



ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA
Calle 84 No. 9-32
Teléfono 6114070 Fax 6211420
info@acj.org.co
Bogotá, D. C.

Bogotá, D. C., 9 de octubre de 2018

Señores

H. CORTE CONSTITUCIONAL

Magistrada ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger

E. S. D.

Asunto: Expediente D-12877

Norma demandada: Parágrafo 1 parcial, artículo 20, Ley 1882 de 2018

Procedo a rendir el concepto solicitado mediante auto de 18 de septiembre de 2018, redactado por el Académico Correspondiente y Tesorero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia doctor **GILBERTO ÁLVAREZ RAMÍREZ**.

LA DEMANDA

El señor Contralor General de la República, doctor Edgardo José Maya Villazón, instauró demanda de acción pública de inexecutable parcial del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 *“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”*, por considerarlo contrario, de modo ostensible, a lo previsto por los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución Política, respecto de la *“licitud como elemento esencial para la adquisición de un bien o consolidación de un derecho patrimonial...”*

NORMA DEMANDADA

Ley 1882 de 2018, artículo 20, parágrafo 1 (parcial)

Su texto es el siguiente:

“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, la 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 factors 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 haya 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.**

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.”

NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS

Son, según la demanda, los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución Política, que disponen en su orden que Colombia es un Estado Social de Derecho en el que prevalece el interés general sobre el particular y el respeto incondicional a la legalidad; que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley prevalece aquélla; que está prohibido el enriquecimiento ilícito lo que dará lugar a la extinción del dominio de los bienes así adquiridos; y que se garantiza la propiedad privada supeditada a la función social y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, consagrando la licitud como característica básica para la adquisición de cualquier bien o derecho patrimonial, propio de un Estado Social de Derecho.

CONCEPTO DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

El juicio de constitucionalidad que ocupa la atención de la Corte es el del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, parcialmente acusado, para lo cual el demandante invoca el artículo 1 de la Constitución Política, el cual dispone que “Colombia es un Estado social de derecho”, el 4 que establece que la “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”, el 34 que establece que “*...por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.*” Y, por último, el artículo 58 que, en lo que interesa a la acción de inexecutable, dice: “*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social...*”

Al respecto es pertinente señalar que en el artículo 1740 y siguientes del Código Civil se establece el concepto y clases de nulidad y que su declaratoria respecto de un acto o contrato estatal viciado equivale a una sanción que invalida las actuaciones que se hubieren surtido durante su ejecución y, en consecuencia, produce la cesación de sus efectos jurídicos y efectividad.

En el presente caso el párrafo acusado de inexecutable hace referencia a la nulidad absoluta, es decir, a aquellos casos en que el contrato estatal ha sido declarado nulo absolutamente, lo que implica que el vicio de que adolece es insanable jurídicamente debido a que vulnera la prevalencia del interés general y el respeto del ordenamiento jurídico constitucional de que trata el artículo 34 de la Constitución Política.

Por tal motivo no le es permitido al legislador, dentro de su libertad de configuración normativa respecto de la contratación estatal, expedir normas relacionadas con el reconocimiento de montos patrimoniales causados respecto de actos o contratos declarados nulos de manera absoluta por una autoridad judicial o administrativa o por la entidad estatal contratante porque, se repite, ello va en contravía del interés general que prevalece sobre el interés particular, como lo dispone el artículo 58 de la Constitución Política, por razón de la defensa de los recursos patrimoniales del Estado, en armonía con lo dispuesto por el artículo 34, ibídem..

De modo que la nulidad absoluta implica retrotraer las cosas al estado anterior al de la celebración del contrato estatal así declarado, es decir que éste es como si nunca hubiere existido, sin que por ello haya lugar a reconocimiento de derechos patrimoniales dado que no puede generar un justo título para esos efectos porque ello tendría origen en una causa u objeto ilícito.

CONCLUSIÓN

De lo analizado se colige que lo demandado por el señor Contralor General de la República resulta contrario a lo dispuesto en la Constitución Política, por lo que el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 podría ser declarado parcialmente inexecutable por la Honorable Corte Constitucional.

De este modo se da respuesta a la consulta solicitada.

Cordialmente,

FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES
Presidente