

CONTRATOS DE CONCESION VIAL - Celebrados antes de la ley 1508 de 2012. Prorroga. Adición

La señora Ministra de Transporte consulta a la Sala sobre el régimen al que están sometidos los contratos de concesión para obras viales celebrados antes de la ley 1508 de 2012, especialmente en cuanto a los límites que resulten aplicables a su prórroga y adición, teniendo en cuenta lo dispuesto, entre otras normas, en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007. Si el contrato se celebró después de entrar en vigencia la ley 80 de 1993 y antes de entrar a regir la ley 1150 de 2007, el límite de las adiciones es el señalado en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80, es decir, el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato. En todo caso, si se trata de un contrato de concesión vial celebrado después de la entrada en vigencia de la ley 105 de 1993, y las obras adicionales se financian con ingresos adicionales generados por la operación o explotación de la obra concesionada, el límite de la adición es el monto de dichos ingresos, siempre que la obtención del ingreso total esperado por parte del concesionario no se hubiera pactado como una causal de terminación del contrato. Por el contrario, si el costo de la adición se cubre con otros recursos, aplica el mismo límite indicado en el párrafo anterior (50% del valor inicial del contrato). Si el contrato de concesión se celebró después de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 (16 de enero de 2008) y antes de entrar a regir la ley 1508 de 2012 (10 de enero de 2012), y la inversión adicional requerida es ejecutada totalmente por el concesionario con sus propios recursos o con sumas obtenidas de terceros, el límite de las adiciones permitidas corresponde a un valor tal que no exija prorrogar el contrato por un plazo superior al 60% del término inicial. Si las obras adicionales se realizan total o parcialmente con ingresos adicionales ya generados por la concesión (cuando ello sea posible), o con recursos aportados por la entidad pública contratante, aplica a tales inversiones lo dispuesto en el literal anterior, es decir: (i) el monto de los ingresos adicionales (para las concesiones regidas por la ley 105 de 1993), o (ii) el 50% del valor inicial del contrato, respectivamente. **NOTA DE RELATORIA:** Levantada la reserva legal con oficio 20131350311671 del 27 de agosto de 2013.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 / LEY 1508 DE 2012 / LEY 105 DE 1993

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA

Bogotá, D.C., dos (02) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00213-00(2149)

Referencia: CONTRATOS DE CONCESION VIAL CELEBRADOS ANTES DE LA LEY 1508 DE 2012. PRORROGA Y ADICION

La señora Ministra de Transporte consulta a la Sala sobre el régimen al que están sometidos los contratos de concesión para obras viales celebrados antes de la ley

1508 de 2012, especialmente en cuanto a los límites que resulten aplicables a su prórroga y adición, teniendo en cuenta lo dispuesto, entre otras normas, en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. En primer lugar, la consultante hace un recuento de la normatividad aplicable a las concesiones, desde la ley 80 de 1993¹ hasta la ley 1508 de 2012².
2. Dentro de dicho marco, hace énfasis en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007³, disposición que fue derogada expresamente por el artículo 39⁴ de la ley 1508 de 2012.
3. Luego de haberse producido su derogatoria, el primer inciso del artículo 28 de la ley 1150 de 2007 fue declarado exequible en forma condicional por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-300 de 2012⁵, *“en el entendido que la expresión **“obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”**, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial”*.
4. Con base en algunas de las consideraciones formuladas por la Corte en la sentencia referida, así como en ciertos apartes de la discusión presentada en el Congreso de la República en torno a la misma norma, la Ministra de Transporte señala que existe la duda sobre la aplicación del artículo 28 de la ley 1150 de 2007 a las concesiones viales que se encontraban vigentes y en ejecución al momento de la expedición de dicha ley.
5. Así mismo, menciona que existen algunas inquietudes sobre el concepto de “obras adicionales” que utiliza la norma citada, y sobre la existencia o no de un límite al valor de las adiciones que dicho precepto autoriza efectuar en los contratos de concesión.

Los anteriores planteamientos conducen a las siguientes

PREGUNTAS:

“1) Cuál es el porcentaje máximo o límite en valor para adicionar los contratos de concesión celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012?”

2) De acuerdo con la Sentencia C-300 de 2012 y el querer del legislador, debe aplicarse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 a todos los contratos de concesión en curso al momento de la expedición de la referida Ley?, es decir, ¿Incluso a aquellos suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007?”

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

² “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

³ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

⁴ “Artículo 39. Vigencias y derogatorias. La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular el parágrafo 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007”.

⁵ Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, exp. D-8699. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3) Considerando que el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 hace uso de la expresión “independientemente del monto de la inversión”, debe entenderse según dicho artículo, que las adiciones en valor en contratos de concesión no tienen límite en la cuantía? En ese orden de ideas, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 se constituye en una norma especial para los contratos de concesión y por lo tanto, no aplicaría para estos el límite de que trata el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 del cincuenta 50% del valor inicial para su adición en valor?

4) En concordancia con el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 y la Sentencia C-300 de 2012 ¿Cuáles serían los criterios de interpretación a tener en cuenta para determinar qué es una obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado? ¿Se entiende como obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado, toda obra que se encuentre dentro del mismo corredor vial, así no esté incluida dentro del objeto y alcance contractual?

II. CONSIDERACIONES

Para responder los interrogantes formulados, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) El régimen jurídico de las concesiones, especialmente el de las concesiones viales; ii) los límites para la adición de los contratos de concesión; iii) la posibilidad de aplicar el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 a los contratos celebrados antes de su entrada en vigencia, y iv) el concepto de “obra adicional” y los efectos de la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 28 de la ley 1150.

A. Régimen jurídico de las concesiones - las concesiones viales

Vale la pena recordar que el anterior estatuto de contratación administrativa (decreto 222 de 1983) tipificaba y regulaba, por una parte, el sistema de concesión⁶ como una de las modalidades en las que podía celebrarse el contrato de obra pública, y por otra parte, el contrato de concesión de servicios públicos, que podía referirse, entre otros, a los servicios de telecomunicaciones, correspondencia, radiodifusión etc.⁷

Posteriormente, la ley 80 de 1993 unificó las diferentes clases de concesiones en un solo tipo contractual, definido así en el artículo 32, numeral 4º:

“Artículo 32. De los contratos estatales. (...)

4º. Contrato de concesión.

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede

⁶ Artículos 102 a 105.

⁷ Capítulo 14: artículos 181 a 211.

consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (...)

A pesar del carácter unitario que la norma citada pretende darle al contrato de concesión, la jurisprudencia y la doctrina han identificado, por lo menos, tres modalidades distintas de dicho contrato: (i) concesión para la prestación de un servicio público; (ii) concesión para la construcción de una obra pública, y (iii) concesión para la administración y explotación de un bien de carácter público⁸.

Dado que la consulta formulada por el Ministerio de Transporte se refiere a las concesiones viales, tal como se desprende de su contexto⁹, resulta importante mencionar que la ley 105 de 1993¹⁰, en su título II (infraestructura del transporte), capítulo IV (obras por concesión), contiene varias normas referentes a la construcción y el mantenimiento de obras de infraestructura vial por el sistema de concesión. Por tratarse de reglas especiales, tales disposiciones se aplican de manera preferente a los contratos de concesión para la ejecución de obras de infraestructura vial, sobre las normas generales de contratación estatal, como lo ha manifestado la Sala en otras ocasiones¹¹.

Los artículos 30 a 36 de la ley 105 de 1993 establecen reglas sobre la posibilidad de que la Nación y las entidades territoriales, en forma separada o con el concurso de sus entidades descentralizadas, contraten obras de infraestructura vial por el sistema de concesión; sobre la opción de financiar los respectivos proyectos mediante la titularización de los flujos de dinero asociados a los mismos; sobre la inclusión de cláusulas exorbitantes; sobre la viabilidad de otorgar garantías de ingresos a los concesionarios y de acordar el uso de los excedentes de recursos que generen las obras entregadas en concesión; sobre las adquisiciones de predios y la expropiación administrativa, y sobre la liquidación de los contratos.

Posteriormente, la ley 1150 de 2007 introdujo dos modificaciones en el tema de las concesiones, mediante sus artículos 27 y 28, el primero de ellos referente a los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y televisión, y el segundo, atinente a la prórroga y adición de las concesiones de obra pública. A continuación se transcribe parcialmente esta última norma, por ser la que resulta pertinente para la consulta:

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

⁸ Al respecto, puede consultarse el concepto N° 1952 del 13 de agosto de 2009 (M.P.: Enrique José Arboleda Perdomo), emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁹ Aunque las preguntas específicas formuladas no utilizan expresamente este calificativo.

¹⁰ “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”.

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

El inciso segundo de dicha disposición¹² fue derogado expresamente por el artículo 276 de la ley 1450 de 2011¹³, y el resto de la norma, incluyendo el párrafo antes transcrito, fue derogado en la misma forma por el artículo 39 de la ley 1508 de 2012, junto con el párrafo 2º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que normaba el trámite de las concesiones originadas en la iniciativa privada.

Finalmente, la ley 1508 de 2012¹⁴ reguló de forma integral las denominadas “asociaciones público privadas”, concepto que engloba los contratos de concesión. En efecto, de acuerdo con el artículo 2º ibídem, *“las concesiones de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”*, de lo cual queda claro que, a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, el contrato de concesión que tipificaba la ley 80 de 1993 pasó a quedar incluido dentro del concepto de “asociación público privada” que define el artículo 1º de la mencionada ley¹⁵, y a ser regulado por dicha normatividad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales en materia de contratación estatal¹⁶.

B. Los límites para la adición de los contratos de concesión

Dado que en esta materia se han presentado importantes cambios normativos en los últimos veinte (20) años y que, por otro lado, los contratos de concesión, especialmente aquellos para la construcción, el mantenimiento y la operación de la infraestructura física, generalmente se acuerdan a plazos prolongados (10, 20 ó más años), resulta conveniente analizar lo que ha dispuesto la ley a este respecto en tres períodos distintos: (i) Desde la ley 80 de 1993 hasta la ley 1150 de 2007; (ii) desde la ley 1150 de 2007 hasta la ley 1508 de 2012, y (iii) a partir de la ley 1508. Luego se detendrá la Sala en la interpretación de lo dispuesto a este respecto en la ley 1150 de 2007.

1. Evolución normativa

a. De la ley 80 de 1993 hasta la ley 1150 de 2007

Vale la pena recordar que la ley 80 de 1993 no establece ningún límite especial para la adición de los contratos de concesión, razón por la cual resulta aplicable, en esta materia, lo dispuesto con carácter general en el párrafo del artículo 40 de la citada ley, según el cual *“los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”*.

Sin embargo, como existe un régimen especial para las concesiones viales, contenido en la ley 105 de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil tuvo la ocasión de señalar la forma de aplicar dicho límite a los contratos de concesión para la construcción de obras de infraestructura vial, en armonía con lo dispuesto en el artículo 33 ibídem, disposición que establece:

¹² Que decía: *“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–”*.

¹³ *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”*.

¹⁴ Vigente desde el 10 de enero de 2012, fecha de su publicación en el Diario Oficial N° 48.308.

¹⁵ *“Artículo 1º. Definición. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”*.

¹⁶ Artículos 3, 4 y 22, entre otros.

*“Artículo 33. Garantías de ingreso. Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, **se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial**”.* (Se resalta).

A este respecto, en el concepto N° 1050 de 1997, antes citado, la Sala mencionó que dada la especialidad de dicho precepto frente a las normas de la ley 80 de 1993, lo dispuesto en el mismo debía aplicarse de preferencia, razón por la cual, si las obras adicionales que sea necesario efectuar se financian exclusivamente con los ingresos adicionales generados por la misma concesión, el monto de dichos ingresos constituye el límite al valor de la adición contractual que pretenda hacerse. Por el contrario, si el costo de las obras adicionales proyecta cubrirse, total o parcialmente, con otros recursos aportados u obtenidos por la entidad pública contratante y/o por el concesionario, dicha adición sí estaría limitada por lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la ley 80, es decir, que no podría exceder el 50% del valor inicial del contrato. En el concepto mencionado se puede leer lo siguiente:

*“La hipótesis que contempla la norma [alude al artículo 33 de la ley 105 de 1993] se refiere específicamente a la utilización de ingresos que sobrepasen un máximo convenido en la concesión, es decir, que sean ingresos adicionales... para la construcción de obras adicionales dentro del mismo sistema vial, de tal suerte que si se trata de utilizar **otros recursos** (presupuesto nacional, impuesto de valorización, cesión del recaudo de nuevos peajes, ampliación del plazo de operación de la vía, etc.) para hacer las obras adicionales, no se daría la hipótesis de la norma y entonces se aplicaría la norma general del artículo 40 de la ley 80 de 1993, consistente en que tales obras adicionales tendrían como límite el cincuenta por ciento (50%) del valor original del contrato.*

“En otros términos, mientras se utilicen ingresos adicionales provenientes de la concesión, el contrato se puede incrementar para la realización de obras adicionales sin sujeción al límite del 50%, pero si se utilizan recursos distintos, el límite del 50% tendría plena vigencia.

“En el caso de los ingresos adicionales, el límite para adicionar con ellos el contrato, con miras a la ejecución de obras adicionales, sería el monto de los mismos, pues aquí el artículo 33 de la ley 105 de 1993 no establece tope alguno”.

Esta posición fue ratificada en el concepto N° 1636 del 14 de abril de 2005, igualmente citado, en el cual se aclaró, sin embargo, que cuando en el contrato de concesión se ha pactado que el mismo termina en el momento en que el concesionario, gracias a la explotación de la obra, logra recuperar la inversión realizada y obtener la utilidad esperada, como ocurre con las denominadas “concesiones viales de tercera generación”, no es posible acordar con el contratista la realización de obras adicionales con los ingresos extraordinarios que la obra entregada en concesión pueda generar, por la sencilla razón de que el contrato finaliza, en forma automática, cuando sucede el evento antes descrito.

Así, puede concluirse que, desde la expedición de la ley 80 de 1993 hasta la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, la adición de los contratos de concesión estaba sujeta al límite previsto en el párrafo del artículo 40 de dicho

estatuto, con la salvedad contenida en el artículo 33 de la ley 105 de 1993 para las concesiones viales, es decir, que cuando las obras adicionales se financien con ingresos adicionales generados por la concesión, la respectiva adición del contrato solamente está limitada por la cuantía de tales ingresos.

b. De la ley 1150 de 2007 a la ley 1508 de 2012

El artículo 28 de la ley 1150 de 2007 preceptuaba originalmente lo siguiente:

“Artículo 28. De la prórroga o adición de concesiones de obra pública. 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”.

Como se indicó anteriormente, esta disposición fue derogada expresamente por el artículo 39 de la ley 1508 de 2012, aunque su inciso segundo ya había sido derogado por el artículo 276 de la ley 1450 de 2011.

En la sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional hace un extenso y detallado análisis sobre el origen de dicha norma y su interpretación. Acerca de lo manifestado por la Corte en cuanto al significado de las expresiones “obras adicionales” e “independientemente del monto de la inversión”, utilizadas en este precepto, haremos referencia más adelante.

Por ahora, resulta importante mencionar que esta disposición introdujo un límite a la adición de los contratos de concesión de obra pública distinto y especial al consagrado de manera general en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993. Dicho límite, por lo tanto, debe aplicarse de preferencia en esta clase de contratos de concesión.

Merece la pena aclarar que esta disposición comprende igualmente las concesiones para la construcción, el mantenimiento y la operación de la infraestructura vial, pues, aun cuando el artículo 33 de la ley 105 de 1993 es ciertamente una norma especial, el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 hizo referencia expresa a las “concesiones viales” (parte final del inciso primero), al señalar que las obras adicionales que se efectúen al amparo de tales concesiones deben referirse al mismo “corredor vial”; de donde resulta claro que dicho artículo cobija también esta clase de concesiones.

Además, los antecedentes legislativos de esta disposición, parcialmente citados por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, revelan claramente la intención del Congreso de la República de que tal precepto se aplicara principalmente a las concesiones para la construcción de carreteras y otros proyectos viales.

c. A partir de la ley 1508 de 2012

Respecto de la duración de los contratos “de asociación público privada”, el artículo 6 de ley 1508 de 2012 dispone que el plazo máximo de los mismos será de treinta (30) años, “*incluidas prórrogas*”, salvo cuando la estructuración financiera del proyecto señale que el plazo debe ser superior y, con base en ello, se obtenga el concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.

En relación con las adiciones, el artículo 7º de la misma ley estatuye que sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas partes (3/4) del plazo inicial.

Sobre el límite máximo de las adiciones, la ley 1508 de 2012 no consagra una sola regla, sino varias, dependiendo de si el contrato de asociación público privada es de iniciativa pública (artículo 13) o de iniciativa privada y, en este último caso, de si involucra la inversión de recursos públicos (artículo 18) o no (artículo 21).

Dado que la presente consulta no se refiere a la prórroga y la adición de las concesiones bajo la ley 1508 de 2012, la Sala no se detendrá, en esta ocasión, a estudiar el contenido y el alcance de las normas referidas.

2. Límite al valor de las adiciones en la ley 1150 de 2007. Significado de la expresión “*independientemente del monto de la inversión*”

En la consulta se solicita a la Sala, en particular, determinar cuál es el límite máximo al valor de las adiciones que pueden hacerse en los contratos de concesión, a la luz de lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007.

A este respecto, se considera necesario esclarecer el significado de la expresión “*independientemente del monto de la inversión*”, que utiliza la norma citada cuando dice: “*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...*” (Resalta la Sala).

Vale la pena aclarar, en primer lugar, que sobre dicha frase, la Corte Constitucional no estableció ningún condicionamiento en la sentencia C-300 de 2012, al declarar exequible la norma citada.

Sin perjuicio de lo anterior, en la parte considerativa, la Corte interpretó que la expresión “*independientemente del monto de la inversión*” alude al valor inicial del contrato y no al monto de la adición, de tal manera que, a su juicio, no puede concluirse que la norma cuestionada haya dejado sin límite máximo o tope la cuantía de las adiciones efectuadas en los contratos de concesión de obra pública; pero la Corte Constitucional tampoco señaló en dicha providencia cuál debería ser el límite aplicable a tales adiciones, es decir, si el previsto en el párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 u otro.

Para el correcto entendimiento de este asunto, la Sala considera importante mencionar que en el contrato de concesión de obra pública, dada su estructura jurídica y económica, existe una íntima relación entre el valor del contrato y su plazo o duración, teniendo en cuenta que la forma como el concesionario recupera la inversión realizada total o parcialmente por él para construir, mantener y operar la obra que constituye el objeto material del contrato, es normalmente

mediante la explotación económica de la obra durante cierto tiempo¹⁷. Así, a mayor inversión del contratista, mayor será el tiempo requerido por éste para recuperar la inversión y obtener la utilidad estipulada, y mayor será, también, el tiempo que el Estado debe esperar para empezar a percibir total o parcialmente los ingresos que la obra construida genere¹⁸. Por tal razón, la inversión efectuada por el concesionario puede y debe ser estimada en tiempo, y, analógicamente, el tiempo de operación y explotación del proyecto puede ser cuantificado en dinero.

Un ejemplo de esto puede verse reflejado en el artículo 33 de la ley 105 de 1993, el cual dispone que los ingresos adicionales que la explotación de la obra genere pueden ser utilizados para “*ser transferidos a la entidad contratante..., ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial*”. (Se resalta). Como se aprecia, en esta norma, los ingresos adicionales generados por la explotación de la obra concesionada pueden ser convertidos en tiempo, a fin de reducir el plazo total de la concesión.

Otro ejemplo, acaso más claro, lo ofrecen los artículos 13 y 18 de la ley 1508 de 2012. La primera de las normas citadas dispone, en su parte pertinente: “*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 de tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado*”. (Destaca la Sala). El artículo 18 *ibidem* establece algo similar, pero referido a la suma total de los desembolsos de recursos públicos originalmente pactados.

A la luz de lo anterior, debe observarse que el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 consagra dos hipótesis en las cuales puede haber prórroga o adición de los contratos de concesión de obra pública: (i) cuando se trate de realizar obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado¹⁹, y (ii) cuando sea necesario para la recuperación de la inversión, debidamente soportada en estudios técnicos y económicos.

Es claro que sólo en el primero de los eventos mencionados habría una verdadera adición del contrato, porque en el segundo caso se trata de la necesidad de prorrogar el plazo de la concesión para permitir que el concesionario recupere la inversión realizada durante la ejecución del contrato, siempre que ello esté soportado en estudios técnicos y económicos y, desde luego, como lo advierte la Corte Constitucional, que exista una causa legal que justifique tal modificación al contrato, como un desequilibrio económico generado por el “hecho del príncipe” o por la “teoría de la imprevisión”, o un incumplimiento de la entidad contratante que la obligue a resarcir los perjuicios causados al concesionario, entre otras hipótesis. En este evento, la aplicación del límite consagrado en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 no presenta inconveniente alguno, porque la prórroga que se acuerde simplemente no puede superar el 60% del plazo inicial estimado (o estipulado, aclara la Sala).

En cambio, si se acuerda la ejecución de obras adicionales, dichos trabajos generarían un aumento en el alcance original del objeto contratado y, al mismo tiempo, en el valor del contrato, por lo cual sería probable que se necesitara

¹⁷ Ya sea mediante la percepción de peajes, tasas, contribuciones de valorización, precios o un porcentaje de los ingresos obtenidos por la explotación del bien público construido.

¹⁸ Aunque también debe tenerse en cuenta los **gastos de mantenimiento y operación** en los que el Estado **deja de incurrir** mientras la obra esté siendo explotada por el concesionario.

¹⁹ Y que sean “*excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial*”, según el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012.

también pactar una ampliación o prórroga en el plazo de la concesión, con el fin de que el contratista pudiese recuperar la nueva inversión efectuada y lograr la utilidad esperada. Es en dicho evento en el que tal inversión y la utilidad asociada a la misma deben estimarse en tiempo, con el fin de no superar el límite previsto en la norma citada.

Si la inversión requerida por las obras adicionales exige prorrogar el contrato más allá del límite máximo indicado (60% del plazo inicial), tales obras no podrían adicionarse o tendría que reducirse su alcance hasta el punto en el que no se supere el límite indicado, y/o sería necesario buscar otras fuentes de financiación o cofinanciación distintas de la explotación de la obra por parte del concesionario en la forma previamente estipulada²⁰.

En consecuencia, no puede afirmarse que la ley no establezca límite alguno para las adiciones en los contratos de concesión de obra pública, sino que lo hace de manera implícita, en función del tiempo adicional requerido (prórroga) para recuperar la nueva inversión y lograr la utilidad reconocida al contratista. En efecto, no podría pensarse que las inversiones adicionales que se hagan con fundamento en un contrato de concesión vigente puedan ser ilimitadas o tener un monto excesivamente alto en relación con el valor original del contrato, pues ello haría inviable, dentro del esquema con el cual operan las concesiones, que tal inversión pudiese ser amortizada en forma completa dentro del límite máximo permitido por la ley para las prórrogas (60% del término inicial), obteniéndose, además, la utilidad reconocida al concesionario.

Por lo tanto, la Sala concluye que sí existe un límite para la adición de los contratos de concesión de obra pública en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, pero éste no aparece señalado por la ley de forma expresa y general, ya sea en términos absolutos de dinero (x pesos) o como un porcentaje del valor inicial del contrato, sino en función del tiempo adicional requerido.

Nótese que los artículos 13 y 18 de la ley 1508 de 2012 parten de una idea similar, dado que en ambos se ordena que las adiciones de recursos (inversión) y las prórrogas, sumadas, no pueden exceder del 20% del valor del contrato originalmente pactado²¹, o de los desembolsos de recursos públicos originalmente acordados²², según el caso; solamente que en tales normas, en lugar de ordenarse la estimación del dinero en tiempo, se exige la valoración del tiempo en dinero, para efectos de aplicar el límite respectivo.

Ahora bien, aclara la Sala que la interpretación anterior del artículo 28 de la ley 1150 sólo resulta válida cuando es el concesionario quien, con sus propios recursos, o con recursos suministrados a él por terceros, efectúa la inversión suplementaria requerida para acometer las obras adicionales y, por lo tanto, requiere un tiempo de explotación mayor para recuperar dicha inversión; porque si dichas obras se financian con ingresos adicionales ya generados por la misma concesión, o con aportes de recursos públicos efectuados por la entidad contratante, no habría necesidad, en principio, de prorrogar el plazo de la concesión, salvo el que se llegara a requerir para ejecutar las obras, pues el

²⁰ Inversión de recursos públicos por parte de la entidad contratante, participación de terceros en el proyecto, titularización, generación de nuevas fuentes de ingresos (valorización, peajes adicionales etc.), entre otras.

²¹ En el caso de los contratos de asociación público privada de iniciativa pública, cuya prórroga y adición regula el artículo 13 de la ley 1508.

²² En el evento de los contratos de asociación público privada de iniciativa privada que requieren el desembolso de recursos públicos, cuya prórroga y adición regula el artículo 18 ibídem.

concesionario no podría ni tendría que recuperar una inversión que no ha efectuado.

En dichos casos, podrían presentarse las siguientes situaciones: (i) si las obras adicionales son cubiertas exclusivamente con ingresos adicionales ya generados por la misma concesión (siempre que la obtención del ingreso esperado no haya sido pactada como causal de terminación automática del contrato), aplicaría lo dispuesto al respecto en el artículo 33 de la ley 105 de 1993; (ii) si las obras adicionales son ejecutadas con recursos aportados por la entidad pública contratante, aplicaría el límite del 50% del valor inicial del contrato, previsto en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, y (iii) si el esquema de financiación de las obras adicionales es mixto, esto es, involucra inversiones del concesionario, ingresos adicionales generados por la concesión (cuando ello sea posible) y/o el aporte de recursos estatales, aplicaría el límite que corresponda a cada una de esas fuentes de financiación, según lo explicado en precedencia.

La interpretación según la cual, como en los eventos anteriormente descritos, y particularmente en los numerales i) y ii), no se requiere extender el plazo del contrato, las obras adicionales que se ejecuten no estarían sujetas a ningún límite en su valor y, por lo tanto, podrían representar cualquier proporción del monto inicial del contrato, no resulta admisible, a juicio de la Sala, porque sería violatoria de varios principios de la contratación pública, como los de transparencia, economía, igualdad, imparcialidad y moralidad, que tienen un claro fundamento constitucional y legal²³.

Esta es la forma correcta como debería interpretarse, a juicio de la Sala, lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, cuando utiliza la expresión “*independientemente del monto de la inversión*” para referirse al valor de las obras adicionales que pueden pactarse en los contratos de concesión.

C. Posibilidad de aplicar el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 a los contratos de concesión celebrados antes de su entrada en vigencia

Dado que, según lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, la intención aparente del Gobierno Nacional y de varios congresistas, durante el debate del proyecto de ley que derivó en la ley 1150 de 2007, era la de aplicar lo dispuesto en el artículo 28 de la misma, sobre prórrogas y adiciones, a los contratos de concesión que se encontraban vigentes en ese momento, especialmente para las obras de infraestructura vial, con la finalidad de lograr, por ejemplo, que los proyectos de construcción de carreteras diseñadas para calzadas sencillas pudieran modificarse para ejecutarlas en doble calzada, la Sala considera necesario enfocarse ahora en determinar si lo dispuesto en el artículo 28 podría aplicarse a los contratos de concesión celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007²⁴.

A este respecto, es necesario recordar lo que dispone el artículo 38 de la ley 153 de 1887, en los siguientes términos:

“Artículo 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

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

²⁴ Esta ley entró a regir el 16 de enero de 2008, es decir, seis (6) meses después de su publicación en el Diario Oficial, con excepción de los artículos 9 y 17, que entraron en vigencia desde la promulgación de la ley, y del artículo 6, que empezó a regir 18 meses después de la promulgación.

“Exceptúanse de esta disposición:

1) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato.

2) Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”

En cuanto al sentido y propósito de dicha norma, la Corte Suprema de Justicia²⁵ ha explicado lo siguiente:

“Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente al momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido totalmente realizados los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero, tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento en que se celebró la convención.

“Los contratos deben tener estabilidad y no pueden estar sujetos al proceso mutable de la legislación de un país. (...)”.

Aunque esta disposición es anterior a la Constitución Política de 1991, tiene hoy un claro sustento constitucional, como lo tuvo en su momento frente a la Constitución de 1886, en la medida en que constituye un desarrollo del principio general de la irretroactividad de la ley frente a los derechos adquiridos con justo título, que actualmente está consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política²⁶, entre otras normas.

Como lo advierte la Corte Suprema de Justicia en la providencia citada, la regla contenida en el artículo 38 de la ley 153 de 1887 no es absoluta, pues, aparte de las dos (2) excepciones que la misma norma consagra en sus numerales 1º y 2º, el artículo 58 de la Carta, en armonía con el artículo 18 de la misma ley 153²⁷, permiten que el Congreso de la República, por claras razones de utilidad pública o interés social, disponga la aplicación inmediata de una ley a todas las personas que se encuentren comprendidas dentro del supuesto de hecho de la norma, aun cuando ello implique limitar, restringir y, eventualmente, desconocer derechos adquiridos.

Sin embargo, para que tal cosa suceda, deben darse, a juicio de la Sala, las siguientes condiciones mínimas, teniendo en cuenta que la regla general es la de la irretroactividad de la ley y la protección de los derechos adquiridos: (i) que el legislador lo disponga expresamente, es decir, que la ley señale expresa y claramente que sus disposiciones se aplicarán incluso a los contratos en curso, celebrados al amparo de normas anteriores; (ii) que tal decisión legislativa esté basada en motivos de utilidad pública o interés social claros, explícitos y objetivos,

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 9 de mayo de 1938. Gaceta XLVI, 488.

²⁶ “Artículo 58. (Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 1 de 1999). *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (...)”.*

²⁷ “Artículo 18.- *Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato.*

“Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes. (...)”.

y (iii) que, en la medida en que la aplicación retroactiva de dicha ley desconozca o limite derechos adquiridos, o prive a los particulares del ejercicio de una profesión, negocio o empresa considerados hasta ese momento lícitos, se reconozca a los afectados la indemnización de perjuicios que corresponda.

El principio general de la irretroactividad de la ley en material contractual y las excepciones comentadas, no son exclusivos de la contratación entre particulares, sujeta a los preceptos del derecho común, sino que también son aplicables a los contratos celebrados por las entidades públicas con particulares o con otras instituciones del Estado y sometidos, en principio, a un régimen especial, contenido en el denominado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (ley 80 de 1993, modificada por la ley 1150 de 2007 y otras normas), tal como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, en providencia del 11 de febrero de 2009²⁸, esta Corporación manifestó:

“A su turno, en nuestro orden jurídico, a la par de en que (sic) la Constitución Política se garantizan los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato, en el artículo 38 de la 153 de 1887, se consagra la regla de que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado...

“(...)

“Por lo demás, la citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general.

“(...)

“Dentro del anterior marco jurídico, los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación, así:

“(...)

iii.) En la Ley 80 de 1993 (actualmente vigente): “Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.”

En lo que respecta a la norma sobre la cual gira principalmente la consulta, esto es, el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, basta leer su texto para verificar que tal

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. N° 25000-23-31-000-2000-13018-01 (16653). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

disposición en ninguna parte previó la aplicación de la misma a los contratos de concesión de obra pública celebrados antes de su entrada en vigencia, ni estableció la posibilidad de que las partes en tales contratos se acogieran voluntariamente a este precepto.

La Sala considera que si ésta hubiera sido la intención del Legislador, ha debido indicarlo así, en forma expresa, como en efecto lo hizo, por ejemplo, en el artículo 27 de la misma ley 1150, en lo atinente a la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y televisión, norma que estatuye lo siguiente:

*“Artículo 27. De la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión. El término de duración de las concesiones **actuales** y futuras para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, será de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales...”* (Se resalta).

Para la Sala, luego de revisar los antecedentes legislativos de la ley 1150 de 2007, no es claro que la intención final del Congreso de la República, como cuerpo colegiado²⁹, hubiera sido la de aplicar a los contratos de concesión de obra pública que en ese momento se encontraban en curso, lo normado por el artículo 28 de la citada ley, pues el párrafo que se introdujo a este respecto en el artículo 29³⁰ del proyecto de ley³¹, dentro del texto propuesto para segundo debate en la Cámara de Representantes³², fue suprimido posteriormente por la Comisión de Conciliación designada para armonizar los textos de la misma iniciativa aprobados en las Plenarias del Senado y de la Cámara, sin que aparezcan explícitas, en el respectivo informe de conciliación³³, las razones que tuvo el Congreso para eliminar el citado párrafo.

Con todo, aunque pudiera probarse que la intención o voluntad verdadera del Legislador hubiera sido la de disponer la aplicación del artículo 28 de la ley 1150 de 2007 a los contratos de concesión en curso, tal demostración no sería suficiente, tampoco, para concluir que debe darse dicha interpretación a la norma citada y que, por lo tanto, la misma puede aplicarse de forma retroactiva.

En efecto, el artículo 27 del Código Civil dispone lo siguiente:

*“Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.
“Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.*

²⁹ Independientemente de la opinión individual de algunos de sus miembros, o la del Gobierno Nacional.

³⁰ “Artículo 29. De la adición y prórroga de los contratos de concesión de obra pública...

“(...

“Parágrafo 1º. En el caso de los contratos de concesión **en curso a la entrada de vigencia de la presente ley**, se tendrán en cuenta todas y cada una de las adiciones que se hayan hecho al mismo desde su inicio, para efectos de contabilizar el límite del sesenta (60%) señalado en este artículo...” (Negrillas fuera del texto).

³¹ Proyecto de ley 057 de 2006 de la Cámara, 020 de 2005 del Senado.

³² Gaceta del Congreso N° 96 del 27 de marzo de 2007, páginas 7 a 13.

³³ Gaceta del Congreso N° 274 del 13 de junio de 2007, páginas 70 y siguientes.

El texto del artículo 28 de la ley 1150 de 2007 no contiene, en ninguna de sus partes, expresión alguna que sugiera o permita inferir, así sea indirectamente, que tal disposición sea aplicable a los contratos de concesión que se encontraban en curso cuando dicho artículo entró a regir, de tal manera que, a este respecto, no existe en la norma ningún pasaje oscuro o confuso que autorice al intérprete para desatender su texto o tenor literal, con el fin de consultar su espíritu o intención.

Vale la pena recordar que el método de interpretación exegético, aunque no es el único que la ley y la jurisprudencia autorizan emplear para encontrar el verdadero sentido de una norma, constituye, sin embargo, el que ha de utilizarse *en principio* y por regla general, porque representa una valiosa garantía para la seguridad jurídica en un Estado de derecho, la cual se traduce fundamentalmente en que los particulares y los servidores públicos pueden atenerse a los mandatos contenidos en el texto escrito de la ley, cuando éste es suficientemente claro e inteligible.

En esa medida, cuando el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 se refiere a “*los contratos de concesión de obra pública*”, no existe duda, a juicio de la Sala, de que se refiere a los que se hayan celebrado durante la vigencia de dicha norma, es decir, desde el 16 de enero de 2008³⁴ hasta la promulgación de la ley 1508 de 2012 (10 de enero de 2012), que la derogó expresamente. Tal interpretación no sólo es la que resulta de su texto o tenor literal, sino que también es la que mejor armoniza con otras disposiciones constitucionales y legales, como los artículos 29 y 58 de la Constitución Política, 18, 28 y 38 de la ley 153 de 1887, y las disposiciones que han determinado el tránsito de legislación, específicamente en el campo de la contratación pública.

En efecto, aparte de las normas citadas por el Consejo de Estado en la referida sentencia del 11 de febrero de 2009 y, en particular, el artículo 78 de la ley 80 de 1993, vale la pena traer a colación lo que establecen los artículos 31 de la ley 1150 de 2007 y 2º, inciso 2º de la ley 1508 de 2012. La primera de dichas normas dispone:

“Artículo 31. Régimen de Transición. Los procesos de contratación en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación. Los contratos o convenios a que se refiere el artículo 20³⁵ de la presente ley que se encuentren en ejecución al momento de su entrada en vigencia, continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos”.

Por su parte, el artículo 2º de la ley 1508 de 2012 estatuye, en su parte pertinente:

*“Artículo 2. Concesiones...
“Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”.*

Lo anterior muestra como el Legislador ha considerado invariablemente, al menos desde la ley 80 de 1993, que los contratos celebrados por las entidades públicas en vigencia de una determinada ley, régimen o estatuto de contratación deben seguirse rigiendo por éste hasta su terminación, en aplicación del principio establecido en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, salvo en algunos casos

³⁴ Fecha de entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007, con excepción de sus artículos 6, 9 y 17.

³⁵ Contratos celebrados con organismos internacionales o financiados por éstos, y contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público, entre otros.

excepcionales en los que ha considerado necesario ordenar expresamente la aplicación de normas nuevas a los contratos vigentes.

Para terminar, merece la pena aclarar que, a juicio de la Sala, la Corte Constitucional, en la sentencia C-300 de 2012, no señaló que el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 fuera aplicable a los contratos de concesión de obra pública que se encontraran en curso al entrar a regir dicho precepto.

Por el contrario, es del caso recordar que la Corte se declaró competente para decidir de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1150 de 2007, a pesar de que dicha norma ya no se encontraba vigente al momento de dictar la referida sentencia, justamente por considerar que, como todos los contratos se rigen por la ley vigente al momento de su celebración, los contratos de concesión de obra pública celebrados al amparo de la ley 1150 de 2007 se siguen gobernando, hasta su terminación, por las disposiciones de dicha ley, razón por la cual el mencionado artículo 28 seguía y sigue produciendo efectos durante un tiempo. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente, en la providencia que se comenta:

*“2.2.2.2 Como consecuencia de la regla anterior [se refiere al artículo 38 de la ley 153 de 1887], la Sala encuentra que **existe al menos una hipótesis en la que el precepto acusado continúa proyectando sus efectos dentro del ordenamiento: el caso de las adiciones y prórrogas que se hayan celebrado o se celebren después de la entrada en vigencia de la ley 1508, en el marco de contratos de concesión de obra pública suscritos al amparo de la ley 1150.**”*

“El arribo de esta conclusión no es una tarea sencilla, pues existen múltiples discrepancias al respecto en la doctrina y la jurisprudencia, particularmente en torno a si las adiciones y prórrogas de los contratos estatales son parte del contrato principal o representan en realidad nuevos negocios jurídicos. La Sala considera que, al menos en lo que respecta al artículo 28 de la ley 1150, no son nuevos contratos sino modificaciones del contrato estatal principal; de ahí que su celebración debe regirse por las reglas vigentes al momento del perfeccionamiento del contrato principal...” (Las negrillas son originales; las subrayas añadidas).

Como se aprecia, la posición asumida por la Corte en este punto coincide plenamente con lo que se ha explicado sobre la irretroactividad de la ley en materia contractual, a la luz de lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887.

Igualmente resulta concordante lo expuesto por la Corte Constitucional con la opinión de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en torno a la discusión de si las adiciones al objeto de un contrato estatal deben entenderse como un nuevo contrato (“contrato adicional”) o como una simple modificación al contrato original.

En efecto, la adición a un contrato vigente, así recaiga sobre su objeto principal³⁶, constituye en todos los casos una modificación al contrato original y no un nuevo contrato, independientemente de la validez que dicha reforma tenga en cada caso concreto y de la consecuente responsabilidad civil, penal, disciplinaria y fiscal que pueda recaer sobre las entidades, los servidores públicos y los particulares que autoricen, suscriban y/o ejecuten dicha modificación, si al hacerlo vulneran disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o

³⁶ Y no sobre las cantidades o sobre el precio.

desconocen los principios que gobiernan la contratación estatal, incluyendo los principios de la función pública y de la gestión fiscal contenidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política³⁷.

Así, por ejemplo, si se realiza una adición a un contrato vigente, que excede notoriamente el objeto principal o sustancial de dicho contrato, o con el claro propósito de evadir la realización de un procedimiento de obligatoria observancia, o de eludir el cumplimiento de una norma que sería aplicable si se celebrase un nuevo contrato, entre otros casos, la mencionada adición, como acto jurídico convencional, resultaría anulable por alguna de las causales que establece la ley, y quienes hayan participado en su preparación, autorización, celebración y ejecución estarían incurso en las responsabilidades que legalmente les corresponda; pero nada de ello, a juicio de la Sala, es suficiente para concluir que dicho acuerdo constituya un nuevo contrato y no lo que naturalmente es: una modificación a un contrato vigente.

En todo caso, aun si se aceptara, en gracia de discusión, que la adición a un contrato estatal en curso constituye un nuevo contrato (“contrato adicional”), dependiendo de la mayor o menor extensión y profundidad con la que se altere el objeto del contrato original, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que dicho “contrato adicional” es, en todo caso, un negocio jurídico cuya existencia depende del inicial, razón por la cual a este “contrato” deben aplicarse también las normas legales que se encontraban vigentes cuando se celebró el contrato original. Así lo manifestó el Consejo de Estado en providencia del 30 de octubre de 2003³⁸, citada por la misma Corporación en la ya referida sentencia del 11 de febrero de 2009:

“(…) ¿cuál es el régimen contractual aplicable a esos contratos adicionales si éste se concibe como un nuevo contrato? (...) La respuesta a dichos interrogantes la suministran las mismas disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados porque ambos ordenamientos claramente disponen y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían contractualmente sometidos a la norma anterior...

“Queda claro entonces que frente a los contratos adicionales, sin perjuicio de su independencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto contractual vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia - mas no su validez - como contratos adicionales a aquel que se encuentra en curso o en trámite; por lo tanto, como se observa en materia de existencia y regulación contractual es obvio que los contratos adicionales deben ir bajo la misma norma que reguló el inicial, con mayor razón si se tiene en cuenta que por regla general el contrato adicional se sigue por las estipulaciones del contrato principal en aquellas cláusulas en las cuales no se adicionó...”

De este modo, ya sea que las adiciones se conciban como una mera modificación a un contrato vigente – como lo cree esta Sala – o como nuevos contratos adicionales al inicial, dichas adiciones se siguen rigiendo por las normas

³⁷ Como lo advierte el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, incluso para los contratos excluidos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

³⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de octubre de 2003, exp. 17213. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. En igual sentido: sentencia del 2 de septiembre de 2004, exp. 14578.

sustanciales que se encontraban vigentes al momento de celebrarse el contrato original, según lo que se ha explicado.

Por lo tanto, para el caso concreto de la consulta, tanto las prórrogas como las adiciones a los contratos de concesión de obra pública celebrados desde la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 y hasta antes de entrar en vigor la ley 1150 de 2007, se siguen rigiendo por las disposiciones contenidas en la ley 80 y, cuando se trate de obras de infraestructura vial, por las contenidas en la ley 105 de 1993³⁹. En consecuencia, no resulta viable aplicar a dichos contratos lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007.

D. El concepto de obras adicionales

En relación con el significado de la expresión “obras adicionales” que utiliza el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, es necesario recordar que tal disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la referida sentencia C-300 de 2012, en forma condicional, esto es, *“en el entendido que la expresión ‘obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado’, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial”*. (Las negrillas son del original).

Vale la pena mencionar, en este punto, que las sentencias de inexecuibilidad y de exequibilidad – incluso las de exequibilidad condicionada – que profiere la Corte Constitucional tienen carácter de cosa juzgada y efectos “erga omnes”, razón por la cual, una vez dictadas y comunicadas, son obligatorias para todas las personas, incluyendo, desde luego, los funcionarios judiciales y los demás servidores públicos.

La propia Corte ha explicado el alcance de esta clase de sentencias, de la siguiente forma:

*“Así las cosas, una vez proferido un fallo de control de constitucionalidad de una ley ningún juez puede aplicar en una sentencia una norma legal que haya sido declarada inexecuible por la Corte Constitucional... En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, **en tanto que si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el decísum como la ratio decidendi**. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional...*

“(...

*“En suma, una vez la Corte Constitucional declara inexecuible una disposición legal, ningún servidor público puede emitir resolución, dictamen o concepto fundado en aquella... De igual manera, una vez proferido un fallo de **exequibilidad condicionado, al servidor público le está vedado acordarle a la ley un significado distinto de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Carta Política**”*. (Se destaca).

³⁹ Siempre que los contratos de concesión de infraestructura vial hayan sido celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

Así, en este punto específico, la Sala no puede decir nada distinto de lo que ya señaló la Corte Constitucional al declarar condicionalmente exequible el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, tanto en la parte resolutive del fallo como en los argumentos contenidos en la parte considerativa que sirvieron de fundamento directo para tal decisión.

A este respecto, merece la pena señalar que en las consideraciones de la sentencia C-300 de 2012, la Corte explicó de la siguiente forma lo que entendía por “obras adicionales o accesorias”, teniendo en cuenta la naturaleza y las particularidades jurídicas y económicas del contrato de concesión:

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

Aparte de lo anterior, la Sala considera pertinente profundizar sobre un concepto que no fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia citada, que es el de “corredor vial”, asunto que, a juicio de la Sala, resulta importante para los fines de esta consulta, ya que el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 dispone, respecto de las concesiones viales, que las prórrogas y adiciones al contrato deben referirse al mismo “*corredor vial*”, y una de las preguntas formuladas por la Ministra de Transporte consiste en determinar si constituye “*obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado*” cualquiera que se ejecute dentro del mismo corredor vial, así no esté incluida dentro del objeto y alcance contractual.

No resulta fácil definir dicho término, ya que no encuentra la Sala ninguna norma que establezca de manera precisa su significado y, por el contrario, las disposiciones que regulan el sector transporte utilizan diversos términos para referirse a ideas aparentemente iguales o similares, como carreteras, vías, ejes viales, sistemas viales, mallas viales y corredores viales, entre otros.

En efecto, el artículo 12 de la ley 105 de 1993, que señala cuál es la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, incluye “*la red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización...*”.⁴⁰ El artículo 33 ibídem que, como se explicó, permite la realización de obras adicionales en las vías entregadas en concesión con los ingresos adicionales que generen, dispone que tales obras deben ejecutarse dentro del mismo “*sistema vial*”. Y el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 prefiere utilizar la expresión “*corredor vial*”.

⁴⁰ La misma terminología se utiliza en la ley 1228 de 2008, “*por la cual se determinan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones*”.

No obstante, algunas normas se refieren tangencialmente al tema y permiten al intérprete aproximarse a una idea de lo que debiera entenderse por “corredor vial”.

Así, por ejemplo, en materia de ordenamiento territorial, el artículo 10 del decreto 3600 de 2007⁴¹ dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:

“Artículo 10. Corredores viales suburbanos. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 388 de 1997, en los planes de ordenamiento territorial sólo se podrán clasificar como corredores viales suburbanos las áreas paralelas a las vías arteriales o de primer orden y vías intermunicipales o de segundo orden.

“El ancho máximo de los corredores viales suburbanos será de 300 metros medidos desde el borde exterior de las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión de que tratan los numerales 1 y 2 del artículo 2 de la Ley 1228 de 2008, y en ellos sólo se permitirá el desarrollo de actividades con restricciones de uso, intensidad y densidad...”

De otra parte, vale la pena mencionar que en el documento intitulado “*Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia*”⁴², la CEPAL explica lo siguiente sobre este concepto:

“En las concesiones de tercera generación se incluye el concepto de corredor vial, que hace mención a la creación de una serie de vías que permitan la comunicación entre los centros de producción, consumo, distribución y/o comercialización, mejorando de esta forma la productividad y competitividad de las mallas viales nacionales y los índices de exportación del país”.

En esa medida, la Sala entiende que la expresión “corredor vial” puede referirse, ya sea a una franja de terreno que corre paralela a una vía pública (a lado y lado), o bien a una red de carreteras, vías urbanas e interurbanas y otros elementos de infraestructura (puentes, túneles etc.) debidamente interconectados para permitir el transporte de personas y cosas entre dos puntos geográficos, con un determinado objetivo económico o social (integrar una región, conectar un centro de consumo o de abastecimiento con un puerto etc.). Este último concepto es el que se acogerá para efectos de la presente consulta, dado que el primero obedece a una finalidad principalmente urbanística (regular el desarrollo urbano en las áreas colindantes a las vías públicas).

Ahora bien, volviendo al objeto de la consulta, la Sala entiende que las obras y actividades adicionales que pueden ejecutarse en desarrollo de un contrato de concesión vial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, no son todas las que se realicen dentro de los límites geográficos del respectivo “corredor vial”, sino sólo aquellas que, además de lo anterior, se deban efectuar de forma excepcional y necesaria para cumplir el objeto principal del contrato, como lo ordena la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, lo cual deberá determinarse con base en los estudios técnicos que así lo demuestren.

⁴¹ “Por el cual se reglamentan las disposiciones de las Leyes 99 de 1993 y 388 de 1997 relativas a las determinantes de ordenamiento del suelo rural y al desarrollo de actuaciones urbanísticas de parcelación y edificación en este tipo de suelo y se adoptan otras disposiciones”.

⁴² Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Autores: Olga Lucía Acosta, Patricio Rozas Balbontín y Alejandro Silva. Serie recursos naturales e infraestructura. Santiago de Chile, noviembre de 2008. Página 16.

Así, por ejemplo, si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B, es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C, no podría pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podría adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.

Por lo tanto, los contratos de concesión vial a los cuales se refiere esta consulta sólo pueden adicionarse, dentro de los límites previstos en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 y en la sentencia C-300 de 2012, con obras que estén directamente relacionadas con los corredores viales cuya construcción, mantenimiento y operación constituya el objeto principal de dichos contratos, tales como puentes, túneles, viaductos, calzadas adicionales, zonas de servicio, accesos, conexiones con otras vías urbanas o intermunicipales, y/o con la prestación de servicios directamente asociados al adecuado funcionamiento del corredor, tales como la atención de emergencias sufridas por los viajeros, la administración de los peajes, la organización del tránsito vehicular, el pesaje de vehículos de carga, el manejo de la seguridad vial etc., siempre que se trate de actividades que no fueron previstas en el alcance original y en las especificaciones técnicas del contrato pero que surgen como necesarias durante su ejecución para la adecuada terminación, mantenimiento u operación del corredor, o, por el contrario, que fueron previstas desde el principio pero de forma condicional (por ejemplo, si en el futuro se daban ciertos supuestos relacionados con la demanda de tráfico vehicular etc.)⁴³.

III. LA SALA RESPONDE:

1. *Cuál es el porcentaje máximo o límite en valor para adicionar los contratos de concesión celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012?*

El porcentaje máximo o límite en valor para adicionar los contratos de concesión de obra pública celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 1508 de 2012, depende de la época en la que se haya celebrado el contrato:

- a. Si el contrato se celebró después de entrar en vigencia la ley 80 de 1993 y antes de entrar a regir la ley 1150 de 2007, el límite de las adiciones es el señalado en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80, es decir, el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato.

En todo caso, si se trata de un contrato de **concesión vial** celebrado después de la entrada en vigencia de la ley 105 de 1993, y las obras adicionales se financian con ingresos adicionales generados por la operación o explotación de la obra concesionada, el límite de la adición es el monto de dichos ingresos, siempre que la obtención del ingreso total esperado por parte del concesionario no se hubiera pactado como una causal de terminación del contrato. Por el

⁴³ En el estudio de la CEPAL antes citado (p. 17), se indica que una de las características que distingue a las concesiones viales de "tercera generación" es la de establecer el objeto del contrato de forma gradual o progresiva, lo cual es explicado por los autores así: "*Igualmente, se introdujo el criterio de gradualidad, es decir, la ejecución de la inversión según el comportamiento de la demanda de tráfico, evitando el lucro cesante que genera el exceso de capacidad de vía...*".

contrario, si el costo de la adición se cubre con otros recursos, aplica el mismo límite indicado en el párrafo anterior (50% del valor inicial del contrato).

- b. Si el contrato de concesión se celebró después de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 (16 de enero de 2008) y antes de entrar a regir la ley 1508 de 2012 (10 de enero de 2012), y la inversión adicional requerida es ejecutada totalmente por el concesionario con sus propios recursos o con sumas obtenidas de terceros, el límite de las adiciones permitidas corresponde a un valor tal que no exija prorrogar el contrato por un plazo superior al 60% del término inicial. Si las obras adicionales se realizan total o parcialmente con ingresos adicionales ya generados por la concesión (cuando ello sea posible), o con recursos aportados por la entidad pública contratante, aplica a tales inversiones lo dispuesto en el literal anterior, es decir: (i) el monto de los ingresos adicionales (para las concesiones regidas por la ley 105 de 1993), o (ii) el 50% del valor inicial del contrato, respectivamente.

2. De acuerdo con la Sentencia C-300 de 2012 y el querer del legislador, debe aplicarse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 a todos los contratos de concesión en curso al momento de la expedición de la referida Ley?, es decir, ¿Incluso a aquellos suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007?

No. El artículo 28 de la ley 1150 de 2007 sólo puede aplicarse a los contratos de concesión de obra pública celebrados durante el lapso en que dicha disposición estuvo vigente, es decir, entre el 16 de enero de 2008 y el 9 de enero de 2012.

3. Considerando que el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 hace uso de la expresión "independientemente del monto de la inversión", debe entenderse según dicho artículo, que las adiciones en valor en contratos de concesión no tienen límite en la cuantía?

No. El valor de las adiciones en los contratos de concesión de obra pública sujetos a la ley 1150 de 2007, cuando la inversión es efectuada exclusivamente por el concesionario, no puede exceder un límite tal que, para recuperar la inversión y obtener la utilidad reconocida al contratista, implique prorrogar el contrato por un término superior al 60% del plazo inicial de dicho contrato. Si las obras adicionales son financiadas total o parcialmente con ingresos adicionales generados por la misma concesión (siempre que el contrato no termine al obtenerse el ingreso total esperado), o con aportes efectuados por la entidad estatal contratante, el valor de tales obras no puede exceder los límites indicados en la respuesta a la pregunta N° 1, según el caso.

En ese orden de ideas, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 se constituye en una norma especial para los contratos de concesión y por lo tanto, no aplicaría para estos el límite de que trata el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 del cincuenta 50% del valor inicial para su adición en valor?

El artículo 28 de la ley 1150 es una disposición especial para los contratos de concesión de obra pública. Sin embargo, dicha norma sólo aplica cuando el costo de las obras adicionales es cubierto en su totalidad por el concesionario. En los demás casos, los límites aplicables son los previstos en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 y en el artículo 33 de la ley 105 de 1993, según corresponda.

4. En concordancia con el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 y la Sentencia C-300 de 2012 ¿Cuáles serían los criterios de interpretación a tener en cuenta para

determinar qué es una obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado?

Debe entenderse que las obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado son aquellas que definió la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, al declarar exequible en forma condicionada el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, es decir, aquellas “*obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial*”, con base en los estudios técnicos que así lo demuestren.

¿Se entiende como obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado, toda obra que se encuentre dentro del mismo corredor vial, así no esté incluida dentro del objeto y alcance contractual?

No. Las obras que no guarden una relación directa y necesaria con el objeto del contrato no pueden acordarse ni ejecutarse válidamente como una adición al respectivo contrato de concesión, aunque se realicen dentro de los límites espaciales o geográficos del mismo corredor vial.

Remítase a la señora Ministra de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

OSCAR ALBERTO REYES REY
Secretario de la Sala