**ANTICIPO - Regulación normativa**

El primer enunciado, se encuentra el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que “En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

**ANTICIPO - Definición jurisprudencial**

“un recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado” .

**CONTRATO DE CONCESIÓN - Contrato estatal - Concepto**

(…) el cual, 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 (…)

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, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración.

**CONTRATO DE CONCESIÓN – Riesgo - Concesionario**

Se encuentra pues en este tipo de contrato, un rol diferente por parte del contratista, al que puede resultar en un contrato de obra por ejemplo en donde se requiere en parte del apoyo de la entidad contratante para la realización y consecución de las actividades, obra-servicio, pues en la concesión, el particular asume por su cuenta y riesgo la realización del objeto contratado, lo cual sirve el Estado para el cumplimiento de algunos de sus fines ante la escasez de recursos públicos, de forma que las grandes inversiones que traen consigo los contratos de concesión tienen como eje fundamental la relación entre el monto de los recursos privados comprometidos para cumplir el objeto y la dinámica de recuperación o retorno de lo invertido en un determinado plazo.

**MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia**

Las modificaciones no podrán suponer la variación del objeto de un contrato, pues ello supondría la alteración de su esencia y lo convertiría en otro tipo de negocio jurídico. Si se presentara esta situación lo indicado sería no modificar el contrato, sino, celebrar uno nuevo. Sobre este último punto, la doctrina ha precisado que cuando “se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa.

Bogotá D.C., 09 de Octubre de 2024



Señora

**María Camila Ruiz Galvis**
maria.ruiz16@est.uexternado.edu.co

Bogotá D.C

**Concepto C–159 de 2024**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Temas:  | ANTICIPO – Regulación normativa / ANTICIPO – Definición jurisprudencial / CONTRATO DE CONCESIÓN ― Contrato estatal - Concepto / CONTRATO DE CONCESIÓN – Riesgo - Concesionario / MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Procedencia  |  |
| Radicación:  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240821008529 |  |

Estimada señora María Camila:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde la solicitud de consulta del 21 de agosto de 2024. En la cual manifiesta lo siguiente:

“(…)En el marco de los contratos de concesión que se celebran bajo el régimen de contratación general definido en la Ley 80 de 1993 y demás normas aplicables, así como de las reglas aplicables al anticipo:

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del anticipo? 2. ¿Cuáles son los parámetros para que una entidad estatal decida establecer un anticipo en el marco de un Contrato de Concesión? 3. ¿Cuál es el límite legal y jurisprudencial que tienen la Partes para reformar un Contrato de Concesión estructurado bajo la Ley 80 de 1993? 4. ¿Es procedente que las Partes a través de un otrosí pacten un anticipo de un Contrato que ya se encuentra en ejecución, aun cuando el mismo no se contempló en la etapa precontractual (estructuración de la Concesión)? 5. Si la anterior pregunta es procedente, ¿Cuáles serían esos parámetros bajo los cuáles las Partes podrían pactar un anticipo? 6. De no ser procedente o de no cumplirse las condiciones pertinentes, ¿Qué efectos disciplinarios, fiscales, penales, en materia de derecho de la competencia y/o de otra índole legal podrían generarse? (…)

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y 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 del sistema de compra pública. 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 pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales, ni a determinar grados de responsabilidad por las actuaciones de los diferentes participes del sistema de compra pública.

 Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i). ¿Cuál es la naturaleza jurídica del anticipo y se puede pactar en un contrato de concesión?, y ii). ¿Cuál es el límite para modificar un contrato, y se puede incluir el anticipo como modificación a un contrato de concesión en ejecución?

1. **Respuesta:**

*En primer lugar,* se debe precisar que la naturaleza jurídica del anticipo ha sido definida como un recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, por lo cual se ha entendido que estos recursos no hacen parte del patrimonio del contratista, ya que son entregados de manera inicial para facilitar al contratista la financiación de los bienes y servicios que se le ha encargado en la ejecución del contrato.

 Por tanto, la entidad estatal al momento de elaborar y estructurar los documentos que hacen parte del proceso de selección del contratista, deberá determinar de acuerdo a las características y condiciones particulares de cada contrato, la conveniencia de entregar al contratista recursos a título de anticipo, en caso de determinar y considerar su procedencia, debe fijar un porcentaje del valor del contrato, teniendo en cuenta el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de Ley 80 de 1993, que permita apalancar las actividades y la forma en la que se amortizará por parte del contratista, advirtiendo que es menester revisar el tiempo en el que se encuentra la ejecución, puesto que a lo largo de la figura del anticipo, se hace referencia a que estos son unos recursos entregados en calidad de préstamo para cubrir los costos iniciales del contrato.

 Ahora bien, es viable pactar un anticipo en un contrato de concesión, teniendo en cuenta las características del contrato, en donde el concesionario, en principio, es quien asume el riesgo de la realización del objeto concesionado y tiene a cargo la consecución de los recursos económicos necesarios para la ejecución, recursos propios o de crédito; pues al momento de la modelación financiera y por las características del proyecto a ejecutar, se puede determinar que el cobro de las tarifas u otra condición objeto de la concesión, sea insuficiente para lograr el retorno de la inversión en un tiempo razonable, haciendo necesaria la inyección de presupuesto vía anticipo por parte de la entidad contratante para las actividades previas a cargo del concesionario.

 *En segundo lugar*, conforme a la regulación legal y a la interpretación que de la misma han realizado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la cual es compartida por esta Agencia, es viable jurídicamente modificar los contratos estatales, pero dicha medida tiene un carácter excepcional y sólo procede cuando con ella se pretende garantizar el interés público, cuando la entidad haya verificado y así pueda constatarse, que la causa de la modificación es real y cierta; y cuando se deriva de previsiones legales, esto es, cuando la modificación encuentra sustento no sólo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador.

 Las modificaciones no podrán suponer la variación del objeto de un contrato, pues ello supondría la alteración de su esencia y lo convertiría en otro tipo de negocio jurídico. Si se presentara esta situación lo indicado sería no modificar el contrato, sino, celebrar uno nuevo. Sobre este último punto, la doctrina ha precisado que cuando “se alude a la modificación del contrato se lo hace para referirse a alteraciones, variaciones, sustituciones de calidad, componentes o número de obras, bienes o servicios. No implican la sustitución del género del contrato sino modificaciones que responden a necesidades sobrevivientes o a errores en la fase previa”[[1]](#footnote-2).

 De lo anterior, es pertinente indicar que es posible realizar una modificación a un contrato de concesión que se encuentre en ejecución para la inclusión de la cláusula de anticipo, siempre y cuando su justificación se sustente en la necesidad de replantear el modelo financiero del negocio, atendiendo a circunstancias exógenas a las partes, o a la materialización de riesgos que las mismas no estén en capacidad de gestionar a través de medidas de tratamiento previstas en la matriz de riesgos previsibles, atendiendo a su origen o a la magnitud de su impacto. Las circunstancias alegadas deben estar debidamente sustentadas.

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* Como eje temático se abordará lo referente a la figura del anticipo, la cual se encuentra en dos (2) enunciados en el Estrato General de Contratación de la Administración Pública-EGCAP-; el primer enunciado, se encuentra el inciso primero del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone la posibilidad de pactar anticipos en los contratos, pero sujeto a determinadas limitaciones. En efecto, la norma prescribe que “En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.
* En segunda medida el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 consagra una regla especial para el manejo del anticipo, según esta disposición, cuando se pacte en contratos de obra, concesión o salud, que no sean de menor o mínima cuantía, o en todos aquellos que se realicen por licitación pública, el contratista tiene la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable. Lo anterior, para el manejo de los recursos desembolsados bajo el mencionado concepto, con el fin de garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato.
* Para la doctrina, la figura de anticipo corresponde a la suma de dinero que la entidad estatal entrega al contratista con antelación a la iniciación de la ejecución del contrato, lo cual significa, que la entidad entrega del erario una suma desinada a la iniciación de la ejecución de la obra, bien o servicio, dinero público que se transfiere al contratista, para que sea destinada al cubrimiento de los costos en que este puede incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual.[[2]](#footnote-3)
* De manera similar lo señala Mauricio Fernando Rodríguez en su obra *Los contratos estatales en Colombia*, refiriéndose al anticipo, como aquel que consiste en la entrega que le hace la administración al contratista de unos dineros públicos que le pertenecen a la entidad y esa solo se desprende de ellos en calidad de préstamo para cubrir los costos iniciales del contrato con la consecuente obligación del contratista de amortizarlo a medida que avance el contrato[[3]](#footnote-4).
* Por otro lado, el Consejo de Estado ha precisado la naturaleza jurídica del anticipo, fijando parámetros para su aplicación[[4]](#footnote-5) y ha señalado respecto a figura lo siguiente:

“En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los *costos iniciales* en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato.”[[5]](#footnote-6) (cursiva fuera de texto)

* En otra providencia señaló, el Consejo de Estado respecto al anticipo lo siguiente:

“un recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado”[[6]](#footnote-7).

* Como característica esencial del anticipo, derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el pacto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí que se generen una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre ellas. Por un lado, el contratante tiene la obligación de entregar el valor pactado como anticipo y el derecho a que los recursos sean empleados en la forma estipulada. Por otro lado, el contratista tiene derecho a recibir dicho anticipo y la obligación de destinarlo a la ejecución del contrato. De esta manera, el Consejo de Estado explica lo siguiente:

(…) En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir - previa constitución de la garantía -, respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras, etc.). En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos: -De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista. -De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el Estatuto de Contratación vigente, por parte del contratante**,** por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de propiedad pública. Las partes contratantes, acuerdan además en el contrato, las condiciones de efectividad, la proporción con el valor del contrato, la oportunidad en que debe entregarse, la vigilancia Estatal sobre las sumas y las amortizaciones[[7]](#footnote-8).(…)

* Sobre la calidad de recurso público del anticipo, la jurisprudencia ha reiterado que “dicho dinero no hace parte del patrimonio del contratista y le pertenece a la entidad contratante hasta tanto se amortice. De allí se deduce que la función del anticipo en el contrato es, de entrada, financiar las prestaciones del contratista, y hace razonable el amparo del buen manejo y correcta inversión de estos recursos dentro de la garantía única de cumplimiento”[[8]](#footnote-9).
* Igualmente, explica que el anticipo, al facilitar al contratista la financiación de los bienes y servicios que se le han encargado, es un factor determinante para impulsar la ejecución del contrato[[9]](#footnote-10). Este también es el entendimiento de la doctrina, que ha considerado el anticipo como un dinero entregado al contratista que debe cancelarse mediante descuentos parciales, siendo una práctica común que permite impulsar la ejecución del contrato[[10]](#footnote-11); a su vez ha sido entendido como una herramienta de apalancamiento financiero por parte del estado al contratista, para que este pueda hallar solvencia e iniciar las actividades estipuladas en desarrollo del objeto contractual[[11]](#footnote-12).
* En línea con lo expuesto, se acude a lo referenciado por parte del Tratadista Dávila Vinueza que, al referirse a la cláusula accidental de anticipo, precisa que usualmente se emplea para la adquisición de maquinaria, congelación de precios de materiales, realización de labores necesarias y previas a la ejecución del contrato, dando una precisión respecto a la condición previa a las actividades que tenga a su cargo el contratista.[[12]](#footnote-13)
* A su vez en sentencia del 19 de marzo de 2021, expediente 42.135, se indicó frente a la naturaleza del anticipo, lo siguiente:

“Por otra parte, la jurisprudencia ha indicado en anteriores oportunidades[[13]](#footnote-14), que el anticipo es el recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, *pactado como contraprestación,* que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado debe ser debidamente amortizado en el plazo y la forma pactada por las partes. El monto del anticipo no tiene una causación inmediata, es decir, si bien el contratista tiene derecho al pago convenido del mismo, aquel se entiende causado gradualmente en la medida en que el contratista ejecute el contrato.”[[14]](#footnote-15) (Énfasis fuera de texto)

* Como otra de las características que ha tenido la figura de anticipo en los contratos celebrados por parte de las entidades sometidas al EGCAP, ha sido la señalada en la sentencia del 13 de abril de 2023, expediente 66.712, en donde se precisa:

(…)

El anticipo es una cláusula accidental (art. 1501 CC) en virtud de la cual se entrega una suma de dinero al contratista cuando aún no se ha prestado el servicio convenido, *con el fin de financiarlo*[[15]](#footnote-16). Pagar el anticipo es una obligación contraída por la entidad estatal y un derecho para el contratista (art. 1602 CC). En consecuencia, ante el incumplimiento, el contratante cumplido está legitimado para exigir el pago con la indemnización de perjuicios. Ante el acuerdo mutuo de plazo o término para el pago del anticipo, el deudor que no paga en la oportunidad debida incurre en mora (art. 1608 y 1617 CC).[[16]](#footnote-17) (…) (Cursiva fuera de texto)

* Así, de acuerdo con las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, el anticipo, es una cláusula accidental dentro del contrato estatal, en donde se establece una suma de dinero que se entrega al contratista con la finalidad de apalancarlo financieramente para solventar los costos iniciales de la ejecución del contrato. Este dinero debe amortizarse de acuerdo con el avance en la ejecución, de esta forma, los recursos entregados a título de anticipo son del erario, razón por la que debe garantizarse su buen manejo y correcta inversión.
* De lo anterior, se precisa que las entidades estatales tienen la facultad de pactar la entrega de anticipos en los contratos que celebren. Para ello, deberán realizar el análisis correspondiente con el fin de determinar la conveniencia de otorgar recursos al contratista bajo esa denominación, teniendo en cuenta las características de la ejecución del contrato. De este modo, las entidades podrán determinar las condiciones de entrega, el monto –que no podrá ser superior al 50% del valor del contrato–en razón a la regla establecida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el plazo de amortización, las condiciones necesarias para su exigibilidad, así como todas las obligaciones para su correcta inversión.
* Adicionalmente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no restringe el tipo de contratos estatales en los cuales es posible el ejercicio de esta facultad, es decir, no limita la posibilidad de pactar anticipo dependiendo de la tipología contractual o la modalidad de selección del contratista. De hecho, el EGCAP dispone como única limitación el valor máximo que puede desembolsar la entidad para pactar el anticipo.
* Del análisis realizado se desprende que los recursos entregados al contratista en calidad de anticipo son recursos públicos, por tanto, corresponde a la entidad adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar la correcta inversión de los dineros entregados, las cuales deberán reflejarse en el contrato celebrado.
* Como segundo eje temático se abordará lo correspondiente al contrato de concesión, el cual 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.
* Antes de hacer referencia a la tipología establecida en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es necesario hacer referencia a naturaleza de la tipología, encontrándose como una de las maneras en las que se puede desarrollar la *concesión administrativa*, término que fue desarrollado por parte del Tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su *tesis doctoral,* en los siguientes términos:

(…)

La concesión administrativa es un concepto jurídico de raigambre constitucional, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –dominio público–, servicios –servicios públicos– y obras –infraestructura pública–, de titularidad o monopolio público y de contenido económico, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –concesiones administrativas– o contratos –negocios jurídicos públicos–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas –incluso eventualmente invistiéndolo de funciones públicas administrativas– para explotarlos económicamente con el necesario propósito y la inevitable finalidad, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, de atender los requerimientos y necesidades propios del interés público o general, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador.[[17]](#footnote-18) (…)

* Se resalta la definición del Tratadista, la condición de la asignación del riesgo y la entrega por parte de la Administración del mero uso, y su goce, que se traduce en derechos, privilegios o ventajas –para explotarlos económicamente, haciéndolo diferente a las demás formas en que se establecen relaciones negociales con ella.
* Ahora bien, como expresión del negocio jurídico público, se ha caracterizado a esta tipología al igual que la del contrato de obra pública, como los contratos propios y típicos de la administración púbica, y para lo cual ha de remontarse a Francia, como señala Rodríguez Tamayo en los siguientes términos:

 “Esta modalidad contractual tiene su origen en Francia, ante la necesidad permanente del Estado de apoyarse en los particulares para prestar servicios públicos- en todo el sentido de la palabra-, pues si el Estado lo presta directamente se dice que hay una explotación directa, como lo afirma Gastón Jéze, que en su monumental obra, además, describe la concesión de servicio público, como aquella acción por la que la administración le encomienda a un individuo o una sociedad que haga funcionar un servicio público para que además lo explote.”[[18]](#footnote-19)

* Teniendo en cuenta lo señalado respecto por la doctrina se acude a lo establecido en el artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, en donde se define la tipología contractual en comento:

“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, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración[[19]](#footnote-20).
* De esta tipología, el Consejo de Estado ha resaltado los elementos más representativos, señalando entre otros los siguientes: i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; ii) es el concesionario 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), v) el concesionario asume a la condición de colaborador asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras publicas.[[20]](#footnote-21)
* Es preciso indicar que dentro del EGCAP se encuentran tres modalidades de concesión, ya que en muchas ocasiones pareciera concentrarse la atención en temas de infraestructura vial, y tales modalidades son: i) la prestación de un servicio público, ii) la construcción de una obra pública y iii) la explotación de un bien estatal[[21]](#footnote-22), cada una de estas modalidades han sido tratadas en diferentes providencias del Consejo de Estado y se han resaltado las particularidades en cada caso.[[22]](#footnote-23)
* Ahora bien, de la definición de la tipología por parte del legislador en el EGCAP, la Corte Constitucional ha señalado respecto a la tipología lo siguiente:

“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[[23]](#footnote-24)

* 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”. Asimismo, 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.
* De lo anterior, Rodríguez Tamayo, resalta la importancia de la estructura del negocio concesional, en atención a dos elementos que lo integran, por un lado la asunción del riesgo económico y financiero, y el esquema de remuneración del concesionario, pues por una parte, por regla general, la obligación de realizar todas las inversiones que demande la puesta en funcionamiento del proyecto-servicio, obra o explotación del bien público-, correrán por cuenta exclusiva del particular contratista, siendo recursos propios o recursos provenientes de crédito, quedando el Estado en consecuencia, con la obligación de permitir que el inversionista recupere los activos dispuestos al servicio del negocio y por otra parte, que la remuneración del contratista, no lo será como tal el valor de la inversión que realice en el proyecto, que por lo general han sido denominados o equiparados con los flujos de caja de los modelos financieros, como una estimación los egresos en las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento de la vía (CAPEX), en su operación y mantenimiento (OPEX) y de los impuestos que deben pagarse en el curso del proyecto, sino que estará compuesta por los rendimientos producidos por los recursos públicos, de tal forma que el interés del concesionario radica en dichas ventajes- rentabilidad del costo financiero.[[24]](#footnote-25)
* Frente al modelo negocial, ha resaltado el Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2024 (62.508), lo siguiente:

(…) Numerosos elementos afloran de esta definición legal, pero para el caso que ocupa la atención de la Sala se resalta de este modelo negocial la nota característica de que el contratista asume por su cuenta y riesgo la realización del objeto concesionado. La expresión indicada llena de contenido esta tipología contractual y significa, de una parte, que el contratista se encarga de la consecución de los recursos económicos según la relación *equity*/*deuda* que defina en su modelo financiero (con aporte de recursos propios / o de recursos de financiamiento, o de ambas clases) bajo análisis de predicción de rendimientos y de recuperación de su inversión. Y de otra, que al obtener el derecho económico de explotación y definir conforme a su *expertice* la ruta de ejecución, asume el riesgo del éxito o fracaso de su desarrollo, como regla general. (…)

(…)

La trascendencia de esta tipología negocial es innegable, en la medida que la explotación del bien, obra o servicio público se concede por un periodo prolongado, de modo que se genera una relación de mediano y largo plazo en la que cobra importancia superlativa el modelo financiero atado al principio de buena fe contractual para el cumplimiento del cometido público y en unos precisos límites temporales. Ello es así, pues en ese escenario entran en juego principios como la libertad de empresa, la libre concurrencia, la selección objetiva, entre otros, que están presentes tanto al momento de contratar como en caso de justificar una prórroga; entonces, como se viene indicando, el plazo en estos negocios financieros, más que una medida tiempo, se constituye directamente en elemento central de la fórmula de balance y remuneración acordada por las partes.[[25]](#footnote-26) (…)

 Se encuentra pues en este tipo de contrato, un rol diferente por parte del contratista-concesionario, al que puede resultar en un contrato de obra por ejemplo en donde se requiere en parte del apoyo de la entidad contratante para la realización y consecución de las actividades, obra-servicio, pues en la concesión, el particular asume por su cuenta y riesgo la realización del objeto contratado, lo cual sirve al Estado para el cumplimiento de algunos de sus fines ante la escasez de recursos públicos, de forma que las grandes inversiones que traen consigo los contratos de concesión tienen como eje fundamental la relación entre el monto de los recursos privados comprometidos para cumplir el objeto y la dinámica de recuperación o retorno de lo invertido en un determinado plazo.

* De lo anterior, es preciso advertir que cada modelo negocial, tiene una particularidad definitiva a partir del objeto de la concesión, pues existirán negocios en los cuales se cuente con la capacidad de generar ingresos a través del cobro de tarifas y lograr el retorno de la inversión por parte del privado de una manera mas cercana en el tiempo y sin requerir apoyo de los recursos de la entidad contratante y otros que en el modelo negocial, se evidencie una insuficiencia en el retorno de la inversión y requieren un apalancamiento por parte de la entidad contratante, haciendo necesaria la consagración de un anticipo en el respectivo contrato de concesión.

* Ahora bien, como tercer componente temático planteado, respecto a la modificación de los contratos estatales, el EGCAP, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las Entidades Estatales.
* Lo anterior, encuentra sustento en que, en principio, los contratos deben ejecutarse en las condiciones pactadas inicialmente, pues tales condiciones fueron convenidas luego de que la entidad pública surtiera todos los procedimientos previstos para la selección de su contratista y definiera los aspectos, técnicos, legales y financieros propios de cada caso, con observancia de los principios de la función administrativa, aplicables al proceso de gestión contractual. La regulación expresa contenida en la ley, se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el artículo 40 de la Ley 80 de 1993[[26]](#footnote-27).
* Se precisa que no existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales, pues los mismos principios antes referidos, pueden poner en evidencia la necesidad de suscribir documentos de modificación en los cuales se cambie parte de las estipulaciones pactadas en un comienzo. En el contexto antes expuesto, la jurisprudencia ha fijado pautas generales conforme a las cuales la Administración Pública debe evaluar, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, si resulta procedente suscribir documentos de modificación a los contratos que ha celebrado. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-416 de 2012, expresó lo siguiente sobre la posibilidad de modificar los contratos estatales:

*“Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.[[27]](#footnote-28) Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(…) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 201[[28]](#footnote-29), la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.”[[29]](#footnote-30)*

* Por otro lado, el Consejo de Estado[[30]](#footnote-31), sobre el particular ha manifestado lo siguiente:

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

*(…)*

*La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar … diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.*

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

* Por otro lado, en la ya mencionada obra de Rodríguez Tamayo, hace referencia a la variación o modificación de las circunstancias que rodearon la elaboración del proceso de contratación y de la minuta del contrato, que implique la modificación de las condiciones inicialmente pactadas, cuando se presenten situaciones sobrevinientes y siempre que se encuentre alguno de los siguientes escenarios, i) se prueba la existencia del hecho o acto sobreviniente, ii) que el hecho o acto no sea imputable a las partes y iii) que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen las reglas del proceso de selección, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario[[31]](#footnote-32).
* De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, se puede indicar que el mutuo acuerdo entre las partes es una forma de modificación del contrato estatal, en casos que se requiera ajustar cláusulas pactadas en la etapa previa o en el caso en concreto renunciar a alguna de ellas, es la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.
* Corresponderá a cada Entidad Estatal realizar el análisis respecto a la procedencia de modificar determinado contrato estatal, en el entendido que se respeten las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, además de definir previamente su procedencia desde la perspectiva jurídica, técnica y financiera, y precisando las modificaciones que pueden tener a nivel estructural del contrato.
1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**
* Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 4, articulo 40. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-80-de-1993/>

* Ley 1474 de 2011, artículo 91. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-1474-de-2011/>
* Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.7. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/decreto-1082-de-2015/>
* Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Disponible en:

<http://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=253322>

* Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Exp. AC-10966 - AC-11274. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá.
* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 26939. Disponible en: Falta
* Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 23 de octubre de 2017 con consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53477. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/providencias/2017_73001-23-33-000-2013-00468-01_53477/>

* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/providencias/2019_85001-23-31-000-2007-00159-01_40102/>

* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata (Exp. 48961). Disponible en: <http://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2153346>
* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 2 de octubre del 2020. Rad. 63644. CP. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Disponible en:

<http://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2159750>

* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 19 de febrero del 2021. Rad. 65277. CP. Marta Nubia Velásquez Rico. Disponible en: <http://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2170546>
* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2021, exp. 42135, C.P. María Adriana Marín. Disponible en: <http://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2174031>
* Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 13 de abril del 2023. Rad. 66712. CP. Guillermo Sánchez Luque. Disponible en:
* Consejo de Estado, Sección Tercer, Subsección A en Sentencia del 18 de marzo de 2024 con consejero ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 62508.
* Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>

* Corte Constitucional, Sentencia C-416 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-416-12.htm>

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

Sobre el ámbito de aplicación del anticipo, modificaciones del contrato se pronunció esta Subdirección en los conceptos C-796 de noviembre de 2022, C-825 de diciembre de 2022, C-842 de 2022 de diciembre 2022, C-109 de mayo 2023, C-471 de 2023 notificado el 25 de enero de 2024, C-452 del 07 de noviembre de 2023, C-396 del 26 de septiembre de 2023, C-090 del 12 de junio de 2024 y C-188 del 31 de julio de 2024, entre otros.

Respecto al contrato de concesión, la Agencia se ha pronunciado diferentes ocasiones, tales como el concepto C-181 del 13 de agosto de 2024, C-098 del 21 de agosto de 2024, C-374 del 04 de septiembre de 2024, entre otros.

Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, accede a través del siguiente enlace:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

Te invitamos a revisar la cuarta edición del Boletín de Relatoría de 2024, en el cual se explicaron los cambios más relevantes que fueron incorporados en los Documentos Tipo para el sector de Infraestructura de Transporte, en las modalidades de selección de Licitación de Obra Pública, Selección Abreviada de Menor Cuantía y Mínima Cuantía. Puede consultarlo en el siguiente enlace: [BOLETÍN DE RELATORÍA 2024 – IV | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital%2Fboletin-de-relatoria-2024-iv&data=05%7C02%7Cgustavo.hinestroza%40colombiacompra.gov.co%7C616b83c3423e4d31151908dce489c00d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638636527541390763%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=TvcamFSJb0xKN8MmFyP0cz5zurODO5ojz6pqdTKfZVc%3D&reserved=0)

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones utilizadas con 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:  | Gustavo Hinestroza MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó  | Ximena Rios LopezGestor código T1 grado 11 Subdirección de Gestión ContractualAlejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó:  | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Cfr. DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2001, p. 387. [↑](#footnote-ref-2)
2. Cfr. RICO PUERTA. Luis Alonso. Teoría general y practica de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Leyer, 2018, p. 855-856. [↑](#footnote-ref-3)
3. Cfr. RODRÍGUEZ TAMAYO. Mauricio Fernando. Los contratos estatales en Colombia. Tirant lo blanch. P. 363 [↑](#footnote-ref-4)
4. “Ver, entre otros: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Rad. AC-10966 - AC-11274; y Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Providencias del 13 de septiembre de 1999. Rad. 10607; del 13 de julio de 2000. Rad. 12513; del 10 de noviembre de 2000. Rad. 18709; del 22 de junio de 2001. Rad. 12136; del 11 de diciembre de 2003. Rad. 25000-23-26-000-1993-08696-01(13348); del 19 de agosto de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1994-00114-01(14111)”. Citado en CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín [cita No. 35]. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 22 de junio de 2001. Rad: 134365 C.P: Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. (40102). C.P: María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-7)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de agosto de 2001. Exp. AC-10966 - AC-11274. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 2 de octubre del 2020. Rad. 63644. CP. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-9)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 22 de junio de 2001. Exp. 13436, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-10)
10. “Se trata de un dinero entregado a título de crédito a favor de la entidad contratante, el cual debe ser debidamente cancelado a través de los descuentos hechos a los valores cobrados por el contratista, de modo que por medio de dicho mecanismos el dinero entregado como anticipo se convierta en parte del pago como contraprestación a la ejecución de las actividades propias del objeto pactado en virtud del contrato, siendo una práctica usual que permite impulsar la ejecución del contrato con la agilidad que requiere la administración para concluir la ejecución del objeto contratado, en aras de dar cumplimiento al mandato de una continua y eficiente prestación del servicio público a su cargo” (EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 165-166). De igual manera, se ha expuesto que “Son recursos que deberán amortizarse en proporción a la ejecución del contrato pues se trata de una especie muy particular de préstamo. Lo anterior tiene consecuencias muy importantes, porque se trata de recursos públicos administrados por un particular (contratista), y en esa medida cualquier desviación de estos recursos a fines distintos a los contemplados dentro del contrato podrá propiciar las correspondientes acciones de carácter penal” (MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 4 ed., 2015, p. 921 y ss). [↑](#footnote-ref-11)
11. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 19 de febrero del 2021. Rad. 65277. CP. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-12)
12. Cfr. DÁVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, 2017, p. 598. [↑](#footnote-ref-13)
13. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de mayo de 2019, exp. 40102, C.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-14)
14. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de marzo de 2021, exp. 42135, C.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-15)
15. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2001, Rad. 13.436 [fundamento jurídico III] y sentencia del 11 de diciembre de 2003, Rad. 13.348 [fundamento jurídico 1.2], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 pp. 301 y 306, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>. [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 13 de abril del 2023. Rad. 66712. CP. Guillermo Sanchez Luque. [↑](#footnote-ref-17)
17. SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral. UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID. Enlace:

 <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf> [↑](#footnote-ref-18)
18. RODRÍGUEZ TAMAYO. Mauricio Fernando. Los contratos estatales en Colombia. Tirant lo blanch. P. 543-544 [↑](#footnote-ref-19)
19. 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”.* [↑](#footnote-ref-20)
20. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 26.939. Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata (Exp. 48.961). [↑](#footnote-ref-21)
21. RODRÍGUEZ TAMAYO. Mauricio Fernando. Los contratos estatales en Colombia. Tirant lo blanch. P. 543-544 [↑](#footnote-ref-22)
22. Consultar I) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata (Exp. 48.961). II) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de noviembre de 2019, C.P. María Adriana Marín (Exp. 41.934). III) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de agosto de 2018, C.P. María Adriana Marín (Exp. 37.001). [↑](#footnote-ref-23)
23. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-24)
24. Cfr. RODRÍGUEZ TAMAYO. Mauricio Fernando. Los contratos estatales en Colombia. Tirant lo blanch. [↑](#footnote-ref-25)
25. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercer, Subsección A en Sentencia del 18 de marzo de 2024 con consejero ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 62.508. [↑](#footnote-ref-26)
26. El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado en SMLMV. [↑](#footnote-ref-27)
27. Sobre la naturaleza instrumental del contrato para alcanzar los fines propios del estado social de derecho, ver la sentencia C-932 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-28)
28. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-29)
29. Ver también la sentencia C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, sobre la constitucional de la posibilidad de prorrogar los contratos de concesión portuaria (artículo 8º de la ley 1º de 1991). [↑](#footnote-ref-30)
30. Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. En este concepto la Sala de Consulta se ocupó, entre otras preguntas, de la siguiente formulada por el Ministerio de Transporte: “1. ¿Bajo el supuesto que en un contrato de concesión existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público encomendado a la entidad estatal contratante, es posible, por fuera de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 y en caso de que las partes hubieran pactado una modificación de común acuerdo desde la licitación, acudir a tal previsión y modificar el contrato, teniendo en cuenta, además, que con la modificación se busca un efectivo cumplimiento de los fines estatales y una eficiente prestación de los servicios públicos?”. [↑](#footnote-ref-31)
31. Cfr. RODRÍGUEZ TAMAYO. Mauricio Fernando. Los contratos estatales en Colombia. Tirant lo blanch. P [↑](#footnote-ref-32)