es que cada vez que se haga una adición se estime su valor en salarios mínimos, que se calculan con base en el vigente al momento de la adición, de manera que se descuenten estos de los salarios mínimos que restan por adicionar, ya que las modificaciones podrían hacerse en diferentes años, porque si el contrato se ejecuta sin existir variación en el valor del salario mínimo la operación sería la misma si se toma el monto en pesos.

El razonamiento anterior se soporta en la forma como la Ley 80 estableció el tope para las adiciones, acudiendo a una forma de actualización del valor, de acuerdo a los incrementos que tenga el salario mínimo, lo que resulta especialmente relevante en contratos de larga duración.

Sin perjuicio de la idea expuesta en torno al tope de la adición, se señalarán otras posiciones que no se comparten, por considerarlas contrarias a la regulación actual contenida en la Ley 80 de 1993. Antes de señalarlas es necesario aclarar que este problema ocurre, especialmente, en los contratos cuya estructuración y pago se realiza por precios unitarios, aunque también se ha extendido al de administración delegada o reembolso de gastos[[7]](#footnote-8), ya que en el de precio global, como más adelante se expondrá, existe un mayor consenso en torno a la forma de aplicar el parágrafo del artículo 40.

La primera postura, asumida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y adoptada por el Consejo de Estado en otros pronunciamientos, parte de considerar que solo hay lugar a la celebración de un contrato adicional, y por tanto que se encuentre sometido al parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando se trate de adicionar una obra u actividad que no estaba contemplada en el alcance inicial del contrato.

Según esta idea, a otros aumentos del valor no les aplica la prohibición, originados, por ejemplo, en mayores cantidades de obra, ya que bajo dicha tesis el valor inicial del contrato, en el sistema de precios unitarios, solo consiste en un estimativo del costo que tendrá el contrato, que solo logra determinarse una vez termine la ejecución, de manera que con las mayores cantidades de obra no se presentaría una modificación del precio, sino que simplemente se determinará el valor final del contrato, que no será diferente del precio acordado inicialmente que se mantendrá invariable, precisándose, al final, el monto real del estimativo[[8]](#footnote-9).

Este criterio lo sostiene cierto sector de la doctrina[[9]](#footnote-10). Con el se amplía el límite establecido por el legislador en el artículo 40, ya que este tipo de modificaciones, para ejecutar más de un mismo *ítem* o actividad pactada en el contrato ―estas posturas las considerarían «precisiones» o «determinaciones del valor final»―, no se tendrían en cuenta para señalar en qué porcentaje se ha adicionado un contrato, porque no son *contratos adicionales*[[10]](#footnote-11).

Este criterio también lo mantuvo el Consejo de Estado en algunas ocasiones –en muy escasas ocasiones–, donde reiteró el concepto desarrollado por la Sala de Consulta y Servicio de Civil[[11]](#footnote-12).

La otra postura, defendida por otra parte de la doctrina, y que sostiene esta Agencia, considera que cualquier aumento del valor, independientemente de la causa que lo origine, se enmarca dentro del límite del parágrafo del artículo 40, de manera que la norma debe entenderse en el sentido de que cualquier aumento del precio inicial, que implique añadir recursos a los inicialmente previstos, implica la celebración de una adición ―que será un contrato―, independientemente del nombre que se le dé, y que necesariamente se someterá a la norma prohibitiva, salvo norma especial que excepcione la regla general:

Según este criterio, [el expuesto previamente en este concepto] del cual nos apartamos categóricamente, el contrato de nuestro ejemplo, por valor de $1’000.000, podría costar al final $1.000’000.000, sin incursionar en los terrenos prohibitivos del art. 40. Y no se comparte este criterio porque desconoce que la Ley 80 de 1993 quiso evitar, precisamente, que los contratos se adicionaran en más del 50%, y sin duda alguna una ampliación de las cantidades de obra denominada *obra adicional* conduce a una adición del contrato, luego debe tener como límite el 50% analizado.

[…]

La tesis jurídica que prevalece es que los contratos no se pueden adicionar por encima del límite del art. 40, sin importar si la obra es extra o adicional, pues estas categorías son meramente técnicas y no jurídicas, de modo que lo determinante no es el tipo de obra, bien o servicio que se necesita ejecutar en mayor cantidad, sino su valor. Si sobrepasa el límite legal no es posible ejecutarlo[[12]](#footnote-13). (Aparte en corchetes fuera del original).

La tesis anterior es defendida por la jurisprudencia mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y por la mayoría de las entidades estatales, porque en el año 2010 se demandó la legalidad del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008, que autorizaba la adición de algunos contratos por encima del 50%. La Sección Tercera declaró su nulidad, en la sentencia del 14 de abril de 2010, bajo los siguientes argumentos:

La Sala acogerá la pretensión formulada en atención a que como ya ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación las expresiones utilizadas por la ley («adicionar» y «valor inicial»), hacen referencia a la necesidad de operar modificaciones en algunos negocios jurídicos, lo cual implica una variación en el valor pactado. En este evento, se trata de obras nuevas o distintas indispensables para alcanzar la finalidad perseguida con el acuerdo de voluntades. No obstante lo anterior, la legislación vigente contempla una limitante: el valor de lo adicionado no puede sobrepasar la mitad de lo inicialmente pactado, asegurándose su actualización mediante las variaciones que presenta el salario mínimo legal mensual. La prohibición expresada por el legislador en el artículo 40 del Estatuto de contratación estatal, es una medida que no sólo busca que no se burlen los procedimientos de selección, sino que además asegura principios como la transparencia, la selección objetiva y la planeación

Llegados a este punto, se encuentra que la norma demandada tiene el alcance que el demandante le endilga, en ella se señala la posibilidad de adicionar el contrato de interventoría sin atender a ningún límite de valor, el único criterio que se tiene presente es la prórroga del contrato sobre el cual se realiza la inspección y vigilancia. En otras palabras, se permite una adición que no tiene en cuenta la prohibición establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y que podría sobrepasar en más de un 50% el valor de lo inicialmente pactado[[13]](#footnote-14).

Esta Agencia comparte la última postura, la que mejor garantiza el principio de legalidad, pues la norma es clara en señalar que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, y valga la redundancia, el valor inicial es el contemplado en el contrato originario y cualquier alteración a ese valor constituirá, técnicamente, una adición, independientemente de cuál sea su causa; lo otro implicaría una fuga a la prohibición fijada por el legislador.

Finalmente, el artículo 40 debe analizarse en relación con las entidades excluidas de la aplicación del EGCAP. Por tratarse de este tipo de entidades la prohibición no aplica; por lo que en principio podrían ampliar el valor del contrato sin limitación, más allá que la impuesta por la razonabilidad y los principios de derecho público que las rigen. Solo les aplicaría tal limitación, o una similar, en caso de que la contemplen sus reglamentos internos de contratación, que en muchas ocasiones recogen prohibiciones o reglas originales del EGCAP, de manera que es posible que en ellos se establezca la prohibición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, o una equivalente, pero será solo en razón de tal disposición que limitarán su autonomía de la voluntad, no por otro motivo[[14]](#footnote-15).

Si dicha restricción no se consagra en el estatuto interno contractual, el hecho de pactarla directamente en el contrato, sin el sustento anterior, hace que tal estipulación sea inútil realmente, ya que las partes podrían modificarla, en tanto ellas pueden dejarla sin efecto, lógicamente mediante un nuevo acuerdo.

 La cláusula así pactada es inútil ya que si las partes deciden «cumplirla», será porque no han optado por efectuar una adición al valor del contrato que supere el monto establecido en la cláusula limitativa; es decir, la cumplirán por su propia voluntad, ya que si realizan una modificación que supere dicha «limitación», podrán hacerlo dejando sin efectos la estipulación anterior, en vista de que pueden modificar cualquier cosa que esté dentro de las posibilidades que les brinda su autonomía de la voluntad, por lo que la inaplicación, al ampliar el valor más allá del monto limitado, podría hacerse tácitamente. Esto se debe a que la restricción plasmada en el contrato, sin otro sustento, es disponible por las partes, ya que solo se fundamentaría en la autonomía de la voluntad de las partes al estructurar sus negocios y, por tanto, con fundamento en ella podrán dejarla sin efectos.

**2.3. Aplicación del límite para la adición de los contratos estatales a los contratos de concesión. El caso especial de la regulación contenida en la Ley 1508 de 2012**

Con base en lo expuesto, puede decirse que las partes, al adicionar los contratos estatales, deben respetar el límite cuantitativo previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es decir, solo pueden adicionarlo hasta el 50% de su valor inicial expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes. Sin embargo, esta restricción es una regla general, ya que el ordenamiento jurídico consagra algunas disposiciones especiales que la exceptúan[[15]](#footnote-16). Por ejemplo, el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 establece que «Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia» y que «En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993». Otras reglas especiales se encuentran, justamente, en la Ley 1508 de 2012, que contiene varios artículos que establecen límites diferentes a los del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80.

El artículo 13 de la Ley 1508 de 2012 prescribe que en los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada *de iniciativa pública* no podrán adicionarse recursos públicos en más del 20% del valor inicial[[16]](#footnote-17), porcentaje que también aplica, en virtud del artículo 18, a las adiciones de los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada que requieran el desembolso de recursos públicos[[17]](#footnote-18) y en los de iniciativa privada que no requieren el desembolso de recursos públicos, de conformidad con el artículo 21[[18]](#footnote-19).

Sin embargo, a pesar de que el artículo 2 de la mencionada Ley establece que «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», eso no significa que los límites a las adiciones previstos en la Ley 1508 de 2012 apliquen a todo tipo de concesión, pues el parágrafo 1º del artículo 3 de esta Ley, referido a su ámbito de aplicación, dice que «Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv». O sea que solo si superan este umbral se regirán por la Ley 1508 de 2012. Entonces, los contratos de concesión frente a los cuales la inversión no sea superior a dicho número de salarios, al estar excluidos de la regulación de los esquemas de asociación público-privada de la Ley 1508 de 2012, se rigen por las disposiciones generales y, dentro de ellas, por el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando los celebren las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el límite a las adiciones de los contratos de concesión en la Sentencia C-300 de 2012[[19]](#footnote-20), y si bien analizó el derogado artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, justificó –en los siguientes términos– la necesidad de restringir las adiciones en este tipo de contratos:

En efecto, el contrato de concesión de obra pública es un contrato incompleto por naturaleza en el que, por tanto, adquiere especial relevancia la posibilidad de modificación, a través de prórrogas o adiciones. Sin embargo, tal modificación debe sujetarse a las reglas antes descritas, pues como ya tuvo la Sala la oportunidad de explicar, permitir las modificaciones contractuales de forma amplia incentiva comportamientos oportunistas de los proponentes y contratistas en perjuicio de los fines de la función administrativa, especialmente la eficiencia y la igualdad. Por ejemplo, una interpretación ilimitada de las reglas de modificación puede conducir a ofertas artificialmente bajas con el ánimo de obtener la adjudicación y luego presionar la reforma del contrato para mejorar las condiciones de remuneración, o a la perpetuación de un concesionario en la ejecución de un grupo de obras, […] en perjuicio de los principios de libre concurrencia y selección objetiva.

En conclusión, aunque los contratos de concesión admiten adiciones presupuestales para mantener la continuidad del proyecto, su realización debe respetar los principios de la gestión fiscal[[20]](#footnote-21) y los límites cuantitativos analizados anteriormente.

**3. Respuesta**

«Considerando que el régimen de APPs regulado en la Ley 1508 de 2012 es distinto al de la concesión regulada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y teniendo en cuenta que la regulación de adiciones en ambos regímenes contractuales tiene límites y condiciones diferentes, en el caso en que una concesión regulada por la ley 80 de 1993 no cumpla con los criterios de aplicación de la 1508 respecto del monto (6000 SMLMV ), solicitamos de manera respetuosa nos aclare:

»¿Cuál sería el límite de adición de un contrato de concesión regulado por ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la misma regula como tope para todo contrato el 50% de su valor expresado en SMMLV en el artículo 40, o si por el contrario le es aplicable el establecido en la Ley 1508 de 2012 relativo al 20% de su valor inicial?»

La adición de los contratos de concesión celebrados por entidades sometidas al Estatuto General de Contratación debe respetar el límite contenido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es decir, no puede exceder el 50% del valor inicial del contrato, expresado este en salarios mínimos mensuales legales vigentes, porque no aplica el esquema de asociación público-privada regulado en la Ley 1508 de 2012, ni, por tanto, sus artículos 13, 18 y 21.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. 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). [↑](#footnote-ref-2)
2. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-3)
3. 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). [↑](#footnote-ref-4)
4. 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». [↑](#footnote-ref-5)
5. 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. [↑](#footnote-ref-6)
6. Lo anterior, sin perjuicio de lo prescrito por la Ley 1474 de 2011, que en su artículo 85, en relación con los contratos de interventoría, excepciona la aplicación de la restricción analizada, de manera que podrán adicionarse sin importar su monto: «Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2002. Exp. 1.439 C.P. Susana Montes Echeverri. [↑](#footnote-ref-8)
8. La posición anterior se sintetiza en el siguiente concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: «Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.

»Por lo mismo, no se trata de que exista un “cambio” o “adición” en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más.

»Es preciso, entonces, entender que solamente habrá verdadera «adición» a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato» (Ibíd.) [↑](#footnote-ref-9)
9. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición, Bogotá: Legis, 2016, p. 635 y 636. [↑](#footnote-ref-10)
10. «En este estado de la cuestión, deberíamos reconocer la existencia de islotes interpretativos sobre este tópico, en los cuales y contraviniendo lo expuesto, el Consejo de Estado, por su puesto de manera errada, ha considerado que la mayor cantidad de obra de un contrato de obra pública a precios unitarios, debe ampararse bajo el ropaje de un contrato adicional y, en consecuencia aplicando el límite del 50%.

»Insistimos que no podemos compartir este planteamiento por lo siguiente:

»- La naturaleza misma del contrato pactado a precios unitarios en el cual se conviene la realización de una obra claramente determinada (por ej. La pavimentación de la carrera 7ª entre las calles 34 y 100), que cuenta con unas cantidades estimadas que arrojan un precio igualmente estimado.

»- Si por decir algo, esas cantidades se acaban en la calle 94, lo faltante, esto es desde la calle 95 a la 100, no es una obra adicional ya que ella hace parte del objetivo inicial, vale decir, que no se requiere pactar un elemento nuevo necesario o accesorio al objeto primigenio pues lo carente hacer parte de él desde el principio.

»- Lo procedente, entonces, es que la interventoría a cuyo cargo está el control de las cantidades y presupuestos ejecutados, antes de agotar las inicialmente dispuestas, informe a las partes del contrato con miras a que la entidad obtenga los recursos necesarios para concluir lo pactado.

»- La inyección de los nuevos recursos no se hace al ampro de un contrato adicional sino como parte de un trámite interno oficial, con información al contratista para que pueda seguir avanzando en la obraIbíd» (Ibíd., p. 592). [↑](#footnote-ref-11)
11. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Exp. 22.178 y en la Sentencia de la misma Sección del 15 de julio de 2004. Exp. AP-1164-02. [↑](#footnote-ref-12)
12. MARÍN CORTÉS. Fabián G. El precio. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Centro de Estudios de Derecho Administrativo ― CEDA y Librería Jurídica Sánchez, 2012. p. 220 y 221. [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-14)
14. Sin perjuicio de que estas entidades funjan como contratistas de otras entidades sometidas al EGCAP, caso en el que aplica el límite, en atención a que el régimen aplicable sería el de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-15)
15. Un antecedente se halla en el artículo 28 de la Ley 1150, derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, que señalaba: «En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

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

»No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones». [↑](#footnote-ref-16)
16. En efecto, dicho artículo establece: «En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

»El valor del contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezca en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos.

»Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables». [↑](#footnote-ref-17)
17. El artículo 18 dispone: «En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados.

»Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables». [↑](#footnote-ref-18)
18. Esta norma señala: «Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada en los que no se hubiere pactado en el contrato el desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos, no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de este tipo de recursos y podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial.

»Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables». [↑](#footnote-ref-19)
19. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-20)
20. Al respecto, el inciso 4º del artículo 267 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019, prevé lo siguiente: «La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley». [↑](#footnote-ref-21)