

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

Bogotá D.C., 7 de septiembre de 2012
03.300.12

Doctor
EDER PAOLO FERRACUTI
Presidente
CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.
Ciudad.

Ref: Posibilidad legal de "adicionar" el contrato de Concesión No. 001 de 2010 celebrado entre el INCO y la Concesionaria Ruta del Sol SAS.

Estimado doctor:

Ha tenido usted la gentileza de consultar nuestra opinión profesional en relación con la viabilidad de que la Concesionaria Ruta del Sol SAS suscriba una "adición" al Contrato de Concesión del corredor Vial Ruta del Sol Sector 2 suscrito con el INCO (hoy la Agencia Nacional de Infraestructura) de conformidad con la ley y la jurisprudencia (sentencia C-300/2012), para la elaboración de la ingeniería, ejecución de la rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento de los tramos de carretera entre Ocaña y la Ruta del Sol y entre Puerto Capulco y la Ruta del Sol.

Resumen Ejecutivo

En nuestro criterio profesional, NO es necesaria la suscripción de una "adición" al contrato, toda vez que la eventual actividad descrita podría entenderse como parte del objeto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, toda vez que el mismo tiene un componente "determinable" a título de "actividades adicionales" dentro de las cuales podría caber la mencionada, siempre que la entidad contratante así lo determine y justifique técnicamente. En ese sentido tales actividades se tendrían como parte del objeto contractual, y no como modificaciones del contrato ni "nuevos objetos" (en palabras de la Corte Constitucional), y, en consecuencia su ejecución no entrañaría "adición" en el sentido del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, sino el mero cumplimiento de lo previsto en la

Carrera 7 No. 71 - 21 Of. 602 Torre B PBX: (57-1) 317 4720 Fax: (57-1) 317 3032 E-mail: martinezneira@cable.net
Bogotá, D.C., Colombia, Sur América

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

Sección 13.01 del mismo contrato para la realización de "actividades adicionales". Fluye de lo anterior que las condiciones legal y jurisprudencialmente determinadas para la aplicación del mencionado artículo 28, NO son de recibo en estas circunstancias.

Ahora bien, si en gracia de discusión se pensare en aplicar el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra que, en principio, podría hacerse uso de la figura simplemente porque se trataría en realidad de una actividad necesaria para cumplir el objeto del contrato inicial, lo que honraría el condicionante colocado por la H. Corte a la exequibilidad de la norma, al decir que la misma es aplicable en el entendido en el que "...solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial..."¹ (negritas fuera de texto). Como es obvio, corresponderá en este caso a la entidad justificar que en la situación de facto se cumplen esas condiciones.

Las anteriores afirmaciones encuentran sustento en el concepto que seguidamente presentamos a su consideración.

Concepto

1. El marco constitucional y legal de las "adiciones" al contrato de concesión.

En primer lugar, debemos precisar que de conformidad el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993, 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.

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,

¹ Cfr. H. Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados.

A partir de la definición legal, pueden distinguirse tres tipos de contratos de concesión de servicios, el de obra pública y el de explotación de bienes públicos. En este estudio enfocaremos en el contrato de concesión de obra pública y en particular en la modalidad propia del sector de transporte de que trata la Ley 105 de 1993 "por la que se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y reorganiza la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector de transporte y se dictan otras disposiciones".

Ahora bien, en relación con la posibilidad de adicionar los contratos de concesión de obra pública, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2008 estableció las limitaciones que habrán de observarse en las partes para esos efectos, en los siguientes términos:

"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 Social -Conpes-.

"No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones" (negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011 derogó el inciso segundo del artículo 28, de manera que ya no se requiere el concepto previo favorable del Conpes a fin de adelantar la adición de un contrato de concesión.

Ahora bien, la Corte Constitucional mediante sentencia C-300 del 25 de abril de 2011, el Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, declaró EXEQUIBLE el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido que la expresión "obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado", solamente autoriza

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.

La anterior restricción -explica la Corte- tiene como finalidad resguardar los principios de la función administrativa, especialmente los de igualdad, imparcialidad y eficiencia, así como el principio de libre competencia, planeación y seguridad jurídica.

En la sentencia comentada la Corte Constitucional precisa que las "adiciones" o "prórrogas" no son nuevos contratos sino modificaciones del contrato estatal principal. Ahora bien, si lo que se presenta es la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar un nuevo contrato, pues permitir lo contrario concluye la Corte- conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización.

Por tanto, desde la hermenéutica de la Corte, la disposición censurada no permite la adición del contrato con obras completamente nuevas, sino que habilita la modificación para la inclusión de actividades complementarias necesarias para la realización del objeto concesionario; en otras palabras, la frase acusada no permite la transformación del objeto contractual sino una complementación que no desfigura el negocio original.

Así mismo, esa Alta Corporación señala que las modificaciones al contrato (adición y prórroga) deben ser excepcionales y obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal, de manera que no basta la simple voluntad de las partes so pena de vulnerar el principio de igualdad de los oferentes, pues si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

Textualmente dijo la Corte:

"La Sala estima que la segunda interpretación se opone a la Carta, particularmente a los principios de la función administrativa y al principio de libre competencia, y por ello declarará la exequibilidad del precepto en el entendido de que solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial. Las razones que llevan a la Sala a esta conclusión se exponen a continuación:

"Como se indicó en secciones anteriores, la modificación del contrato estatal, si bien puede ser una herramienta útil para el logro de los fines del Estado y aliviar el impacto fiscal que puede tener la ruptura del equilibrio económico del negocio – especialmente en los contratos incompletos y de largo plazo, su empleo debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, y debe dirigirse a la satisfacción de los fines estatales comprometidos en la respectiva contratación.

"Además, la modificación del contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales –como el objeto– y desnaturalizarlo; en tal hipótesis, ante la existencia de un nuevo contrato, se requiere un nuevo proceso de selección y el cumplimiento de los demás procedimientos y formalidades que exige la normativa sobre contratos estatales, y cuya finalidad es la realización de los principios de la función administrativa.

"En efecto, el contrato de concesión de obra pública es un contrato incompleto por naturaleza en el que, por tanto, adquiere especial relevancia la posibilidad de modificación, a través de prórrogas o adiciones. Sin embargo, tal modificación debe sujetarse a las reglas antes descritas, pues como ya tuvo la Sala la oportunidad de explicar, permitir las modificaciones contractuales de forma amplia incentiva comportamientos oportunistas de los proponentes y contratistas en perjuicio de los fines de la función administrativa, especialmente la eficiencia y la igualdad. Por ejemplo, una interpretación ilimitada de las reglas de modificación puede conducir a ofertas artificialmente bajas con el ánimo de obtener la adjudicación y luego presionar la reforma del contrato para mejorar las condiciones de remuneración, o a la perpetuación de un concesionario en la ejecución de un grupo de obras, no todas parte del mismo objeto contractual, en perjuicio de los principios de libre concurrencia y selección objetiva.

"La primera interpretación se ajusta a estas características del objeto del contrato de concesión, pues permite su adición o prórroga para la realización de todas aquellas obras que se denominan accesorias en los términos de los párrafos anteriores. Además, refleja la intención del legislador en el sentido de permitir las adiciones y prórrogas para el adecuado funcionamiento de los corredores viales. En este sentido, esta interpretación desarrolla los principios de eficacia, economía, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos.

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

previstas en los artículos 14 y 16 de la ley 80², debidamente probadas y sustentadas en estudios técnicos -como el mismo artículo 28 de la ley 1150 establece. Entendida de esta forma la disposición acusada, se otorga entonces a la administración una herramienta útil para administrar un contrato incompleto y relacional como el de concesión". (Negrillas fuera de texto).

En cuanto a la frase "[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial", dijo la Corte:

"...guarda perfecta relación con esta exégesis, pues limita aún más la posibilidad de adicionar nuevas actividades, bajo el entendido de que usualmente en las concesiones viales el objeto del contrato se determina alrededor de un corredor vial, es decir, el que une dos puntos geográficos delimitados. Como se señaló en el debate legislativo, la construcción del corredor vial es la obra que regularmente se delega al concesionario, es decir, es el objeto del contrato, sin perjuicio de otro tipo de estipulaciones contractuales" (Negrillas y subraya fuera de texto).

2. La elaboración de la ingeniería, ejecución de la rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento de los tramos de carretera entre Ocaña y la Ruta del Sol y entre Puerto Capuleo y la Ruta del Sol, hacen parte del objeto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

En este acápite se explicará cómo las actividades referidas hacen parte del objeto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, toda vez que dicho objeto tiene un componente "determinable" que hace posible considerar dichas obras como parte de la ejecución contractual y no modificaciones del contrato, ni nuevos objetos, de manera que no se trata de "obras adicionales" regidas por el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007.

Veamos:

- La Sección 1.02 del contrato establece el objeto de la Concesión No. 001 de 2010, en los siguientes términos:

"El objeto del presente Contrato es el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el

² "(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación" o "(...) evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él [contrato]".

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

"El objeto del presente Contrato es el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector". (negrilla fuera de texto)

- A su vez, el "Sector" es definido en el literal (bbb) de la Sección 1.01 del contrato, así:

"Es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el Apéndice Técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del Concesionario comprendidas en el presente Contrato".

- Así mismo, el Apéndice Técnico Parte A del contrato dispone en el numeral 1.2 la "Descripción del Sector" en los siguientes términos:

"El Sector 2 hace parte de los corredores que corresponde al Proyecto Vial Ruta del Sol, con una extensión total aproximada de 1.071 km cuyo propósito es mejorar la comunicación entre el interior del país y el Caribe central, transformando la red vial existente en una vía de doble calzada y buenas condiciones geométricas. El Proyecto Vial Ruta del Sol se dividió en tres (3) Sectores así:

Sector 1. Nuevo Corredor Villeta-Guaduaño- El Korán (aproximadamente 78 km)

Sector 2. Corredor Puerto Salgar-San Roque (aproximadamente 528 km); y

Sector 3: Corredores San Roque- Ye de Ciénaga y el Carmen de Bolívar-Valledupar (aproximadamente 465 km)".

- De igual forma, en el Apéndice Social y Predial, Parte B: Gestión Social, se estipuló lo que sigue:

"Considerando que se hace necesario mejorar los niveles de desarrollo del país y que la infraestructura de transporte es una de las variables propulsoras de crecimiento económico al permitir la accesibilidad, conectividad y movilidad de la población para satisfacer necesidades, producir y comercializar bienes y servicios, se entiende que la planificación y ejecución de los proyectos de concesión no se limita a la ejecución de las obras, sino que trasciende al cumplimiento de los objetivos institucionales propuestos 'proyectos que trasciendan al desarrollo de la

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

competitividad del país', el cual se logra desde los beneficios locales que se van adicionando para lograr una ganancia nacional".

- De otra parte, en la Sección 13.01 referida al "Valor del Contrato" se señala lo siguiente:
 - (a) El Valor del Contrato será la suma de DOS BILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS millones de pesos (\$2.094.286.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008 que corresponde al VPIT, que a su vez consiste en el valor de la Propuesta presentada en la Licitación.
 - (b) Sin embargo si durante la ejecución del presente contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente Contrato relacionadas con el Sector, el Concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal (b); (ii) determinar el valor tope de las obras adicionales conjuntamente con el interventor e iniciar un proceso de licitación privada para la selección del constructor que realice las obras adicionales. Este proceso de licitación privada deberá ser público y permitir la participación plural de cualquier interesado que cumpla con las condiciones técnicas necesarias para adelantar las obras adicionales para lo cual deberá publicar la convocatoria en diarios de amplia circulación nacional al menos dos (2) veces con un espacio de una semana entre cada publicación. De la misma manera, las condiciones técnicas requeridas en el proceso licitatorio privado deberán ser proporcionales a las obras adicionales que se deban realizar. El Concesionario tendrá derecho a que se le reconozcan VEINTICUATRO (24) salarios mínimos legales mensuales vigentes por el manejo de la licitación de que trata el presente numeral. (iii) En todos los casos, el valor de la Operación y Mantenimiento de las obras adicionales se determinará conjuntamente con el interventor y en ningún caso podrá exceder los valores de mercado de contratos de operación y mantenimiento con objetos similares que en su momento se tomen como referencia. En caso de desacuerdo, el Concesionario acepta someter la diferencia al Panel de Expertos. El pago de las obras adicionales será determinado conjuntamente entre el Concesionario y el INCO con base en las disposiciones señaladas en la Sección 14.04 (c) para restablecer el equilibrio económico del

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

presente Contrato³. El Concesionario deberá ampliar la cobertura de la Garantía Única de Cumplimiento, incluyendo los amparos de calidad y estabilidad de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento de manera que amparen las obras adicionales. En ningún caso, la contratación de un tercero conforme a lo señalado en el presente literal implicará la delegación de responsabilidad del Concesionario en relación con las obligaciones derivadas del presente Contrato y de cualquier obra adicional." (Negrillas fuera de texto)

De los apartes transcritos se desprenden las siguientes conclusiones:

- i. El objeto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 tenía como "alcance inicial" el que, de conformidad con lo previsto en el artículo 32-4 de la ley 80 de 1993, el Concesionario elaborara los "diseños, financieros, obtuviera las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiriera los Predios, rehabilitara, construyera, mejorara, operara y mantuviera el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque".
- ii. Así mismo, el contrato comprende prestaciones sometidas a "condición suspensiva", en la medida en la cual un parte del objeto resulta ser "determinable", pues la respectiva prestación no está precisamente especificada al momento de la celebración del contrato, pero eventualmente llegaría a estarlo cuando fuese necesario realizar "actividades adicionales" (cláusula 13.01 b) a las previstas en el "alcance inicial" del mismo relacionadas con el "Sector", necesidad esta que solo podría evidenciarse durante la ejecución de la concesión.

³ Sección 14.04 (c). Medios para Restablecer el Equilibrio Económico. Si el restablecimiento del equilibrio económico es procedente a favor del Concesionario, el INCO procederá a determinar en la decisión final, la forma como se restablecerá el equilibrio económico del contrato, pudiendo implementar una o varias de las siguientes alternativas:

- (i) Aumentar o disminuir la Tarifas a ser cobradas en las Estaciones de Peaje.
- (ii) Efectuar pagos al solicitante, siempre que cuente con la respectiva partida presupuestal para ello, o con autorización para comprometer vigencias futuras.
- (iii) Modificar las obligaciones contractuales del solicitante de manera proporcional al monto a ser reconocido.
- (iv) Aumentar el plazo máximo de la concesión y por ende del presente Contrato dentro de los límites legales.
- (v) Aumentar el VPIT.

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

- iii. Al respecto, debe recordarse que de conformidad con el Apéndice Social y Predial del contrato, "la planificación y ejecución de los proyectos de concesión no se limita a la ejecución de las obras, sino que trasciende al cumplimiento de los objetivos institucionales propuestos 'proyectos que trasciendan al desarrollo de la competitividad del país', el cual se logra desde los beneficios locales que se van adicionando para lograr una ganancia nacional".

En nuestro criterio, la "necesidad" a que se alude en la Sección 10.3 para realizar obras que hacen parte del objeto "determinable" del contrato, se inspiran en requerimientos locales que atendidos mejoran la comunicación entre el interior del país y el Caribe Central (Apéndice Técnico Parte A del contrato dispone en el numeral 1.2 la "Descripción del Sector"). Dicho de otra manera, el objeto contractual no tiene simplemente como propósito unir dos puntos geográficos con una carretera de doble calzada entre Puerto Salgar y San Roque, sino integrar toda una región con otra. Eso fue lo que se contrató, partiendo de un trazado básico que podría complementarse con las "actividades necesarias" requeridas para lograr el cometido.

- iv. La elaboración de la ingeniería, ejecución de la rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento de los tramos de carretera entre Ocaña y la Ruta del Sol y entre Puerto Capuleo y la Ruta del Sol, hacen parte del objeto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, a título de "actividad adicional", del objeto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, pues para su adelantamiento no se requiere de la modificación del contrato ("adición") sino del cumplimiento del procedimiento previsto en la Sección 13.01 que señala la necesidad de convocar por parte del Concesionario una licitación privada para la selección del constructor que realice esas obras necesarias. Obviamente de manera previa, será necesario que la contratante identifique y justifique técnicamente la necesidad y se la exprese a la contratista, a efecto de que se entienda que tales obras quedan involucradas dentro del concepto de las referidas "actividades adicionales" y se active el mecanismo contractual mencionado.
- v. Ya en punto de la ejecución, debe recordarse que la selección del constructor de esas obras, al hacerse mediante un procedimiento de licitación privada bajo las reglas allí consignadas, está llamada a respetar los principios de libre competencia y de igualdad entre los proponentes.

ESTUDIO JURIDICO MARTINEZ LTDA

Ahora bien, si en gracia de discusión se pensare en aplicar el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, se encuentra que, en principio, podría hacerse uso de la figura simplemente porque se trataría en realidad de una actividad necesaria para cumplir el objeto del contrato inicial, lo que honraría el condicionante colocado por la H. Corte a la exequibilidad de la norma, al decir que la misma es aplicable en el entendido en el que "...solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial..."⁴ (negritas fuera de texto). Como es obvio, corresponderá en este caso a la entidad justificar que en la situación de hecho se cumplen esas condiciones.

En los anteriores términos damos respuesta a su gentil solicitud. Cualquier aclaración o solicitud adicional será atendida a la brevedad.

Atentamente.



NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA

⁴ Cfr. H. Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.