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

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

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.

**ADICIÓN Y PRÓRROGA – No son automáticas**

Además, en la realización de las adiciones y prórrogas, o en cualquier modificación que se surta sobre un contrato estatal, las entidades públicas deben hacer un serio análisis de oportunidad y conveniencia. Solo con fundamento en este examen pueden tomar la decisión de ampliar el valor, el plazo o cualquier cláusula del contrato. Adicionalmente, el principio de planeación irradia sus efectos sobre la fase de ejecución del contrato. Por esta razón, las adiciones, prórrogas y modificaciones en general, deben ser excepcionales y justificarse adecuadamente. En consecuencia, la prórroga de un contrato de concesión de un servicio público no debe ser una decisión automática e irreflexiva. Lo anterior, por cuanto, la prórroga debe consultar los riesgos, los costos adicionales y no utilizarse para burlar la licitación pública, exigida en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994. De hecho, hay un precedente constitucional definido, en el sentido de que la posibilidad de prórroga automática de los contratos de concesión desconoce el principio de libre concurrencia.

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

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”, en el artículo 1, definió las asociaciones público privadas –APP– de la siguiente manera:

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.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]



Señora

**Erika Andrea Martinez Márquez**

emartinez@mestremendieta.com

Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-588 de 2024** |
| **Temas:**  | CONTRATO DE CONCESIÓN ― Contrato estatal ― Concepto / ADICIÓN Y PRÓRROGA ― Definición ― No son automáticas / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240910009231 |

Estimada señora Martínez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 10 de septiembre de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“1. ¿Cuáles son los efectos de la derogatoria del inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007?*

*2. Teniendo en cuenta la derogatoria del inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, ¿cuál es el procedimiento general que deben seguir las entidades públicas* *para realizar prórrogas o adiciones a contratos de concesión de obra pública?”.*

De manera preliminar, resulta necesario resaltar 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.

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 el siguiente problema jurídico:

1. ¿Cómo deben proceder las entidades públicas para realizar prórrogas o adiciones a contratos de concesión de obra pública, de acuerdo con la derogatoria del inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007?
2. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| El contrato de concesión está consagrado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, numeral 4 y hace parte de aquellos que se denominan típicos de la contratación estatal. Por otro lado, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 estipulaba las reglas sobre la adición y prórroga de la concesión, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, la cual derogó dicha disposición, al crear el régimen de las APP, como figuras asociativas entre el sector público y privado para el desarrollo de obras públicas en infraestructura. Sin embargo, se aclara que el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 tuvo aplicación para los contratos celebrados entre la vigencia de dicha norma (16/1/2008 según lo estipulado por el artículo 29 de la misma norma) hasta la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012 (10 /1/2012) y tuvo como fundamento jurídico para su aplicación la Sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional. Posteriormente, con la derogatoria del artículo 28, todos aquellos contratos de concesión suscritos con posterioridad debían regirse por lo consignado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en lo relacionado con las adiciones en los contratos estatales. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

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

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

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

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”[[3]](#footnote-4).* Así mismo, es de la esencia del contrato de concesión la asunción de riesgos por parte del concesionario, lo que significa que tendrá derecho a la utilidad generada pero también asumirá las pérdidas derivadas de la gestión del servicio o bien concesionado.

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

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

Con fundamento en dicha noción, el legislador entendió que, cuando se den los presupuestos de la Ley 1508 de 2012, la concesión sería el medio por el cual se contratarían estas colaboraciones público-privadas[[4]](#footnote-5), es decir, como un mecanismo a través del cual el sector privado participaría en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, así como un mayor riesgo que el que ordinariamente se asume en otras tipologías contractuales.

Esta idea se consagró en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa que las concesiones ingresan en la categoría de la asociación público-privada[[5]](#footnote-6), pero no son las únicas que se pueden celebrar porque aquellas concesiones que no correspondan a dicho esquema seguirán las reglas generales del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - EGCAP.

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”[[6]](#footnote-7).* 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.

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

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

Por esta razón, las adiciones, prórrogas y modificaciones en general, deben ser excepcionales y justificarse adecuadamente. En consecuencia, la prórroga de un contrato de concesión no debe ser una decisión automática, gratuita e irreflexiva. Lo anterior, por cuanto la prórroga debe consultar los riesgos, los costos adicionales y no utilizarse para burlar el proceso de selección. De hecho, existe un precedente constitucional definido, en el sentido de que la posibilidad de prórroga automática de los contratos de concesión desconoce el principio de libre concurrencia y el derecho a la igualdad de los eventuales interesados[[7]](#footnote-8).

De igual manera, la jurisprudencia[[8]](#footnote-9) ha sido constante al indicar que otra razón para no admitir la prórroga automática es que en el momento de efectuar este tipo de acuerdos–que, como se dijo, deben ser expresos–, deben quedar claras las consecuencias de la ampliación del plazo en la economía del contrato estatal. Por ello, al suscribir la prórroga, las partes del contrato deben analizar los efectos del incremento del plazo, el motivo de la ampliación, así como el impacto técnico y financiero que pudiera traer. Es más, el instante de realización de la prórroga constituye la oportunidad para que la parte del contrato que se considere afectada con la ampliación del plazo, lo manifieste o deje la salvedad del caso. Por tal razón, el Consejo de Estado ha dicho que: “En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”[[9]](#footnote-10).

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 1508 de 2012, artículos 2, 7 y 16.
* Ley 1150 de 2007.
* Ley 80 de 1993, articulo 32 numeral 4, artículo 40.
* Sentencia C-300 de 2012, de la Corte Constitucional, MP. Jorge Pretelt Chaljub.
* Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Número único: 11001-03-06-000-2018-00095-00. Radicación interna: 2382.
* 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.
 |

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, analizó el régimen de las asociaciones público-privadas –APP– en el concepto con radicado 2201913000009321 del 17 de diciembre de 2019, así como en los conceptos C-507 del 13 de agosto de 2020, C-663 del 30 de noviembre de 2020, C-706 del 2 de diciembre de 2020, C-386 del 3 de agosto de 2021, C-457 del 3 de septiembre de 2021, C-549 del 5 de noviembre de 2021, C-129 del 22 de marzo de 2022 y C-500 de agosto de 2022. Igualmente, en los conceptos con radicado C-251 del 27 de mayo de 2020, C-400 del 30 de junio de 2020, C-507 del 13 de agosto de 2020, C-718 del 20 diciembre de 2020 y C-077 del 16 de marzo de 2021, C-129 del 22 de marzo de 2022, C- 554 del 5 de septiembre de 2022 y C-249 de julio de 2023, analizó algunos temas asociados al contrato de concesión. 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/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Cjuan.avendano%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527916578281%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=ULogXxqZhlbRGnXip3V5oi2tcjWOQqeurmNDisBXQv0%3D&reserved=0).

Te invitamos a revisar la sexta edición del Boletín de Relatoría de 2024. Puede consultarlo en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital/boletin-de-relatoria-2024-vi-modalidad-de-seleccion-de-seleccion-de>

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.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan Manuel Avendaño RoblesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Ximena Ríos LópezGestor Código T1 Grado 11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-2)
2. Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-3)
3. QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico – Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 20202. p. 6). [↑](#footnote-ref-4)
4. 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-5)
5. 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-6)
6. 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-7)
7. Así, en la Sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional indicó: “[...], en la sentencia C-949 de 2001, la Corte declaró inexequible la expresión “automática” del artículo 36 de la ley 80, en tanto autorizaba la prórroga automática de los contratos de concesión de telecomunicaciones. A juicio de la Corte, la prórroga automática de dichos contratos por un lapso igual al del contrato inicial, vulneraba el principio de libre concurrencia y restringía la igualdad de oportunidades para acceder al espectro electromagnético, lo que constituía un desconocimiento de los artículos 333 y 75 superiores. La Corte sostuvo:

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

[...]

Por razones similares, en la sentencia C-068 de 2009, la Corte declaró inexequible, entre otras, la expresión “y sucesivamente” contenida en el inciso primero del artículo 8º de la ley 1º de 1991, en tanto permitía la prórroga sucesiva de los contratos de concesión portuaria sin limitación en términos de número. A juicio de la Corte, la prórroga sucesiva desconoce los derechos a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, “(…) pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria “. [↑](#footnote-ref-8)
8. Al respecto, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 52.666 y Sentencia del 31 de julio de 2014. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Expediente: 21.184. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 52.666. [↑](#footnote-ref-10)