



Bogotá, D.C., 13 NOV 2018

Señores  
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL  
E. S. D.

**REF:** Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, “[p]or 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”.

**Demandante:** Edgardo José Maya Villazón.

**Magistrada Ponente:** Cristina Pardo Schlesinger.

**Expediente:** D- 12877.

**Concepto** 005478

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242 (numeral 2) y 278 (numeral 5) de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por el ciudadano Edgardo José Maya Villazón<sup>1</sup> quien, en ejercicio de la acción pública prevista en el numeral 6 del artículo 40 Constitucional y en el numeral 1 del artículo 242, *ibidem*, solicita, como pretensión principal, que se declare la inexecutable, y subsidiariamente la exequibilidad condicionada, del artículo 20 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, cuyo texto se transcribe a continuación, subrayando lo demandado:

**“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.*

**El Congreso de Colombia**

**DECRETA:**  
(...)

**ARTÍCULO 20.** Modifíquese el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

<sup>1</sup> El demandante incoó la acción aludiendo al derecho ciudadano consagrado en el artículo 40-6 Superior, además de su calidad de entonces Contralor General de la República.

<sup>2</sup> Diario Oficial No. 50.477 de 15 de enero de 2018.

**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 el 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 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 (i) 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.



Concepto 006478

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.

**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 Parágrafo 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 del 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 de 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.”.

## 1. Planteamientos de la demanda

A juicio del demandante, las expresiones de la norma acusada contrarían lo establecido en los artículos 34 y 58 Constitucionales, específicamente “en lo referente a la licitud como elemento esencial para la adquisición de un bien o consolidación de un derecho patrimonial”. Afirma que:

*“Los apartes subrayados (...) contravienen los artículos 1, 4, 34 y, 58 de la Constitución Política, los cuales disponen en su orden que Colombia es un Estado Social de Derecho donde prevalece el interés general sobre el particular y el respeto incondicional a la legalidad; que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley prevalece el texto constitucional; que está prohibido el enriquecimiento ilícito y que el mismo dará lugar a la extinción del dominio de los bienes así adquiridos; y que se garantiza la propiedad privada, supeditada a su función social, y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, esto es, consagrando la licitud como una característica básica para la adquisición de cualquier bien o derecho patrimonial, lo cual es propio de un Estado Social de Derecho”.*

Señala que, conforme a la Ley 80 de 1993, las estipulaciones contractuales *“serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en (la misma) ley, correspondan a su esencia y naturaleza”*, ante las cuales la nulidad emerge como una sanción del ordenamiento jurídico, como *“un vicio o defecto que invalida los actos y contratos, y hace que cesen sus consecuencias jurídicas y, por ende, su efectividad”*<sup>3</sup>.

Remite al concepto y a las clases de nulidad desarrolladas en el Código Civil (artículo 1740), destacando que en la disposición acusada la nulidad absoluta es la *“condición para efectuar reconocimientos a los contratistas del valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos que éste haya ejecutado”*; esta nulidad insaneable, *“aplica cuando respecto del acto o contrato faltan los requisitos que la ley prescribe para la validez del mismo, cuando tienen un objeto o una causa ilícita o hay incapacidad de las personas que intervienen en los mismos, por lo que 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 (...)”*.

En tal sentido, plantea que aunque en materia de contratación estatal existe una *“libertad de configuración normativa”* del legislador, esta se limita por el fin principal asociado a la protección del interés general (sentencia C-713 de 2009), el cual se determina *“entre otras cosas, por la defensa de los recursos públicos frente al reconocimiento de emolumentos patrimoniales que fueron causados con base en la ilicitud”*.

Dicho esto, se detiene en el objeto o causa ilícita como una de las principales causales de nulidad absoluta, contemplada en el Código Civil (artículos 1741 y 1742) y en el Código de Comercio (artículo 899), que no desaparece

<sup>3</sup> Explica que las nulidades se caracterizan, principalmente, por (i) constituir una sanción ante *“conductas indebidas y contrarias al ordenamiento jurídico”*, (ii) tener un *“carácter legal”*, pues, *“su fundamento es el quebranto manifiesto de algún precepto jurídico”*, (iii) pretender *“eliminar los efectos jurídicos propios del acto o contrato”*, (iv) se fundamentan en *“la existencia de una irregularidad que transgrede el deber ser propio del respectivo contrato u acto administrativo”*.



Concepto 006478

por la confirmación o ratificación del acto o contrato, para señalar que conforme a la Ley 80 de 1993 (artículos 44 y 45) las causales de nulidad de los contratos estatales incluyen las contempladas en el derecho civil y en el comercial, *“entre las cuales la existencia del objeto y causa ilícita ocupan un papel principal”*, y que ante la referida causal, el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas sólo es posible *“si se probare que la entidad se benefició y sólo hasta el monto del beneficio”* (artículo 48).

Al analizar el alcance de los conceptos involucrados<sup>4</sup>, afirma que el legislador consagró el objeto y la causa lícitos como requisitos necesarios para la validez de los actos o contratos<sup>5</sup>, por lo que *“reconocer emolumentos de un contrato que no cumpla (con estos requisitos) conlleva indefectiblemente a una vulneración del orden jurídico, y por ende, a un detrimento del interés general y del Estado Social de Derecho como principios fundantes de nuestra Constitución.”*

Expone que la nulidad absoluta generada por la ilicitud del objeto y causa del contrato estatal puede dar lugar a: (i) la declaratoria judicial de la nulidad, mediante sentencia, ante la constatación de un vicio grave que afecta su validez (el desconocimiento de disposiciones de orden público al momento de su celebración), que por regla general busca devolver las cosas al estado anterior (efectos *ex tunc*); y (ii) la terminación administrativa unilateral del contrato, mediante acto administrativo motivado, demandable jurisdiccionalmente, *“mecanismo de autotutela de la administración”* que *“no tiene por objetivo deshacer todo lo realizado durante la ejecución de aquél por las partes, sino finalizarlo antes de lo previsto”* (efectos *ex nunc*).

Discute que *“la nulidad derivada en conductas tan reprochables”* permita *“hacer reconocimientos para consolidar derechos patrimoniales”*, ya que estos vicios *“no pueden generar un justo título para consolidar derechos”*. Afirma que se desconoce no solo el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sino además el artículo 58 Constitucional, cuando *“se accede a una propiedad que no está protegida por el orden constitucional”*<sup>6</sup>, y que contraviene la Constitución consagrar el reconocimiento de derechos patrimoniales obtenidos como consecuencia de un título ilegítimo (*“contrato que desde su nacimiento estuvo revestido de objeto o causa ilícita y por lo tanto desde su creación vulneró el ordenamiento jurídico”*), más aún cuando se trata de recursos públicos.

<sup>4</sup> A partir de los artículos 1502, 1519, 1521, 1523, 1524 del Código Civil.

<sup>5</sup> Menciona que el objeto ilícito es *“aquel que en su esencia es ilegal y contrario al ordenamiento jurídico, por lo que va en detrimento del interés general y del Estado Social de Derecho (...)”*, y que causa ilícita es *“la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (...)”*.

<sup>6</sup> Cita la Sentencia C-740 de 2003, en relación con *“la declaratoria de extinción de dominio por no satisfacerse la exigencia relacionada con la licitud del título que lo origina”*.

El demandante sostiene que, considerando la relevancia de afrontar las nulidades absolutas de los contratos estatales en el ordenamiento jurídico, y especialmente ante la insaneable causal de objeto o causa ilícita, es contrario al principio de legalidad, a los fines del Estado Social de Derecho y a la licitud asociada al derecho a la propiedad privada, establecer la posibilidad de efectuar reconocimientos adicionales a los contratistas, en relación a lo que han ejecutado, premiando “*su conducta contraria a la ley*”.

Aludiendo a decisiones previas adoptadas por el Consejo de Estado, sobre “*situaciones dolosas que generan la nulidad absoluta del contrato estatal por un objeto o causa ilícita*”<sup>7</sup>, refiere que las normas de carácter imperativo, “*de orden público*”, restringen “*las normas dispositivas de las partes contratantes*” y “*la libertad de configuración del legislador*”, de modo que no es posible desconocer la primacía del interés general y público, del bien común, y del ordenamiento jurídico. En concreto, arguye:

*“[L]a norma demandada debería necesariamente señalar que cuando la declaratoria de nulidad absoluta o la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad estatal son consecuencia de un objeto o de una causa ilícita, por implicar enriquecimiento ilícito en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social y, en general, mediante títulos ilegítimos, no habrá lugar a restitución o reconocimiento adicional alguno ni en costos ni en inversiones ni en gastos y mucho menos en intereses al contratista, pues ello sería permitir un enriquecimiento sin justa causa y, por ende, contrariar lo dispuesto por el artículo 34 constitucional, el cual prohíbe de manera expresa el enriquecimiento ilícito, y, asimismo, lo señalado por el artículo 58 de la Carta Fundamental, el cual indica expresamente que se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos de acuerdo a las leyes civiles”.*

Argumenta que, constitucionalmente, la propiedad no solo debe ser legal (sometida al ordenamiento jurídico positivo, no contrariar la ley), sino realizar su función social. De tal manera, conforme al artículo 58 Constitucional, el derecho de dominio sobre todo bien o derecho debe nacer de una actividad lícita como condición de un justo título, “*por lo que cuando se actúa de mala fe o sabiendas de una ilicitud que afecte directa o indirectamente el derecho de dominio o de tipo patrimonial, no es posible derivar derechos adquiridos*”, y según el artículo 34 Superior se sanciona la adquisición ilícita del dominio<sup>8</sup>, de modo que a “*nadie se le permite sacar provecho o ventaja de su propio dolo*”. Sin embargo:

*“[L]a norma demandada premiaría patrimonialmente, en el ámbito de la celebración y ejecución de contratos estatales, actividades ilícitas originadas en enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro*

<sup>7</sup> Sentencias del 7 de octubre de 1999, exp. 12387, y del 25 de noviembre de 2004, exp.25.560 (reiterada por la sentencia de 12 de agosto de 2013, rad. 23088).

<sup>8</sup> Cita Sentencia C-389 de 1994.



Concepto 006478

*de la moral social; y en general, mediante títulos ilegítimos, y permitiría que los contratistas aumentaran su patrimonio y accedieran o consolidaran la titularidad de unos derechos patrimoniales con base en la ilicitud”.*

Aclara que los reconocimientos efectuados a los contratistas del Estado, a través de la liquidación de los respectivos contratos, consolidan derechos patrimoniales, y que los beneficios, favorecimientos o compensaciones originados en un contrato celebrado y/o ejecutado como fruto de lo ilícito, serían adquiridos sin justo título, “*mediante títulos ilegítimos*”, generando derechos aparentes no protegidos por el ordenamiento jurídico, y susceptibles de extinción por el Estado. En consecuencia, manifiesta:

*“[E]l artículo 20 es contrario al artículo 34 de la Constitución, porque hacer reconocimientos a los contratistas en los casos que configuran causales de nulidad absoluta, implícitamente, extiende el beneficio a los de nulidad por objeto o causa ilícita originados en conductas punibles, con lo cual, genera para estos casos un favorecimiento contrario a la hipótesis que el Constituyente consagró como de extinción de dominio. (...) Así mismo, (...) es contrario al artículo 58 Superior, pues (...) cuando no concurra la licitud para el título no se adquiere el derecho, pues 'los derechos sólo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquél brinda’”.*

Sostiene que la norma acusada cobija situaciones que por mandato constitucional dan lugar a la extinción de los bienes así obtenidos<sup>9</sup>, por lo que restringe además la acción constitucional de extinción de dominio, que no se puede matizar por el legislador; así, “*contemplar la posibilidad de hacer reconocimientos y distribuir su pago, en los casos de nulidad por objeto o causa ilícitos*” impide declarar la extinción de dominio “*sobre reconocimientos obtenidos con actos de corrupción en la celebración y/o ejecución de contratos de Asociación Público Privada y de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012*”<sup>10</sup>.

Resalta que el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 incluyó, sin justificación y de manera laxa, la posibilidad de hacer estos reconocimientos no solo en los casos de nulidad por objeto o causa ilícitos de contratos de Asociación Público Privada, sino también de contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012, brindando “*una favorabilidad retroactiva, tal y como si se quisieran beneficiar casos particulares.*”. Concluye:

<sup>9</sup> Pues el artículo 20 acusado “*podría generar beneficios indebidos a quienes contratan con el Estado como fruto de la comisión de conductas i) de enriquecimiento ilícito; o que, ii) atenten contra el tesoro público; o que, iii) generan grave deterioro de la moral social, iv) en general, que no cuentan con título legítimo por derivarse de conductas reprochables dolosas*”.

<sup>10</sup> En referencia a las Sentencias C-740 de 2003 y C-1007 de 2002.

*“[E]s claro que, si las partes, con pleno conocimiento, proceden a celebrar un negocio jurídico contra el derecho público de la Nación al intentar abolir normas de orden público de forzosa observación y que no pueden ser derogadas por convención, no habría lugar al reconocimiento de las prestaciones ejecutadas y que no hayan sido pagadas, en atención a que ello resulta abiertamente inconstitucional. Asimismo, dicho reconocimiento afecta directamente el interés general, pues si bien el legislador tiene libertad de configuración normativa en materia de contratación estatal, la misma siempre está limitada por la defensa de los recursos públicos frente al reconocimiento de emolumentos patrimoniales que fueron causados con base en la ilicitud, lo que claramente va en contravía de los intereses públicos.”* (Subrayas propias).

## 2. Problema jurídico

Conforme a los planteamientos de la demanda, el problema jurídico que se debe resolver en este caso se puede formular así:

¿El artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, vulnera los artículos 34 y 58 Constitucionales, al modificar el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 y señalar que en los contratos de Asociación Público Privada (suscritos o que se suscriban) y de concesión de infraestructura de transporte (celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012), cuando se declare judicialmente la nulidad absoluta del contrato estatal o se ordene su terminación por una causal de nulidad absoluta, se deberá reconocer en la liquidación “*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*”, su actualización, los criterios para estos reconocimientos y la forma de pago (parágrafo 1), por cuanto no excluye expresamente aquellos contratos que tienen objeto o causa ilícita, contrariando los límites de la propiedad y del derecho de dominio, así como el principio de legalidad?

## 3. Análisis constitucional

### 3.1. Cuestión previa: sobre la aptitud de la demanda

Para el Ministerio Público es pertinente analizar, previo al abordaje del problema jurídico planteado, si la demanda de inconstitucionalidad cumple con los requisitos establecidos para su presentación, teniendo en cuenta que conforme al Decreto 2067 de 1991 (artículo 2) se exige que la misma contenga “*el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas*” y las razones (ciertas) por las cuales se estiman violadas las normas constitucionales.



Concepto 006478

En la demanda presentada, se refirió como norma acusada el “*parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018*”, resaltando los apartes “*respecto de los cuales se cuestiona la constitucionalidad*”, y, con auto del 18 de septiembre de 2018, se resolvió “*ADMITIR la demanda presentada (...) contra el párrafo 1 (parcial), del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 (...)*”.

Al respecto, es necesario destacar que la acción promovida y el auto de admisión aluden a un idéntico enunciado normativo demandado (el transcrito y subrayado al inicio de este concepto), el cual corresponde a la modificación introducida por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Bajo este panorama, se evidencia que las expresiones acusadas como inconstitucionales están contenidas en el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, efectivamente incorporado por el precitado artículo 20.

La certeza de las disposiciones que se acusan se deriva no solo del contenido citado en la presentación de la demanda (para dar cumplimiento a los requisitos del Decreto 2067 de 1991), sino además del trámite surtido (pues durante la etapa de admisión no se impuso carga argumentativa alguna que se originara en la duda sobre la norma atacada) y del problema jurídico planteado (línea argumentativa expuesta), por lo que la referencia al “*parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018*”, aunque imprecisa, no afecta el proceso iniciado ni la competencia de la Corte en el asunto.

Se considera procedente, entonces, resolver de fondo el problema planteado, entendiendo como cumplidos los requisitos de la demanda promovida contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, que adicionó el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, enunciado jurídico que contiene las expresiones contra las cuales se dirige el cargo formulado.

### 3.2. Integración normativa

Según los argumentos expuestos, la Procuraduría considera que, para resolver de fondo el asunto planteado, es necesaria la integración normativa de la totalidad del párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012.

En efecto, el inciso tercero del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 permite que la Corte se pronuncie sobre las normas que, a su juicio, conforman una unidad normativa con el precepto acusado. Se afirmó:

*“[L]a integración normativa consiste en una facultad con la que cuenta la Corte Constitucional, que le permite integrar enunciados o normas no demandadas, a efectos de ejercer debidamente el control constitucional y dar una solución integral a los problemas planteados por el demandante o los intervinientes. Igualmente ha dicho que se trata de una facultad excepcional, en tanto que*

*permite el pronunciamiento de fondo respecto de normas no demandadas, y que sólo procede en tres casos: (i) cuando se demande una disposición cuyo contenido deóntico no sea claro, unívoco o autónomo, (ii) cuando la disposición cuestionada se encuentre reproducida en otras que posean el mismo contenido deóntico de aquella, y (iii) cuando la norma se encuentre intrínsecamente relacionada con otra disposición que pueda ser, presumiblemente, inconstitucional.”<sup>11</sup> (Subrayas propias).*

La primera hipótesis surge cuando se demanda una expresión o fragmentos normativos, debiendo satisfacer dos elementos “(i) que lo acusado sea un contenido comprensible como regla de derecho que pueda contrastarse con las normas constitucionales y (ii) verificar si los apartes que no han sido demandados perderían la capacidad de producir efectos jurídicos en caso de declararse la inexecutable del fragmento normativo demandado”<sup>12</sup>.

Para el caso, se observa que las expresiones acusadas son comprensibles, pero no se pueden estudiar independientemente, por cuanto su examen remite inevitablemente al conjunto normativo del cual forman parte; si se declarara la inexecutable de los apartes acusados, aquellos no demandados del párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 perderían la capacidad de producir efectos.

Esto es así, en la medida en que la proposición jurídica versa sobre los reconocimientos debidos en la liquidación de los contratos de Asociación Público Privada (y de concesión de infraestructura de transporte), cuando se declara judicialmente su nulidad absoluta o se ordena su terminación por alguna causal de nulidad absoluta, haciendo referencia a los factores, criterios, y condiciones de pago a considerar.

Cuestionar la constitucionalidad de dichos reconocimientos, por la no exclusión de aquellos originados en la ilicitud, afecta la totalidad del referido párrafo, ante lo cual sería inane fijar los demás aspectos (criterios y condiciones de pago). Por ende, se hace indispensable integrar la proposición jurídica completa del párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

Ahora bien, conviene aclarar que aunque el párrafo 2 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 se refiere a la cláusula penal pecuniaria que deberá pagar 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

<sup>11</sup> Sentencia C-223 de 2017. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

<sup>12</sup> Ibídem. En referencia “Sentencia C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, consideración jurídica No. 10, usando como inertexto la Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez”.



Concepto 006478

*dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato*, no es viable su integración normativa, pues no se cumplen las hipótesis previstas.

Según el referido párrafo 2 del artículo 32, la suma de la cláusula *“se descontará de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable (...) o de los integrantes del concesionario responsables (...), una vez se haya pagado a los terceros cuya prestación se haya reconocido de conformidad con el párrafo 1”*, y *“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”*.

En tal sentido, no procede un pronunciamiento de fondo (excepcional) respecto de esta norma no demandada (párrafo 2), en la medida en que se trata de una disposición distinta y autónoma frente a la cuestionada, no reproduce su contenido deóntico, ni se encuentra intrínsecamente relacionada con la misma, pues los aspectos asociados a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria son independientes de la liquidación que proceda sobre *“las eventuales prestaciones recíprocas”*.

De otro lado, es pertinente mencionar que, de la liquidación establecida en el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, no se deduce el reconocimiento directo de prestaciones y pagos a terceros, por lo que no se observa la relación intrínseca entre los citados párrafos.

### 3.3. Cargo por la vulneración a los artículos 34 y 58 Constitucionales

Según el accionante, las expresiones acusadas vulneran los artículos 34 y 58 Constitucionales, al consolidar derechos patrimoniales a partir de contratos carentes del elemento esencial de licitud, pues establecen el deber de efectuar reconocimientos en la liquidación de contratos de Asociación Público Privada, luego de ser declarada judicialmente su nulidad absoluta o de su terminación por estas causales, lo que se traduce en afianzar derechos a partir de títulos ilegítimos (no protegidos por el orden constitucional) y en la imposibilidad de extinguir el dominio mediante la respectiva acción.

Plantea que, con lo anterior, se desatienden los límites constitucionales de la propiedad y del derecho de dominio, así como el principio de legalidad, desconociendo la prevalencia del interés general y de la Constitución.

Específicamente argumenta que la norma demandada no excluyó (y, por ende, implícitamente incluyó) la nulidad absoluta originada en la causa o el objeto ilícito, con la que se vulnera el orden jurídico. Esta causal de nulidad,

incorporada en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, supera el artículo 48 del Estatuto General de Contratación, según el cual en estos casos el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas sólo es posible “*si se probare que la entidad se benefició y sólo hasta el monto del beneficio*”.

Aunque reconoce el ámbito de configuración del legislador en materia contractual y la facultad negocial de la partes, señala que estas se limitan por el interés general (y por ende por la defensa de los recursos públicos) y por normas imperativas. Indica que en el marco constitucional la adquisición ilícita del dominio es sancionada (artículo 34 Superior), que el dominio sobre todo bien o derecho debe nacer de una actividad lícita como condición de un justo título (artículo 58 Superior), y que frente a “*situaciones dolosas que generan la nulidad absoluta del contrato estatal por un objeto o causa ilícita*” no es procedente efectuar reconocimientos.

Discute, además, que la norma acusada extienda su aplicación, y por ende la vulneración, a los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

En estos términos, para resolver el problema jurídico planteado, es pertinente analizar el alcance del parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

El referido artículo 32 se inserta en el Título IV “*DISPOSICIONES COMUNES DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA*” de la Ley, y establece que en los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada se incluirá la fórmula matemática “*para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente*”.

Los supuestos del parágrafo 1, bajo examen, se pueden sintetizar así:

ASPECTO	CONTENIDO
Presupuestos para su aplicación	(i) Contratos de Asociación Público Privada (suscritos o que se suscriban). Extiende su aplicación a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012. (ii) Cuando se declara judicialmente la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando se ordena su terminación originada en una causal de nulidad absoluta (por autoridad administrativa, judicial o por la respectiva entidad estatal contratante).
Factores de reconocimiento en la liquidación	(i) Valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista (ii) Intereses



Concepto 006478

	<p>(iii) Actualización 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</p> <p>(iv) Menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual.</p>
<p>Criterios que deben cumplir los reconocimientos, validados por la interventoría o por un tercero experto</p>	<p>(i) Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.</p> <p>(ii) Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.</p> <p>(iii) Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.</p> <p>(iv) 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.</p>
<p>Condiciones de pago</p>	<p>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 IPC.</p> <p>El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:</p> <p>(i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.</p> <p>(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) 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.</p>

La disposición se refiere a los esquemas de asociación público privadas, respecto de las cuales la Corte Constitucional ha señalado:

*“[L]a ley 1508 fue promovida para introducir las APP como nueva modalidad contractual, en vista de los beneficios que según la experiencia comparada reportan en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura pública.*

*Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el*

otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva.”<sup>13</sup> (Subrayas propias).

Sobre las características de este modelo, el Consejo de Estado explicó:

“La Ley 1508 de 2012 regula los esquemas de asociación público privada (APP), que su artículo 1° define como ‘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’.

(...) En todo caso, el inciso segundo de la misma norma dispone que los contratos de concesión que estuvieran vigentes al momento de promulgarse la Ley 1508 de 2012, seguirían rigiéndose por las normas que regían en la fecha de su celebración.

(...) El mismo artículo 3° añade que en estos contratos ‘se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera’. Con relación a estos aspectos, el artículo 5° de la misma ley, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, agrega las siguientes reglas: (...)

(...) Vale la pena aclarar que la Ley 1508 de 2012 establece dos clases de esquemas de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada, y dispone que en cualquiera de las dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública que pretenda celebrar el contrato, según la forma como se estructure el proyecto. En relación con las asociaciones público privadas de iniciativa privada, el artículo 14 de la citada ley dispone que ‘[L]os particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes’.

(...) En cuanto a los principios que deben regir estos procesos de selección y contratos, el artículo 4° *ibidem* señala que les serán aplicables los principios generales de la función administrativa y de la contratación pública, así como el criterio de sostenibilidad fiscal. Asimismo, dispone que en estos esquemas debe haber una asignación eficiente de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que tenga mejor capacidad para administrarlos y buscando ‘mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio’ (subrayamos).

<sup>13</sup> Sentencia C-595 de 2014. Magistrado Sustanciador: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Concepto 006478

(...) *En relación con el contenido o clausulado de estos contratos, el artículo 22 de la Ley 1508 de 2012 dispone que los mismos 'incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley'.*

Asimismo, es importante mencionar que el artículo 24 ibídem exige que todos los recursos financieros, ya sea de origen público o privado, que se requieran para la ejecución de proyectos estructurados por el sistema de asociación público privada, deben ser administrados por medio de un patrimonio autónomo, con lo cual se busca proteger tales fondos de terceros (por ejemplo, de los acreedores del contratista) o de la desviación o uso indebido que este pueda darle a los mismos, y garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato. (...)

(...) *Otro aspecto importante a tener en cuenta, en relación con esta clase de contratos, es que la Ley 1508 de 2012 permite expresamente que la ejecución de los mismos sea asumida por los financiadores del proyecto, hasta su terminación, ya sea directamente o por intermedio de terceros, cuando el contratista incumpla sus obligaciones (art. 30). Esto implica, a juicio de la Sala, que en esta clase de contratos, antes de declararse la caducidad o la terminación unilateral y anticipada, en las hipótesis previstas en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, debe evaluarse la posibilidad de que el contrato sea cedido a los prestamistas, o a quienes estos designen, para continuar con su ejecución (...).*

(...) Finalmente, la misma disposición prescribe que todas las inversiones que no impliquen desembolso de recursos públicos ni modificaciones en el plazo del contrato, podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto a su cuenta y riesgo, sin que esto comprometa a la respectiva entidad estatal ni le genere la obligación de reconocerle, compensarle o retribuirle dicha inversión. En todo caso, la norma advierte que tales inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad contratante cuando impliquen una modificación en las condiciones del contrato inicialmente pactado, y cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 448 de 1998 que sean aplicables. (...)<sup>14</sup> (Subrayas propias).

De lo referido, se concluye que el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 (adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018) establece el deber de efectuar reconocimientos en los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada (en adelante APP), sean de iniciativa pública o privada (pues hace parte de sus disposiciones comunes), ante la declaratoria judicial de nulidad absoluta o de la terminación por causales asociadas a este tipo de nulidad, lo que conlleva a que la entidad estatal contratante pague lo ejecutado por el contratista (costos, inversiones y gastos), con intereses y actualización, descontando lo ya recibido.

En efecto, como señala el accionante, la norma no excluye causal alguna de nulidad absoluta, por lo que estos reconocimientos podrían ser procedentes

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas. Concepto 2346 de agosto 15 de 2017. Radicación interna: 2346. Número único: 110010306000201700098-00. Se omiten las referencias al pie, incluidas en los originales.

aún en contratos con objeto o causa ilícita (causal establecida en el artículo 1741 del Código Civil), que contrarían el ordenamiento jurídico y el interés general. En esta línea, el derecho reconocido al momento de la liquidación del respectivo contrato estatal operaría además cuando se celebre “*contra expresa prohibición constitucional o legal*” o “*con abuso o desviación de poder*” (numerales 2 y 3 del artículo 44, Ley 80 de 1993).

Lo anterior resulta contradictorio de frente a las características de las APP que, como se afirmó, buscan proteger los recursos públicos, condicionan la retribución a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio (antes que a lo ejecutado), contemplan un manejo especial de riesgos y cargas asumidas por cuenta del contratista, y establece el manejo de los recursos a través de un patrimonio autónomo que blinde el objeto contractual. En este marco, no se encuentra fundamento para que el Estado deba asumir lo ejecutado por el inversionista, sin la satisfacción del objeto, con independencia del esquema de APP adoptado y aun si el mismo no comprometió desembolsos de recursos públicos, reconociendo además intereses conjuntamente con una actualización de factores con el IPC.

De otro lado, aunque el mismo parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 incluye los criterios que deben cumplir los reconocimientos, y su validación, los asocia a una condición ajena al modelo contractual (la ejecución) pues, como se expuso, no todo costo, gasto o inversión del contratista implica un compromiso recíproco respaldado con recursos públicos. Igualmente, el nivel de generalidad de los criterios establecidos impide su adecuada aplicación, pues basta con que los gastos se hubieran ejecutado “*parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público*” o que estén “*asociados al desarrollo del objeto del contrato*”, permitiendo incluir los costos o penalidades aplicados al contratista “*asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto*”.

El parágrafo acusado, además, establece condiciones de pago que podrían involucrar recursos públicos más allá de lo comprometido en la APP (pagos anuales), y amplía sin justificación la aplicación a los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012 (cuando esta misma ley dispuso que se continuarían rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración).

Así, la norma demandada instituye el deber estatal de reconocer al contratista lo ejecutado (con intereses y actualización al IPC), estableciendo criterios generales para su aplicación, aun cuando los contratos celebrados carezcan de licitud, y contraríen el orden constitucional y legal; pero,



Concepto 006478

además, ordena destinar recursos públicos para actividades que, de acuerdo con las características del modelo contractual, se encuentran (total o parcialmente) a cargo del inversionista privado, modificando las condiciones inherentes de retribución y manejo de riesgos. De este modo, puede terminar subsanando, al menos en términos del deber de la entidad de pagar por los bienes o servicios proveídos, contratos viciados en la legalidad misma de su objeto, garantizando al contratista pagos e intereses como los que hubieran procedido si el contrato hubiera sido acorde a derecho.

En este panorama, el problema constitucional suscitado versa en torno a los límites de la propiedad y del derecho de dominio, asociados al principio de legalidad, a la prevalencia del interés general y de la Constitución. Al respecto, la Corte ha analizado el desarrollo del régimen del derecho de propiedad en el constitucionalismo colombiano y la manera en que la acción de extinción de dominio emergió como una consecuencia de la ilegitimidad del título y del incumplimiento de la función social de la propiedad privada, más allá de la sola protección del derecho obtenido con justo título.

Sobre el tema, una de las principales modificaciones introducidas en la Constitución de 1991 se asocia con que: *“si bien el constituyente prescindió de la expresión justo título al consagrar la protección para la propiedad privada y los derechos adquiridos, optando sólo por mantener la expresión ‘con arreglo a las leyes civiles’, hizo algo que hasta entonces no había hecho el constituyente colombiano: Consagró una institución directamente relacionada con el derecho de propiedad y, a través de ella, señaló el efecto producido en el caso de derechos adquiridos sin justo título o sin arreglo a las leyes civiles: La declaración de extinción del dominio”* <sup>15</sup>.

Dentro de los aspectos fundamentales delineados en el tema, se reconoce “[l]a exigencia de licitud para el título que origina el derecho de propiedad”, ya que de no concurrir, *“procede la declaratoria de extinción de dominio por previsión expresa y directa del constituyente”*. Según la Corte:

*“En relación con la declaratoria de extinción de dominio por no satisfacerse la exigencia relacionada con la licitud del título que lo origina, hay que indicar que ello es así en cuanto el ordenamiento jurídico sólo protege los derechos adquiridos de manera lícita, es decir, a través de una cualquiera de las formas de adquirir el dominio y reguladas por la ley civil: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción y siempre que en los actos jurídicos que los formalizan concurren los presupuestos exigidos por ella. Ese reconocimiento y esa protección no se extienden a quien adquiere el dominio por medios ilícitos. Quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio que llegue a ejercer es sólo un*

<sup>15</sup> Sentencia C-740 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

*derecho aparente, portador de un vicio originario que lo torna incapaz de consolidarse, no susceptible de saneamiento y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento.*<sup>16</sup> (Subrayas propias).

La acción de extinción de dominio surgió como mecanismo para enfrentar la proliferación de conductas ilícitas de diverso origen, las formas de delincuencia organizada, y *“el alto grado de corrupción que para el momento en que se convocó la Asamblea Nacional Constituyente, se había apoderado de la sociedad colombiana”*<sup>17</sup>, situación que no parece haberse subsanado hasta la fecha. Mediante esta institución autónoma, constitucional y patrimonial, se priva del reconocimiento jurídico a la propiedad lograda en contravía de los postulados básicos de la organización social, pues el origen de la adquisición de bienes ilegítimo *“en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política”*<sup>18</sup>.

Para el caso, el *“reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación”* implica la consolidación de derechos, su titularidad, al punto de señalar dentro de las condiciones de pago que los mismos se atenderán con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante del patrimonio autónomo constituido, y si no fueren suficientes, en cinco (5) pagos anuales iguales, fijando su término.

No es posible desconocer que el problema planteado involucra el análisis sobre la finalidad y los propósitos de la contratación estatal, marco en el cual los principios constitucionales aplicables obligan a rechazar las medidas que consoliden privilegios injustificados a quienes han suscrito contratos con el Estado, y en perjuicio del interés general<sup>19</sup>. Los reconocimientos establecidos en la norma contra la cual se dirige la acción, por todo lo expuesto, comportan la consagración de estos beneficios indebidos en favor de los contratistas, infringiendo la norma Superior.

En este sentido, es contrario a la moralidad administrativa y al patrimonio público que, en lugar de sancionar una conducta indebida, la norma exija que el Estado efectúe reconocimientos al contratista, asumiendo indirectamente la condición de deudor de las obligaciones del particular, cuando este último devengaría las ganancias del negocio (con indexación de intereses) y no sus pérdidas.

De otra parte, la discusión concierne, además, a la seguridad jurídica existente en favor del patrimonio público, y a su sensible afectación con la

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Sentencia C-958 de 2014. Magistrada (e) Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

<sup>18</sup> Sentencia C-374 de 1997. Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernández Galindo.

<sup>19</sup> Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Concepto 006478

norma discutida. En efecto, el párrafo demandado dispone que este *“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”*, aunque conforme a esta última norma *“las concesiones vigentes al momento de (su) promulgación (...) se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”* (artículo 2).

La aplicación retroactiva, así contemplada, atenta contra la vigencia de un orden justo<sup>20</sup> y el respeto a la seguridad jurídica<sup>21</sup>, al establecer nuevas obligaciones a cargo del Estado, que afectan el patrimonio público, en condiciones distintas a las determinadas por las leyes previas, vigentes al momento de la celebración del contrato. Pero, además, como se argumentó, esta afectación carece de sustento constitucional.

En este contexto, el problema jurídico planteado se debe resolver afirmando que el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 (adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018), vulnera los artículos 34 y 58 Constitucionales, puesto que al establecer el deber de efectuar reconocimientos económicos a los contratistas en la liquidación de contratos de APP, instaura derechos a partir de títulos carentes de licitud, que contrarían el orden constitucional y legal, y dispone - sin fundamento - la destinación de recursos públicos en oposición al interés general (para actividades asumidas por el inversionista privado a su cuenta y riesgo y ordenando una doble actualización de factores, en perjuicio del tesoro público), lo cual desconoce los límites de la propiedad y del derecho de dominio. Esta infracción se amplía, sin razón, sobre contratos suscritos antes de la Ley 1508 de 2012.

Al respecto, es importante resaltar que la norma examinada ordena un doble pago, en la medida en que el pago de intereses comporta una actualización monetaria del capital, pero además que establece de manera injustificada un efecto retroactivo, sin motivos evidentes que así lo autorice.

<sup>20</sup> Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 2: *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”* (subrayado y negrillas fuera de texto).

<sup>21</sup> Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 29: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)”* (subrayado y negrillas fuera de texto).

Ahora bien, para la Procuraduría es relevante considerar algunos aspectos relacionados con el problema planteado, abordados en el trámite legislativo.

Según la exposición de motivos del proyecto que originó la Ley 1882 de 2018<sup>22</sup>, este “no (tuvo) por objeto la creación de un nuevo estatuto general de contratación, sino introducir medidas puntuales que (permitieran) a las entidades hacer más eficiente y transparente su gestión, así como corregir algunas fallas que se han presentado en su aplicación y que han derivado en espacios que son aprovechados por la corrupción para desviar los recursos de las finalidades estatales a los que se encuentran destinados”. La necesidad de encarar el fenómeno de la corrupción en la contratación pública fue relevante durante el proceso.

Aunque el proyecto inicial no incorporó alguna disposición similar a la ahora cuestionada, en la Ponencia presentada ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes<sup>23</sup> consta la propuesta allegada por el Ministerio de Transporte, en el sentido de adicionar un nuevo artículo “que incluye un párrafo en el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, para determinar unas reglas claras para la terminación anticipada de contratos y la determinación de prestaciones mutuas a ser reconocidas” (artículo 23 nuevo).

La propuesta señalaba, entre otros, que ante la declaratoria de nulidad de los contratos de concesión o APP “se aplicará lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993”, que “en la liquidación se deberá reconocer las prestaciones ejecutadas que se probare hayan beneficiado a la entidad estatal y únicamente hasta el monto del beneficio que esta hubiera obtenido”, y que “en ausencia de buena fe por parte del contratista o cualquiera de sus integrantes, (...) los remanentes de la liquidación a favor del concesionario, después del pago de acreencias de terceros, quedarán como garantía de pago para atender las posibles reclamaciones”.

En la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes<sup>24</sup> se introdujo el debate particularmente referido, así:

**“(Intervención del doctor Dimitri Zaninovich, Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura):** (...) hay un artículo que es muy importante que es en el caso de nulidad proteger a los terceros de buena fe, ese es el último artículo donde estamos diciendo si hay una nulidad del contrato por qué los terceros de buena fe llámense trabajadores, proveedores, prestamistas ¿por qué tienen que sufrir las consecuencias de la incertidumbre jurídica? Entonces

<sup>22</sup> Proyecto de Ley 84 de 2016 Senado, “por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”. Gaceta del Congreso 605 de 2016.

<sup>23</sup> Proyecto de Ley 285 de 2017 Cámara, 84 de 2016 Senado. Gaceta del Congreso 478 del 13 de junio de 2017.

<sup>24</sup> Acta 06 del 20 de septiembre de 2017. Gaceta del Congreso 1098 del 24 de noviembre de 2017.



Concepto 006478

*le estamos poniendo reglas claras, pero unas sanciones muy fuertes para el concesionario, es decir, un artículo de garrote para los concesionarios corruptos, pero de zanahoria para los terceros de buena fe que le han apostado a la infraestructura. (...)*

**(Intervención de la Representante Clara Leticia Rojas González):** (...) *El artículo 23, en el tema de los anticipos, me preocupa que se cambie la regla del juego; históricamente el sistema de contratación siempre ha tratado que los contratistas cumplan y ahí sí se les pague, aquí está cambiando esa regla, yo ya se los había manifestado en el mes de junio y no hicieron ningún acuerdo, un tema de intereses que me parece que es lesivo para la nación, porque (...) Si no hay obras y no han podido cumplir, como a cuenta de ¿por qué vamos a pagar unos intereses tan altos? (...)* (Subrayas propias).

En el transcurso del proceso se aprobaron modificaciones al proyecto, como se registra en el Informe de Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes<sup>25</sup>. Sobre el artículo en discusión, se adoptó un texto similar al sancionado (en cuanto a la determinación de factores de reconocimiento en la liquidación, criterios y forma de pago), y se mencionó:

### **“3. TEXTO PROPUESTO PARA EL DEBATE EN PLENARIA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES**

*Una vez aprobado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el Presidente de esa célula legislativa decidió realizar una designación de ponentes plurales.*

*(...) Los cambios que se proponen son los siguientes:*

*(...) - **Artículo 21.** Se considera pertinente incluir el leasing financiero como una excepción al pago de penalidades, en ese sentido el Ministerio de Hacienda y Crédito Público allegó a los coordinadores ponentes comunicación en la que manifiestan que el leasing es una modalidad de financiamiento, acogiendo lo expresado por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre el tema. Igualmente, en el mismo artículo se determina que para calcular el remanente a reconocer al contratista, se deberán realizar las deducciones por dividendos decretados, pagados y descapitalizaciones. (...)* (Subrayas propias).

A partir de allí, en la Plenaria de la Cámara de Representantes, se cuestionó el fundamento de los reconocimientos, y los terceros a los cuales la disposición propuesta pretendía proteger<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Gaceta del Congreso 975 del 25 de octubre de 2017.

<sup>26</sup> Acta de Plenaria 263 de la sesión ordinaria del 20 de noviembre de 2017 de la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 62 del 23 de febrero de 2018.

**Intervención del Representante Víctor Javier Correa Vélez:** “(...) *para el sector financiero está todo de manos llenas y en Colombia ellos sí privatizan las ganancias, pero quieren socializar los riesgos, el señor Dimitri del DNP, exponía la semana pasada que una de las intenciones del artículo 21 era poderle responder a los pobrecitos terceros de buena fe y mencionaba a los de las volquetas, a los paleros, pero de fondo lo que hay tras de este artículo, los pobrecitos de buena fe, son los grandes Bancos, el sector Financiero (...). Acá los que están diciendo en este proyecto de ley es que resulta que ahora de toda la plata de todos los colombianos si un contratista corrupto que estructura el Proyecto de manera corrupta no responde y se declaran nulidad en el contrato va a ser el gobierno nacional, vamos a ser todos los colombianos los que vamos a tener que pagarle al Banco al que ese señor le pidió el crédito para poder hacer la obra, ni más faltaba, existe el riesgo y es de él, lo tiene que asumir el sector financiero (...)*”.

Presentado el correspondiente Informe de Conciliación, tanto en la Cámara de Representantes, como en el Senado de la República, se planteó un debate que en esencia contrastó (i) la importancia de fomentar la inversión privada para la consecución de objetivos prioritarios en materia de infraestructura, y con ella la protección de los terceros de buena fe, de frente a (ii) el interés general, principalmente asociado a la correcta ejecución de recursos públicos, los cuales no se debían destinar a asumir riesgos de inversionistas privados (particularmente entidades bancarias) y más aún ante conductas dolosas asociadas a la corrupción.

Estos argumentos constan en algunas de las intervenciones realizadas en la Plenaria de la Cámara de Representantes<sup>27</sup>, como se extracta en seguida:

**“(Intervención de la Representante Angélica Lisbeth Lozano Correa):** (...) invito a la plenaria a votar no a esta conciliación porque es detrimento patrimonial que el Estado pague, asuma las pérdidas de los bancos, (...) esta ley es para los bancos, para que los ciudadanos paguen con sus impuestos las pérdidas de los bancos y se genera la responsabilidad del Estado, por hecho del legislador, y debe generar repetición.  
(...) De otro lado las APP que son como la tierra prometida a ellos les cargan todas las ilusiones son alianzas público-privadas, su esencia es que los privados asumen el riesgo y en esta ley lo que se está haciendo es desnaturalizarlas porque el Estado entrará a financiar y a cubrir las pérdidas de los privados en las famosas APP a las que les cargan todos los sueños y las promesas de campaña en nuestro país. (...)

**(Intervención del Representante Carlos Abraham Jiménez López):** (...) el artículo a lo que habló el señor Contralor (...) había quedado corregido, dado que la Ley 80 artículo 48, (...) ya está cuando hay licitud, que hizo los compañeros de la comisión primera a la cual usted pertenece y mandaron a sus asesores, dejamos claro cuando se tenía que pagar cuando fueran obras que les sirvieran a la obra pública no que fueran pagando por cualquier cosa, que se le pagaran a los terceros de buena fe, puede que esto a los bancos les de tranquilidad pero hoy a los trabajadores de la Ruta del Sol no se les ha podido pagar las prestaciones sociales y lo que deben, porque hay un vacío jurídico dado que no se puede asimilar una APP con la ley 80, aquí lo que estamos haciendo es traer los mismos argumentos de la Ley 80 que existen para traerlo a las APP hubo un lapsus cuando se crearon las APP y por eso se trae ello para que a los compañeros no se les generen temores infundados. (...)

**(Intervención del Representante Rodrigo Lara Restrepo):** (...) aquí se viene a decir que estamos trabajando para los bancos, yo quiero simplemente que ustedes recuerden algo o que observen, cuando viajan a los Estados Unidos nunca se encuentra uno con una obra tirada, las obras se terminan, si el contratista es un bandido al contratista le ponen tremenda multa pero la obra no queda tirada, amarrado a unas figuras legales caducas como son la caducidad administrativa, la nulidad administrativa, es una manera de

<sup>27</sup> Acta de Plenaria 273 de la sesión ordinaria del 13 de diciembre de 2017 de la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 159 del 19 de abril de 2018.



Concepto 006478

terminar una obra, de sancionar por supuesto al contratista pero de buscar la liquidación efectiva de esta obra. (...). (Subrayas propias).

Por su parte, en el Senado de la República, se argumentó<sup>28</sup>:

**(Intervención del Senador Jorge Enrique Robledo Castillo):** (...) este es un proyecto o en esos artículos, por lo menos, que está perfectamente mal planteando porque es un proyecto que apunta es a transferir el riesgo (sic) financiero de los bancos, en el caso de clientes corruptos, transferirle ese riesgo a la Nación. (...)

(...) Aquí pueden aparecer contratistas que se metan a un negocio de concesión, se endeuden con el sector financiero con el propósito de robar al Estado, después pagan tres o cuatros, cinco años de cárcel y se le 'embolsillaron' una suma fabulosa; (...)

**(Intervención de la Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella):** (...) En el artículo que hace referencia el Senador Robledo, que es el artículo 20, uno se hubiera esperado que cuando la terminación o la liquidación del contrato sea por hechos de corrupción no puede haber ningún tipo de compensación al que está en la alianza pública privada o al que es parte de la concesión, porque en ese sentido no estaríamos castigando si no por el contrario premiando una conducta inaceptable y que tiene hoy a la contratación pública cuestionada precisamente por esos hechos. (...)

**(Intervención del Senador Álvaro Uribe Vélez):** (...) Nosotros encontramos lo siguiente: la Ley 80 permite que cuando termine un contrato anticipadamente o haya una nulidad absoluta, al retrotraer el estado de cosas al punto anterior al contrato se pague la obra ejecutada. Yo me pregunto ¿y eso no le puede aplicar a los contratos de asociación pública privada?, yo creería que sí, porque ahí están los mismos actores el Estado y el particular.

Que es lo nuevo que, traen aquí, que se dice que, habrá que descontar del pago de la obra ejecutada multas, sobre costos financieros, etcétera, y lo excepciona cuando venga a terceros del sector financiero. Yo diría que, si una persona es contratista de una obra pública, a esa obra pública le declararon la nulidad al contrato, pero le tienen que pagar la obra ejecutada. El contratista con lo que recibe por el pago de la obra ejecutada tendrá que arreglar con el banco que lo financió, pero no hay que poner al Estado a pagar más en razón de que hubo una multa financiera o algo por el estilo.

Por eso, mis compañeros del Centro Democrático han manifestado su oposición a que se vote este artículo como está porque aparecería un privilegio injusto en favor de terceros que entren a financiar. Si un tercero entró a financiar y al contratista hay que pagarle la obra ejecutada que de ahí le pague a su financiador, pero sin privilegios. (...)

**(Intervención del Senador Hernán Francisco Andrade Serrano):** (...) Una cosa es el contrato de obra pública que conocemos común corriente y otra es la PP, la asociación privada, que solamente sale adelante si hay un capital privado, si un fondo de pensiones introduce, si se le crean las condiciones al sector financiero para que invierta en el sector de infraestructura, sino se le crean las condiciones, pues, sencillamente no hay obras, no hay. (...)

<sup>28</sup> Acta 45 de la sesión ordinaria del 13 de diciembre de 2017 del Senado de la República. Gaceta del Congreso 349 del 01 de junio de 2018.

Así, que si hay una sanción en el caso de que al concesionario se le prueben maniobras dolosas para descontarse y se equivalen al 5%. Así que no es cierto el planteamiento de que esa entidad, ese concesionario, que le prueba conductas dolosas no tenga la sanción respectiva.

(...) Yo lo que entiendo hoy, Ministro de Transporte, es que todo el tema de 4G está paralizado, que no ha vuelto a ver y que sencillamente hundir el proyecto no es un hundir el proyecto de los pliegos únicos, es que la economía de mercado, el desarrollo en la infraestructura que está sometido a este gran capital quería (sic) paralizado. (...)

**(Intervención del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, doctor Dimitri Zaninovich Victoria):** (...) este artículo que se ha discutido toca precisamente la Ley APP. Y lo que hemos introducido (...) es poder darle las reglas claras y la claridad a los terceros y a los financiadores de los grandes proyectos de infraestructura. Sobre esto hay que partir de una realidad y es que los grandes proyectos de infraestructura hoy no son obra pública, los grandes proyectos de infraestructura u hoy son APP y los APP son ejercicios de financiación de largo plazo.

(...) Qué hace, entonces, este artículo, trae lo que hoy está en el artículo 48 de la Ley 80. No estamos poniendo nada más de lo que está en la Ley 80, excepto aquello que es diferente en una APP a obra civil, por eso, el párrafo, que hablaba el Senador, lo que busca es dar claridad en un proyecto de financiación, qué cosas se reconocen y qué cosas no. Y por supuesto, si yo espero que haya un ejercicio de financiación con créditos, con leasing de largo plazo en proyectos de estos, pues, deshacer esos créditos, esos leasings y esas operaciones tiene un costo que es parte del proyecto.

(...) Yo les pido que, revisemos esto a la luz de la necesidad de financiar los grandes proyectos. Los terceros, los acreedores, los proveedores, no se hacen parte la adjudicación de un contrato, no hay forma en que ellos sepan las condiciones en las que fue adjudicado, así que necesitan tener reglas claras para financiar y tener la tranquilidad de los grandes proyectos. (...)

**(Intervención del Representante Rodrigo Lara Restrepo):** (...) La Cámara de Representantes votó efectivamente esta conciliación de lo que yo considero se trata de un proyecto de altísima importancia para el futuro de nuestro país. (...) Este artículo no establece nada distinto a una fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes cuando se decreta una nulidad. Una nulidad que es una alternativa a la caducidad. Y qué dice esa fórmula matemática, que se tendrá en cuenta simplemente las obras que hayan sido efectivamente ejecutadas total o parcialmente, que deben estar por supuesto asociadas al objeto del contrato, a nada más.” (Subrayas propias).

De frente al debate, y atendiendo el trámite legislativo surtido, el Senado resolvió nombrar una Subcomisión Accidental, cuyos aportes fueron conocidos en una nueva sesión. Entonces se consignó<sup>29</sup>:

**“(Intervención del Ministro de Transporte, doctor Germán Cardona Gutiérrez):** (...) Como consecuencia a las diversas opiniones que expusieron los honorables Senadores en la plenaria del 13 de diciembre de 2017 sobre el

<sup>29</sup> Acta 46 de la sesión ordinaria del 14 de diciembre de 2017 del Senado de la República. Gaceta del Congreso 365 del 05 de junio de 2018.



Concepto 006478

artículo 20 del informe de conciliación del proyecto de ley mencionado en el asunto, la Mesa Directiva del Honorable Senado de la República, creó una subcomisión con el fin de estudiarlo. (...) se discutieron las observaciones presentadas y llegaron a los siguientes acuerdos; primero, por medio de reglamentación se precisarán algunos aspectos del artículo 20 del proyecto de ley para garantía de los Senadores y que de esta forma puedan recomendar la aprobación del informe de conciliación a la plenaria del Senado.

Estos puntos son:

La reglamentación contemplará un tope máximo que puede ser reconocido como costo o penalidad y que no puede exceder los referentes del mercado, la reglamentación establecerá un límite máximo a los reconocimientos a que haya lugar, los cuales en ningún caso podrán superar el valor del contrato estatal anulado. Clarificar en la reglamentación que los reconocimientos a los que haya lugar como consecuencia de la nulidad absoluta del contrato estatal o su terminación anticipada originada en una causal de nulidad absoluta no habrá lugar al reconocimiento de intereses de mora, ya que estos no cumplen con el criterio de satisfacer el interés público.

Segundo y esta es muy importante: el Gobierno nacional presentará un proyecto de ley en el cual se modifique este artículo, en el sentido de eliminar la salvedad a favor de las penalidades financieras, por terminación anticipada que estipula el numeral 4 del mismo parágrafo. Adicionalmente, se eliminará el último inciso del parágrafo 1°, el cual corresponde a la aplicación retroactiva de la norma a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de Ley 1508 de 2012, dejando así, que a estos contratos se les siga aplicando la norma contenida en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

Una vez acordado lo anterior, los honorables Senadores consideran que fueron resueltas sus preocupaciones y recomiendan la aprobación del informe de conciliación. (...)

**(Intervención del Senador Jorge Enrique Robledo Castillo):** (...) hasta ayer el Contralor General de la República, había fijado como posición oficial que esos artículos que vienen en la conciliación, el 20 principalmente, pero hay otros además no deberían aprobarse. El Contralor se lo advirtió oportunamente a la Cámara de Representantes y el Gobierno no lo quiso cambiar, y eso que el contralor advirtió que si se aprobaba el Presidente de la República debía objetar esas normas y que si no las objetaba él la llevaría a la Corte Constitucional con una demanda de inconstitucionalidad.

Ayer además todas las bancadas exceptuando tal vez a los ponentes, opinamos en contra del proyecto y si ayer se hubiera votado el proyecto se habría hundido (...).

**(Intervención del Senador Luis Fernando Velasco Chaves):** (...) Expliquémosle a la plenaria con detenimiento el acuerdo que se logra. Primer punto Presidente, este acuerdo en donde participan los señores Ministro de Hacienda y Ministro de Transporte, reconocen las críticas que le hicimos al proyecto. ¿Y por qué las reconoce?, porque evidentemente el Gobierno se compromete a remover los elementos centrales de la crítica, quitando la salvedad que está desarrollada en un artículo del proyecto, y que es la que lleva a que varios, el inciso cuarto del artículo 20 y es la que lleva a que eventualmente las penalidades financieras pactadas entre el contratista y los bancos terminen pagadas por el Estado y es lo que no acepta el Congreso. El mecanismo más idóneo que encontramos para remover de verdad, no simplemente con anuncio sino de verdad esa posibilidad, es la presentación de un proyecto de ley que el señor Ministro acaba de comprometerse, debe presentar ojalá con mensaje de urgencia para que se debata a partir de marzo,

*pero no solo ello, en ese proyecto de ley también se remueve la retroactividad que se le pueda dar a esta reglamentación que cambia de alguna manera lo pactado en otras APP ya firmadas entre contratistas y el Gobierno. Es un acto evidentemente el doctor robledo tiene razón, de confianza; nosotros creemos que el Gobierno lo va a presentar y nosotros creemos que el Congreso lo va a aprobar. La reglamentación que hemos solicitado nosotros, que desde la propia reglamentación se pongan unos seguros para evitar una interpretación en contra, unos topes para evitar una interpretación en contra del Estado colombiano; o sea, de los ciudadanos. (...)*

**(Intervención del Senador Álvaro Uribe Vélez):** (...) *¿Por qué nos oponemos a las multas?, por lo siguiente, porque aquí hay dos relaciones, hay la relación del contratista y del Estado y la relación del tercer financiador y el contratista. Nosotros aceptamos como está en la Ley 80 que el costo de la obra que relaciona al contratista con el Estado se pague, y ese costo implica el costo financiero, pero la multa convenida entre el tercero que financie y el contratista, no tiene que ver con el Estado, es un tema de contingencia del contrato que nada incumben al Estado, por eso nos parece que trasladarle esa multa al estado atenta contra la moral pública y atenta contra el patrimonio del Estado. (...)* (Subrayas propias).

De las intervenciones anteriormente citadas se concluye que el órgano legislativo advirtió las inconsistencias de la disposición revisada, y en especial su confrontación con aspectos asociados al interés general y la administración de los recursos del Estado, pero que, no obstante, decidió dar continuidad a su trámite por razones fundamentalmente procedimentales, a fin de consolidar otras iniciativas relevantes para el país.

Según la información oficial publicada<sup>30</sup>, actualmente cursa trámite en el Senado de la República un proyecto de ley para afrontar los asuntos debatidos (139/18). La Exposición de motivos da cuenta de la controversia suscitada en torno al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, “debido a que fue incluida para su conciliación, una disposición que estaría promoviendo la exoneración de los contratistas de pagar las multas a los bancos en eventuales casos de corrupción, trasladándole este riesgo al Estado”, y de las “graves denuncias” asociadas a la misma<sup>31</sup>.

Ahora bien, más allá del contenido y alcance de esta propuesta, si se superan o no las inconsistencias identificadas<sup>32</sup>, es claro que la disposición demandada es resultado de una fórmula de solución adoptada por el

<sup>30</sup> <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/139-por-la-cual-se-modifica-el-articulo-20-de-la-ley-1882-de-2018-y-se-dictan-disposiciones-para-la-transparencia-en-la-terminacion-anticipada-de-contratos-de-asociacion-publico-privada>. Estado: pendiente rendir ponencia para Primer Debate en Senado. Consulta en línea, noviembre de 2018.

<sup>31</sup> Gaceta del Congreso 694 del 13 de septiembre de 2018.

<sup>32</sup> V.gr. al mantener los reconocimientos derivados de la ejecución y contemplar la caducidad del contrato cuando la nulidad absoluta se produjere por objeto o causa ilícita, figura distinta de la terminación anticipada.



Concepto 006478

Civil<sup>34</sup>, resulta fundamental lo expuesto por el Consejo de Estado<sup>35</sup>, en el sentido de indicar que el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece una regla distinta a la del Código Civil, *“en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo”*, siendo aplicable solo en caso de que la nulidad del contrato provenga de un acto que no comprometa el conocimiento previo de la ilicitud que vicia el objeto o la causa.

La Corporación aclaró, entonces, que *“[l]a especialidad de la norma de la Ley 80 no radica (...), en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas”*.

De tal manera, se evidencia que el reconocimiento incorporado en la disposición ahora cuestionada difiere de las normas preexistentes, las cuales condicionan su viabilidad al beneficio estatal efectivo, pero además lo restringen cuando la conducta asociada al objeto o causa ilícita es dolosa (puesto que conforme al artículo 1525 del Código Civil, si el contratista actúa a sabiendas, no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado).

Efectivamente, para el Ministerio Público, el cuestionamiento de la norma bajo examen (parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012) no invalida las disposiciones contenidas en los artículos 1525 del Código Civil (sobre la no repetición ante *“objeto o causa ilícita a sabiendas”*) y 48 de la Ley 80 de 1993 (sobre los efectos de la nulidad de los contratos), teniendo en cuenta que conforme al artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 *“[l]s procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.”*

Por lo expuesto, se solicitará declarar la INEXEQUIBILIDAD del parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 (adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018), por el cargo examinado.

<sup>34</sup> **ARTICULO 1525. ACCION DE REPETICION POR OBJETO O CAUSA ILICITA.** No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.”

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia 25560 de noviembre 25 de 2004.

Congreso ante la imprescindible protección del interés público, la cual involucró (desde su aprobación), su necesaria modificación posterior.

Para la Procuraduría, esta solución legislativa no resuelve el problema jurídico constitucional planteado puesto que por las razones antes expuestas, mantiene en el ordenamiento jurídico una disposición que infringe los artículos 34 y 58 Constitucionales, y no se fundamenta en aspectos que justifiquen adoptar los reconocimientos en las condiciones señaladas.

En efecto, sobre la protección de los terceros de buena fe, es necesario aclarar que existen reglas procesales y sustanciales que regulan las acciones procedentes ante los bienes o derechos ilícitamente obtenidos, en el marco de las cuales se deben observar las disposiciones relativas a la defensa de sus derechos. Este argumento, entonces, no puede desdibujar la relevancia de la legitimidad para la consolidación de la titularidad.

Así mismo, es preciso indicar que en el correspondiente proceso contractual (en sus diferentes etapas) se deben adoptar las fórmulas necesarias que sean acordes con el esquema de la correspondiente APP, según sus condiciones particulares (cláusulas, riesgos, y recursos). Es comprensible, por tanto, la generalidad con la cual el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 establece la importancia de incluir una cláusula que establezca la fórmula matemática “*para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar*”.

Bajo esta comprensión, no procede el establecimiento de una regla única que de manera anticipada establezca, para todos los casos, el deber y forma de efectuar estos reconocimientos, o la imposibilidad de efectuarlos, dado que ello dependerá de las particularidades de cada Asociación, conforme a la prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes. Las características específicas y la voluntad de los contratantes inciden, entre otros, en la estimación de los riesgos del proyecto, y reiteran la imposibilidad de modificar retroactivamente las cláusulas pactadas.

En cuanto a la aplicación de la regla adoptada en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993<sup>33</sup>, y su interpretación armónica con el artículo 1525 del Código

<sup>33</sup> “**ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD.** La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público. (Subrayas propias).



Concepto 006478

Finalmente, se debe considerar la incidencia del fallo sobre las situaciones jurídicas originadas con anterioridad al mismo. Como se expuso, la norma examinada afecta injustificada y directamente el interés general y las finanzas públicas, su infracción de disposiciones superiores es notoria y fue advertida en su momento por el Legislador.

Al respecto, la Corte se ha referido a la importancia de la declaratoria de inexequibilidad con efectos retroactivos, como herramienta del juez constitucional para evitar que se avalen situaciones irregulares e ilegítimas ocasionadas por la aplicación de un precepto inconstitucional declarado inexequible posteriormente.

Por tanto, el Ministerio Público considera que para asegurar la integridad de la Constitución, en el presente caso, es necesario extender los efectos de la decisión desde la fecha de la promulgación del texto legal, por lo que solicitará que la Corte Constitucional, en uso de su competencia, fije los efectos temporales de la sentencia.

#### 4. Solicitud

En consideración de lo expuesto, el Ministerio Público solicita respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional:

Declarar **INEXEQUIBLE**, desde la fecha de su promulgación, el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, “[p]or 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”, por el cargo examinado.

De los Señores Magistrados,

  
**FERNANDO CARRILLO FLÓREZ**  
Procurador General de la Nación

LOM/tmfc

