

CONDICIONES DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE LOS ALCALDES PARA FIJAR HORARIOS DE FUNCIONAMIENTO DE CLUBES SOCIALES, CASAS CULTURALES, CENTROS SOCIALES PRIVADOS O CLUBES PRIVADOS O SIMILARES, CUYA ACTIVIDAD PUEDA AFECTAR LA CONVIVENCIA Y EL ORDEN PÚBLICO. VERIFICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DE POLICÍA

V. EXPEDIENTE D-11973 - SENTENCIA C-204/19 (mayo 15)
M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

LEY 1801 DE 2016
(julio 29)

Por la cual se expide al Código Nacional de Policía y Convivencia

ARTÍCULO 86. CONTROL DE ACTIVIDADES QUE TRASCIENDEN A LO PÚBLICO. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro establecidas o que funcionen bajo la denominación de clubes sociales sin ánimo de lucro cuya actividad pueda afectar la convivencia y el orden público, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados o similares, que ofrezcan servicios o actividades de recreación, diversión, expendio o consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill, bar, taberna, whiskería, cantina, rockola, karaoke, sala de masajes o cualquier tipo de espectáculo para sus asociados o para el público en general, estarán sujetos a las normas del presente Código.

PARÁGRAFO 1o. Como consecuencia de lo anterior, los alcaldes distritales o municipales podrán establecer horarios de funcionamiento para los establecimientos antes mencionados, y determinar las medidas correctivas por su incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Facúltese a las autoridades de Policía y Comandantes de Estación de Policía para ingresar a los establecimientos mencionados en el presente artículo con el fin de verificar el cumplimiento de horarios dispuestos por los alcaldes distritales o municipales y para imponer las medidas correctivas que correspondan.

2. Decisión

⁸ En este sentido, sostuvo que “Para que exista matrimonio, una vez cumplidos los requisitos de forma, solo basta con la aceptación de los cónyuges (...) por lo cual su voluntad debe ser la única que debe primar, ante todo, sin necesidad de la aceptación o negación de terceros”

Primero.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del inciso 1 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos analizados en la presente sentencia.

Segundo.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del párrafo 1 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos analizados en la presente sentencia, en el entendido de que la facultad que se atribuye a los alcaldes distritales y municipales para establecer horarios de funcionamiento, debe ejercerse mediante actos administrativos individuales o de contenido particular, debidamente motivados. Este condicionamiento surtirá efectos a partir del año siguiente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Tercero.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del párrafo 2 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos analizados en la presente sentencia, en el entendido de que la facultad que se atribuye a las autoridades de policía y a los comandantes de estación de policía para ingresar en los establecimientos mencionados en este artículo e imponer las medidas correctivas correspondientes, únicamente procede respecto de las actividades que trascienden a lo público, declaradas previamente mediante acto administrativo de contenido particular, y con el único fin de verificar y hacer cumplir el horario de las actividades en cuestión y dentro de los horarios considerados de cierre.

3. Síntesis de la providencia

Le correspondió a la Corte Constitucional decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Policía, donde se prevé el control de actividades que trascienden a lo público, realizadas en "*clubes sociales sin ánimo de lucro*", "*casas culturales, centros sociales privados o clubes privados o similares*". Para tal efecto, el inciso primero determina que dichas actividades se encuentran sujetas al Código Nacional de Policía. El párrafo primero del mismo artículo autoriza a los alcaldes municipales para establecer horarios de funcionamiento de dichas personas jurídicas y a determinar las medidas correctivas, por su incumplimiento. Finalmente, el párrafo segundo autoriza a las autoridades de policía, para ingresar a los establecimientos mencionados, con el fin de verificar el cumplimiento de los horarios e imponer las medidas correctivas correspondientes. Consideraban los demandantes que esta norma contrariaba los artículos 15, 16, 28, 38, 39, 103 y 152 de la Constitución.

En atención de lo anterior, los problemas jurídicos que se plantearon, fueron los siguientes:

a. ¿La regulación mediante una Ley ordinaria, que realiza todo el artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, de las actividades que trascienden a lo público, realizadas por personas jurídicas constituidas como clubes sociales, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados u otros similares, al afectar e introducir limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de asociación, libre desarrollo de la personalidad, intimidad e inviolabilidad del domicilio, desconoce el artículo 152 de la Constitución Política, por tratarse de un asunto de reserva de Ley Estatutaria?

b. ¿El sometimiento de las actividades que trascienden a lo público, a las normas del Código Nacional de Policía, que realiza el inciso primero del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, así como la potestad conferida por el párrafo 1 del mismo artículo a los alcaldes distritales y municipales, para establecer los horarios de funcionamiento para las personas jurídicas que realicen actividades que trascienden a lo público, constituidas como clubes sociales, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados u otros similares, y determinar las medidas correctivas, derivadas del incumplimiento de los horarios, de acuerdo con el Código Nacional de Policía, vulneran el derecho fundamental de asociación, previsto en los artículos 28, 39 y 103 de la Constitución Política?

c. ¿La facultad otorgada por el artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, a las autoridades de policía y a los comandantes de estación de policía, para ingresar a los establecimientos constituidos como clubes sociales, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados u otros similares, donde se realicen actividades que trasciendan a lo público, con el fin de verificar el cumplimiento de los horarios establecidos al respecto por parte de los alcaldes,

desconoce los siguientes artículos de la Constitución Política: 28 – inviolabilidad del domicilio - 15 – derecho a la intimidad -y 16 – libre desarrollo de la personalidad-?

Concluyó este tribunal que:

(i) las facultades constitucionales de los alcaldes, para el mantenimiento del orden público, no se limitan a los espacios públicos, sino también se predicán de las actividades desarrolladas en espacios semiprivados y semipúblicos, pero que tengan la potencialidad de afectar la seguridad y tranquilidad públicas, así como la sanidad medioambiental, componentes del orden público, es decir, que se trate de actividades que trasciendan a lo público. Por esta razón, encontró la Corte que no es inconstitucional que, en pro de la conservación del orden público, el Código Nacional de Policía se dirija no exclusivamente a las actividades públicas, sino también, a aquellas que, no obstante ser privadas, sus efectos trascienden a lo público y comprometen los valores de la convivencia pacífica.

(ii) La norma bajo control de constitucionalidad no corresponde a ninguna de las hipótesis en las que, de acuerdo con la interpretación restrictiva del numeral primero, del artículo 152 de la Constitución, deban ser tramitadas mediante una Ley Estatutaria.

(iii) La facultad otorgada a los alcaldes para fijar los horarios de funcionamiento de los clubes sociales privados, cuyas actividades permanezcan reservadas a sus socios y sus efectos no comprometan el orden público, resultaría inconstitucional, por contrariar el principio constitucional de separación entre lo público y lo privado. Por lo tanto, en aras de hacer efectivo el principio de conservación del derecho, identificó la Corte que no es inconstitucional que los alcaldes establezcan los horarios de las actividades que trascienden a lo público, siempre y cuando se entienda que debe ser ejercida mediante un acto administrativo de carácter o contenido particular, debidamente motivado, fruto de un debido procedimiento administrativo previo, donde se exponga con suficiencia por qué, a pesar de tratarse de una actividad privada, trasciende a lo público. En este sentido, se condicionó la exequibilidad de la norma.

Sin embargo, conscientes de que se trata de una exigencia nueva y que actualmente los horarios de funcionamiento de las actividades que trascienden a lo público pueden estar establecidas en abstracto, mediante actos administrativos de contenido general, que no individualizan el establecimiento ni la actividad que trasciende a lo público y, por lo tanto, atribuyen a los agentes de policía la determinación concreta del establecimiento que realiza actividades que trascienden a lo público, la Corte Constitucional difirió los efectos del condicionamiento a un año, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia. En este plazo, los alcaldes, con el apoyo de la policía nacional, deberán iniciar los procedimientos para expedir los actos administrativos donde se individualicen los establecimientos y las actividades privadas, que trascienden a lo público. Por lo tanto, aclara la sentencia que, al vencimiento de este plazo, perderán fuerza ejecutoria las determinaciones de horarios para este tipo de establecimientos privados, que se encuentren incluidas en actos generales y, por consiguiente, no será posible, con base en ellos, ejercer ni la función, ni la actividad de policía. Igualmente, aclaró la Corte que el acto administrativo que determine que cierta actividad privada trasciende a lo público, debe responder a las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación, asuntos que deberán analizarse, en el eventual control judicial realizado, caso a caso, por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

(iv) La facultad de las autoridades de Policía para ingresar en estos establecimientos, con el fin de verificar el cumplimiento de los horarios, persigue la finalidad constitucionalmente legítima de garantizar con efectividad el orden público, a través de un medio idóneo para tal fin, por lo que concluyó la Corte que no se desconocieron los derechos a la inviolabilidad del domicilio, ni a la intimidad. Sin embargo, encontró la Corte que la amplitud de la atribución otorgada por el párrafo podría permitir arbitrariedades. Por consiguiente, para evitar la declaratoria de inexequibilidad de la norma, se condicionó su interpretación al entendido según el cual la facultad para ingresar en los establecimientos mencionados e imponer las medidas correctivas correspondientes, (i) sólo puede ejercerse respecto de las actividades que trascienden a lo público, declaradas previamente mediante acto administrativo de contenido particular, como se deriva del condicionamiento incluido al párrafo 1; (ii) con la única finalidad de verificar y

hacer cumplir el horario de las actividades en cuestión; y (iii) dentro de los horarios considerados de cierre.

4. Salvamentos de voto

En atención a la decisión adoptada, de forma mayoritaria, por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en el expediente de la referencia, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** presentó salvamento de voto, por las siguientes razones:

4.1. A su juicio, la Sala Plena debió proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Los cargos formulados carecían de los requisitos mínimos de *certeza, especificidad y suficiencia*, razón por la cual no era posible advertir una oposición objetiva y verificable entre los contenidos acusados y los artículos 15, 16, 28, 38, 39 y 103 de la Constitución. Aunque la Sala Plena concluyó que sí existía un cargo de inconstitucionalidad, lo cierto es que la demanda se fundamentó: (i) en una valoración abstracta y subjetiva de la posible aplicación de la disposición que es objeto de control, y (ii) en la presunta vulneración de algunos derechos fundamentales cuya titularidad se predica, únicamente, de personas naturales.

4.2. En gracia de que se admitiera como razonable la tesis mayoritaria, en el sentido de considerar que sí se configuraba un cargo de inconstitucionalidad, a partir de este no era posible declarar la exequibilidad condicionada de la disposición demandada pues, a diferencia de la tesis propuesta por la Sala, no adolecía de un contenido general, indiscriminado o indeterminado.

1. El ejercicio de las facultades que reconoce la disposición, a favor de los alcaldes (parágrafo 1º)⁹, y de las autoridades de policía (parágrafo 2º)¹⁰, se encuentra limitado por el deber de verificación que impone la disposición para determinar que las actividades "trasciendan lo público" y, además, por la constatación de que tales actividades "afecten el orden público". Ambos son presupuestos necesarios del ejercicio de la competencia que les atribuye la disposición a las autoridades citadas.

2. En ese sentido, el ejercicio de tales competencias se supedita a valorar que la actividad de los establecimientos que ofrezcan servicios o actividades de recreación, diversión expendio o consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill, bar, taberna, whiskería, cantina, rockola, "trasciendan a lo público", lo cual, no necesariamente exige una verificación individual y particular; y a la verificación de la manera como se ejerce la actividad, esto es, que se trate de una "afectación del orden público". Por tanto, la disposición sí limita el ejercicio del poder de policía, proscribiendo algún tipo de arbitrariedad en su actuar, sin que sea necesario condicionar en extremo a una verificación *ex ante* y particular de aquellos dos aspectos en el ejercicio de la actividad económica de cada uno de los tipos de establecimientos indicados.

3. Como consecuencia del anterior razonamiento, la exequibilidad condicionada limita, irrazonablemente, la función de policía de los alcaldes.

4. A juicio del Magistrado **Bernal Pulido**, la conclusión a la que llegó la Sala Plena se fundamentó en un entendimiento equivocado de la disposición objeto de control, principalmente porque se circunscribió a determinar los posibles efectos de su aplicación material mediante valoraciones y/o hipótesis.

5. Consideró que no es cierto que el resultado de la generalidad del acto administrativo que eventualmente llegare a ser proferido por un alcalde condujera a que todos los clubes sociales, casas culturales, centros sociales privados o similares, resultaran afectados por la medida de fijación de horarios, ya que para ello sería indispensable que las actividades (i) trascendieran de lo privado a lo público de manera que afectaran el orden público y, (ii) correspondieran a

⁹ Consistente en la facultad para establecer horarios de funcionamiento para los establecimientos mencionados en la disposición, y determinar las medidas correctivas por su incumplimiento.

¹⁰ consistente en la facultad para ingresar a los establecimientos enunciados en la disposición a efectos de verificar, únicamente, el cumplimiento de los horarios establecidos por los alcaldes distritales y municipales y para imponer las medidas correctivas que correspondan.

alguna de las actividades arriba enunciadas. Esto, conviene destacar, reafirma el carácter excepcional de la intervención de la policía en los espacios privados o semiprivados en los términos anotados por la Corte.

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** salvó el voto en relación con las declaraciones de exequibilidad condicionada de los parágrafos 1 y 2 del artículo 86 del Código Nacional de Policía, adoptadas por la mayoría. En su concepto, la norma demandada ha debido ser declarada exequible en su integridad, sin condicionamiento alguno, por no desconocer ninguna de las normas constitucionales invocadas en la demanda. A su juicio, la Constitución no prevé que la facultad de los alcaldes para establecer un horario de funcionamiento de los establecimientos enunciados en el artículo 86, cuando su actividad pueda afectar la convivencia y el orden público, tenga que ser ejercida mediante la expedición de un acto administrativo de contenido particular. Señaló, que dicha facultad puede ser desarrollada mediante la expedición de un acto administrativo de carácter general que, en un caso concreto, puede ser controvertido ante los jueces por un particular cuyos derechos estén siendo desconocidos en la aplicación de dicho acto, como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado. Observó, que la naturaleza del acto no está predefinida en la ley, sino que es la índole de la actuación misma, la que le imprime al acto administrativo determinada naturaleza, bien sea de contenido general o particular.

De igual manera, el Magistrado **Lizarazo Ocampo** consideró que el condicionamiento del parágrafo 2 del artículo 86 no era necesario, ya que no se advierte una inconstitucionalidad en la atribución de las autoridades de policía para ingresar a los establecimientos mencionados, que se limita a la verificación del cumplimiento del horario establecido, la cual corresponde a la función propia de garantizar la convivencia y salvaguardar el interés público, en los supuestos regulados por la norma, cuales son los de tratarse de actividades que trasciendan a lo público y afecten esa convivencia y orden público. El condicionamiento parte de supuestos de aplicación de la norma, que no se desprenden de su contenido y que en todo caso, son objeto de control en caso de presentarse exceso o abuso de autoridad.

LAS RESTITUCIONES QUE PROCEDEN EN CASO DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO QUE DESARROLLE PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA (APP), ESTARÁN DIRIGIDAS AL PAGO DEL PASIVO EXTERNO DEL PROYECTO CON TERCEROS DE BUENA FE. CON EL REMANENTE SE PUEDE RECONOCER RESTITUCIONES AL CONTRATISTA, EN LOS CASOS EN QUE NO ESTÉ PROBADO QUE ACTUÓ MEDIANTE UNA CONDUCTA DOLOSA EN LA COMISIÓN DE UN DELITO O DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA, DANDO LUGAR A LA NULIDAD DEL CONTRATO POR OBJETO O CAUSA ILÍCITOS, O QUE PARTICIPÓ EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO A SABIENDAS DE TAL ILICITUD

VI. EXPEDIENTE D-12877 - SENTENCIA C-207/19 (mayo 16)
M.P. Cristina Pardo Schlesinger

1. Norma revisada

LEY 1882 DE 2018
(enero 15)

Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.

Artículo 20. Modifíquese el Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así: Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

Parágrafo 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el índice de precios al consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:

1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer e interés público.
2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.
3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.
4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto.

El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por el IPC. El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:

- (i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.
- (ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

Parágrafo 2. El concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o los integrantes del mismo que hayan dado lugar a la causal de nulidad o la declaratoria de la misma por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, deberán pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, dicha suma será el cinco por ciento (5%) del valor del contrato.

Esta suma se descontará de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o de los integrantes del concesionario responsables de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad, según corresponda, una vez se haya pagado a los terceros cuya prestación se haya reconocido de conformidad con el párrafo 1°. De no ser suficientes los remanentes para el pago, la entidad hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables.

Para el caso señalado en el inciso anterior, los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o de, integrante o integrantes del concesionario que dieron lugar a la causal de nulidad, después del pago de acreencias a la totalidad de los terceros, quedarán como garantía de pago para atender las posibles reclamaciones por el término de cinco (5) años. La forma como quedarán a disposición estos recursos será definida por el Gobierno Nacional.

La autoridad judicial o administrativa competente podrá decretar como medida preventiva la aplicación de los incisos anteriores a investigaciones en curso. En este supuesto, la penalidad mencionada en el presente párrafo, descontada de los remanentes de la liquidación en los términos del mismo, se mantendrá a disposición dicha autoridad administrativa o judicial en tanto se resuelva de manera definitiva la investigación. Al momento de decretar la medida preventiva, la autoridad administrativa o judicial deberá individualizar las personas afectas a la ilicitud o infracción administrativa, a quienes se les aplicarán las sanciones y efectos señalados en los incisos anteriores.

Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar.

2. Decisión

Primero. - Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en la presente sentencia, el párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, salvo:

- a) El inciso primero, que se declara **EXEQUIBLE**, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

b) La expresión "*salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto*" contenida en el numeral 4 del inciso segundo, que se declara **INEXEQUIBLE**.

Segundo. - Declarar **INEXEQUIBLES** los incisos segundo, tercero y cuarto de del párrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

2. Síntesis de la providencia

El demandante acusa distintas expresiones de la disposición por considerar que la norma que establece que se deben reconocer en la liquidación el valor de los costos, inversiones y gastos en que incurrió el contratista en un contrato viciado de nulidad absoluta resultante de una causa u objeto ilícito, es contraria a los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política, en tanto "*reconocer derechos de contenido patrimonial de un contrato que contraviene el interés público vulnera la prevalencia del interés general y el respeto al ordenamiento jurídico consagrado en nuestra constitución.*"

Para la Corte Constitucional, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones.

En ese sentido, la Corte Constitucional consideró que, dadas las características propias de los contratos de APP en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de un contrato de APP o de concesión de infraestructura para el transporte se regirán bajo la regla de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, así como sus miembros y socios, o terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones.

La Corte Constitucional encontró que no era necesario realizar condicionamientos respecto de las expresiones "*el valor actualizado*" o "*los intereses*" incluidas en el inciso primero de la disposición demandada, por cuanto de una lectura sistemática y comprensiva del texto, resulta claro que la norma no establece una doble indexación del capital de los costos, gastos e inversiones ejecutados por el contratista.

En cuanto al segundo inciso del párrafo 1º y los numerales que lo siguen, la Corte Constitucional encontró que los requisitos allí dispuestos están dirigidos a garantizar que el reconocimiento de restituciones sobre los costos, gastos e inversiones de las ejecuciones contractuales responda al criterio de satisfacción del interés público. Sin embargo, puntualmente respecto del numeral 4. del párrafo demandado, la Corte Constitucional consideró que la expresión que establecía el pago de cláusulas penales o sanciones por la terminación anticipada del contrato, que el contratista haya pactado o no con el sector financiero, no tiene ninguna justificación frente a la protección del interés público y por lo tanto debía ser declarada inexecutable.

Respecto del literal (ii) que establece un plazo de cinco pagos anuales para el pago de las restituciones, la Corte encontró que dicha fórmula constituye como una norma especial la cual resulta razonable teniendo en cuenta las características especiales de financiación de este tipo de proyectos.

La Corte Constitucional decidió declarar executable el último inciso del párrafo demandado, por el cual el Parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 tendría efectos retroactivos.

La Corte encontró que, luego del condicionamiento que la Corporación hace en la decisión respecto de la exequibilidad del primer inciso, por el cual quienes hayan actuado de forma dolosa o con conocimiento de la ilicitud que da lugar a la nulidad no serán objeto de restituciones, la retroactividad de la norma se adecua a la Constitución, y la intención del legislador de proteger a los terceros de buena fe que financian mayoritariamente los proyectos de concesiones de infraestructura y APP resulta ser una justificación suficiente, a la luz de la Carta Política.

Finalmente, la Corte Constitucional encontró necesario integrar al examen los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2º del artículo y encontró que dichos incisos parten del supuesto según el cual en los casos en que el contratista hubiese actuado de forma dolosa en la comisión del ilícito que da lugar a la nulidad del contrato, debía ser objeto de restituciones, de las cuales se descontaría la cláusula penal prevista o la sanción del 5% del valor del contrato. La Corte Constitucional decidió declarar la inexecutable de los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2º porque encontró que resultaban contrarios a los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política y generaban una contradicción con el condicionamiento que se hace en la sentencia al primer inciso del Párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 a fin de adecuarlo a la Constitución. Adicionalmente, consideró la Corte que, frente a la nulidad de un contrato de APP desencadenada por la actuación dolosa en la comisión de un delito por parte de los contratistas, el Estado tiene la potestad para adelantar todas las acciones fiscales, penales y disciplinarias a que haya lugar.

4. Salvamentos y aclaración de voto

En atención a las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional el 16 de mayo de 2019 en este asunto, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** presentó salvamento parcial de voto, por las siguientes razones:

En cuanto a las restituciones *–literal a) del resolutivo primero–*, el condicionamiento que impuso la Sala a la exequibilidad del inciso primero del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 carecía de fundamento constitucional. A pesar de que la Sala invocó los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución como fundamento de esta decisión, en realidad confrontó el contenido material de la disposición demandada con lo previsto por el artículo 1525 del Código Civil, y con el alcance que a este le ha otorgado la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de liquidación de contratos de obra pública. Por lo tanto, lo que hizo la Sala fue otorgar valor constitucional a una norma legal para, de este modo, suplir la ausencia de un parámetro de control constitucional concreto.

Manifestó que esas mismas razones le impiden suscribir la declaratoria de inexecutable de los incisos segundo, tercero y cuarto del párrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 *–resolutivo segundo–*, pues tal decisión se fundó en el condicionamiento impuesto al inciso primero del párrafo 1º. A esto se suman las siguientes razones:

(i) La Sala encontró necesario integrar al examen de constitucionalidad los incisos segundo, tercero y cuarto del párrafo 2º, aduciendo una contradicción con lo dispuesto en el inciso primero del párrafo 1º. Lo cierto es que estos incisos del párrafo 2º no generaban ninguna contradicción con el primer inciso del párrafo 1º porque regulaban aspectos distintos. De allí que, como se dijo, esta integración surgió del condicionamiento que se haría al inciso primero del párrafo 1º y no del hecho de existir una verdadera unidad normativa, exigencia jurisprudencial para no incurrir en un control de constitucionalidad oficioso.

(ii) Pese a esta integración normativa, la Sala no efectuó un control constitucional material y concreto respecto de cada uno de los contenidos normativos de estos incisos, exigencia insoslayable del control constitucional y del deber de motivar las decisiones judiciales.

(iii) Una interpretación sistemática de los contenidos normativos de estos dos párrafos habría sido suficiente para lograr la coherencia que se pretendió alcanzar con la declaratoria de inexecutable de los mencionados incisos del párrafo 2º. Esta hubiese sido una alternativa

más idónea y menos gravosa para garantizar el principio de conservación del derecho, la libertad de configuración del legislador y la seguridad jurídica.

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** se apartó de la decisión mayoritaria, porque, en su criterio, la norma demandada contenía una refinación de un mecanismo ya previsto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que tiene como propósito impulsar la ejecución de obras públicas y de proyectos de gran calado, que comprometen ingentes cantidades de recursos en medio de complejas estructuras organizativas. En esa dirección la disposición demandada permitía el reconocimiento de todos aquellos valores que efectivamente se hubiesen invertido en desarrollo del objeto del contrato y con el propósito de contribuir a satisfacer el interés público, excluyendo la remuneración y los pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Puso de presente el magistrado Guerrero Pérez, que la disposición demandada contemplaba los mecanismos orientados a sancionar pecuniariamente al concesionario responsable de manera dolosa de la causal de nulidad, sanción que operaba sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias a que hubiere lugar. Destacó así mismo, que la disposición acusada contemplaba que los eventuales reintegros a favor del concesionario quedarían como garantía de las reclamaciones que pudieren surgir, por un periodo de cinco años. En esos términos, la intervención de la Corte no solo no era necesaria, dado que la norma acusada no afectaba ni el patrimonio público ni la moralidad administrativa, sino que interfiere con un mecanismo desarrollado por el legislador en claro ejercicio de su potestad de configuración y con el propósito de satisfacer un interés público.

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo**, respetuosamente, se apartó de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, así como de los principales fundamentos de la parte motiva de la sentencia por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, señaló que la sentencia adolece de ciertas falencias de técnica constitucional, a saber: (i) la demanda no reunía los requisitos para declarar su aptitud, por cuanto, la misma carecía de certeza; (ii) llamó la atención al hecho de que la decisión de la Corte no se fundamenta en estricto sentido en un *control abstracto* de constitucionalidad, sino por el contrario en un análisis de conveniencia y legalidad de cara a situaciones particulares; (iii) no se evidencia el cumplimiento de los criterios adoptados por la jurisprudencia constitucional, para efectos de proceder con la integración normativa del párrafo segundo del art. 20 de la Ley 1882 de 2018. Además, resulta extraño que la inconstitucionalidad de ciertos incisos del párrafo 2° del artículo 20 de la Ley 1882, no demandados, se derive de una interpretación de la Corte del párrafo 1° de la misma norma.

En segundo lugar, el Magistrado **Linares Cantillo** cuestionó la manera en que se analizaron ciertos temas técnicos de la teoría general de las obligaciones, lo cual pone en evidencia una actuación de la Corte más como juez del contrato que como juez constitucional, en el siguiente sentido: (i) la nulidad absoluta de un contrato de ejecución sucesiva, como es el caso de los contratos de concesión de infraestructura, no tiene efectos retroactivos (*ex tunc*) sino que opera hacia el futuro (*ex nunc*), dejando intactas las relaciones jurídicas anteriores del concesionario, y por esa razón, la aplicación del artículo 1525 del Código Civil sería incompatible con la naturaleza de estos contratos, los cuales por demás tienen un régimen especial establecido por el legislador. En este sentido, los contratos de tracto sucesivo no se resuelven sino que se terminan, dado que no es posible, jurídica ni fácticamente, retrotraer prestaciones de ejecución sucesiva. Así mismo, resaltó que la jurisprudencia del Consejo de Estado a la que hace referencia la decisión de la mayoría se basa más que todo en contratos de ejecución instantánea, sin tener en cuenta que la misma no ha sido pacífica, ni específica para contratos de tracto sucesivo y menos aún para contratos de asociación público privada, para los cuales la mayor parte de la jurisprudencia es arbitral; y (ii) cuando un contrato de concesión deja de surtir efectos por la declaración judicial de nulidad absoluta, o la declaratoria de terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en aplicación del principio de que nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, procede el reconocimiento y pago de lo ejecutado, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público en desarrollo del objeto del contrato. No reconocerlo implicaría que el Estado, al llegar a ser titular de los bienes afectos a la prestación del servicio público o a la ejecución del proyecto, se enriquezca a costa de los terceros distintos del concesionario, que participaron en el proyecto (acreedores

laborales, proveedores, entidades públicas, acreedores financieros nacionales y extranjeros y los demás acreedores externos).

En tercer lugar, manifestó en cuanto al condicionamiento del párrafo 1° *“en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud”*, que dicho condicionamiento aprobado por la decisión de la mayoría parece confundir tres instituciones jurídicas que, si bien son similares, técnicamente son diferentes en cuanto a su definición, condiciones, prueba y efectos, como lo son (i) la noción de terceros de buena fe, (ii) las conductas dolosas en la comisión de un delito o de una infracción administrativa (art. 20 de la Ley 1882 de 2018), y (iii) las actuaciones “a sabiendas” (art. 1525 del Código Civil). Lo cual, de nuevo evidencia que esta decisión invade esferas propias del legislador y del juez natural del contrato, y conlleva a estándares probatorios que no están al alcance del juez del contrato ni de la entidad estatal, quienes no tienen competencia para juzgar la ilicitud de la conducta.

En cuarto lugar, en lo que corresponde a la decisión de la mayoría de declarar la inexecutable del numeral 4° del inciso segundo del párrafo 1°, referente al pago de los costos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto, en opinión del Magistrado Linares no se evidencia una clara tensión constitucional, en la medida que no se responde a la premisa que como parte del interés general de la población estaría el de una banca estable, más aún si actuaron de buena fe en el marco de su autonomía de la voluntad. Esto último bajo el entendido de que estos son costos usuales en una financiación de largo plazo y que permiten la financiación privada de largo plazo con menores costos. De igual forma, no existe mandato constitucional alguno que conlleve a impedir o limitar la distribución de riesgos en estas estructuras contractuales o que le indiquen al legislador la forma en la que debe regular los mismos. En la práctica, no incluir estos costos en la fórmula matemática, podría conllevar al encarecimiento del proyecto para sus usuarios.

Finalmente, en quinto lugar, en cuanto al párrafo 2° y la declaratoria de inexecutable de los incisos segundo, tercero y cuarto, el Magistrado Linares consideró que se declararon inconstitucionales sin el análisis que demanda un juicio de constitucionalidad; además, estas normas no fueron demandadas. Como resultado de lo cual se excluyó del ordenamiento jurídico, sin mayores consideraciones de naturaleza constitucional, la garantía de pago de 5 años de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario, la posibilidad de ir directamente contra las personas naturales o jurídicas responsables por el saldo de la cláusula penal, y la posibilidad de decretar medidas preventivas, individualizando a las personas responsables de la ilicitud. En esta materia, era de esperarse de parte del juez constitucional una mayor deferencia con las competencias del legislador, dado que la finalidad del órgano democrático era dar certeza a los terceros (acreedores externos e internos) sobre la fórmula para la terminación anticipada de contratos de concesión en casos de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita.

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** salvó parcialmente su voto al considerar que la Corte debió declarar inexecutable el último inciso del párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882¹¹ de 2018, por vulnerar los artículos 58 y 209 de la Carta Política, los principios axiales de la contratación pública y, particularmente, la seguridad jurídica de los contratos estatales.

Señaló que dicha norma establece una regla de aplicación retroactiva que atenta contra la seguridad jurídica en materia contractual para el Estado y la protección de los derechos adquiridos en vigencia de normas anteriores, que genera a la vez un privilegio injustificado respecto de los contratistas a quienes se les aplicaría una normatividad más favorable en forma

¹¹ “Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012”.

retroactiva, en detrimento de otros contratistas del Estado que en condiciones similares serían tratados con el régimen común de contratación pública.

Explicó que la regla general en materia de efectos de las leyes en el tiempo es que proyectan sus efectos hacia el futuro¹², y solo excepcionalmente se pueden aplicar para el pasado, bien sea para el caso de la retroactividad en materia penal, disciplinaria o laboral de la norma más favorable, o bien cuando se trate de situaciones jurídicas no consolidadas. En ese sentido, explicó que no se trata de una norma de naturaleza sancionatoria, cuya favorabilidad pudiese justificar la retroactividad de la misma, y, por ende, constituye una extraña disposición que atenta contra la seguridad jurídica de las partes en el contrato, pues implica que se le aplique una normatividad que surge con posterioridad a su celebración y que establece nuevas reglas sobre los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta, sin que exista razón alguna que justifique una supuesta cláusula de igualdad, que ojalá se aplicara con la misma significación e intensidad frente a sujetos de acreditada vulnerabilidad.

Enfatizó que la ley debe ser general y abstracta y, contrario a ello, en este caso, la fórmula de retroactividad tiene destinatarios específicos. Por tal razón, concluyó que la creación de normas cuyo único fin está dado por crear un trato privilegiado a quienes han celebrado contratos de infraestructura para el transporte y cuya liquidación se realice a partir de la vigencia de la Ley, en detrimento de los demás contratistas, contraviene los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, en claro detrimento del interés general y del patrimonio público. Los contratos celebrados con arreglo a las leyes civiles vigentes al momento de su celebración no pueden ser ni desconocidos ni modificados por contenidos normativos posteriores (art. 58 C.P.).

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** se reservó la posibilidad de presentar una aclaración de voto respecto de las consideraciones contenidas en la sentencia C-207 de 2019.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta

¹² Ley 153 de 1887, artículo 38.