

Sentencia C-207/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Integración normativa/**INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA**-Carácter excepcional/**INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA**-Reglas jurisprudenciales para la procedencia excepcional

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Límites

INTERES GENERAL-Importancia en la contratación administrativa

INTERES GENERAL-Determina las actuaciones de la administración, sus servidores y contratistas

CONTRATACION ESTATAL-Finalidades

CONTRATACION ESTATAL-Principios que la rigen

EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA-Prevalencia del interés general

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL-Jurisprudencia constitucional

INTERES GENERAL-Estricta sujeción del servidor público en materia contractual

AHORRO PUBLICO-Papel activo del Estado

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSATIL Y ASEGURADORA-Regulación

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSATIL Y ASEGURADORA-Competencia repartida entre Gobierno y Congreso de la República

ACTIVIDAD FINANCIERA-Interés público

PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL-Alcance

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Definición

BUENA FE SIMPLE Y BUENA FE CUALIFICADA-Distinción

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Aplicación dentro de régimen de contratación estatal

PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-Nadie puede alegar a su favor su propia culpa

ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Fundamento constitucional de la penalización

ENRIQUECIMIENTO ILICITO-Causal constitucional de extinción de dominio

DERECHO A LA PROPIEDAD-En virtud de su función social le es inherente una función ecológica/**DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA**-Límites constitucionales

EXTINCION DE DOMINIO COMO LIMITANTE A LA PROPIEDAD PRIVADA-Declaratoria por ilicitud del título

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LA BUENA FE COMO PRINCIPIOS RECTORES DE LOS CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES-Reiteración de jurisprudencia

NULIDAD ABSOLUTA EN MATERIA CONTRACTUAL-Alcance

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATOS DEL ESTADO-Origen legal

NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATOS DEL ESTADO-Solicitud por cualquier persona interesada

NULIDAD ABSOLUTA DE ACTO O CONTRATO-Cuando existe objeto ilícito y causa ilícita

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY-Naturaleza jurídica/**PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY**-Excepción

LEY TRIBUTARIA-No retroactividad

CONSTITUCION POLITICA-Retroactividad

RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN MATERIA CONTRACTUAL-Carácter excepcional

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Terminación unilateral por causa de nulidad absoluta

PROTECCION ESTATAL DE LA PROPIEDAD-No cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas

CONTRATOS DE ASOCIACION PUBLICO PRIVADA-Características

RESTITUCION CONTRACTUAL-Aplicación del principio de la buena fe

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

Referencia.: Expediente D-12877

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 1 (parcial), 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.”

Magistrada Sustanciadora:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Edgardo José Maya Villazón obrando además en su calidad de Contralor General de la República, demandó el párrafo 1 (parcial), 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.*” La demanda fue radicada con el número D-12877.

II. NORMA DEMANDADA

El texto de la norma demandada, según fue publicado en el Diario Oficial número 50.477 de enero 15 de 2018 es el siguiente:

“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:

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.**

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.”

III. LA DEMANDA

1. El demandante acusa las expresiones subrayadas de la disposición al considerar que las nulidades son sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, por las cuales el acto o contrato viciado de una irregularidad que transgrede su deber ser pierde sus efectos jurídicos. Señala que existen diversas clases de nulidades y explica cómo la nulidad absoluta es aquella que se da,

entre otras causales, cuando el acto tiene un objeto o causa ilícita, por lo cual el vicio resulta insanable. En consecuencia, la norma que establece que se deben reconocer en la liquidación el valor de los costos, inversiones y gastos en que incurrió el contratista en un contrato viciado de nulidad resultaría contraria a los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política,¹ en tanto “*reconocer derechos de contenido patrimonial de un contrato que contraviene el interés público vulnera la prevalencia del interés general y el respeto al ordenamiento jurídico consagrado en nuestra constitución.*”

2. Argumenta que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en determinar que el fin principal de la contratación pública está asociado directamente al interés general, pues es uno de los instrumentos de los cuales se vale el Estado para cumplir con sus finalidades por lo que la libertad de configuración del legislador en la materia no puede consagrar disposiciones normativas que vayan en contravía de dicho interés general. Al respecto cita la sentencia C-713 de 2009.²

¹ Expediente D-12877, cuaderno 1, folio 3.

² En la sentencia C-713 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa), la Corte Constitucional, para resolver la demanda contra el inciso 2 del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 que establecía ciertas reglas para la contratación estatal por medio de licitación, recordó la finalidad de la contratación pública con las siguientes palabras: “4. Finalidad de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho y la Ley 1150 de 2007. \ \ Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y “*en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.*” \ \ El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “*instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares.*” \ \ El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. \ \ Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines. \ \ En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. De ahí, que el objetivo central del Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, haya sido precisamente “*disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*”; y el de la ley que lo reforma, Ley 1150 de 2007, “*introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.*” La exposición de motivos del proyecto de ley de origen gubernamental que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala claramente su intención de realizar ajustes a la ley 80 de 1993, con el objeto de introducir medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción. \ \ Dada la evolución en materia de contratación pública y de las condiciones bajo las cuales los particulares contratan con el Estado, ya no se está ante reglas que buscan morigerar el poder exorbitante del Estado, sino ante reglas que pretenden satisfacer los principios que orientan la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Carta (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), y que imponen a las entidades estatales asegurar el cumplimiento de tales principios en los contratos que celebran. \ \ La reforma, según se anotó, tuvo como propósito general entender la contratación pública “*como un instrumento dentro de la política de desarrollo del país*” que responda a una realidad económica dinámica y cambiante para lo cual la mirada al derecho comparado y a las experiencias específicas de distintos organismos internacionales, como el Banco Mundial, fue fundamental principalmente en la intención de adecuar los procesos de selección a la naturaleza del objeto a contratar.”

3. En tal sentido, sostiene que resulta contrario a la Constitución de 1991 que se consagre por parte del legislador el reconocimiento de derechos patrimoniales obtenidos como consecuencia de la ejecución parcial de un contrato revestido de objeto o causa ilícita que, por lo tanto, desde su creación vulneró el ordenamiento jurídico. Para el accionante resulta una transgresión al principio de legalidad, a los fines propios del Estado Social de Derecho y a la licitud que caracteriza el derecho a la propiedad privada, *“que puedan o deban hacerse reconocimientos adicionales a los contratistas en relación a lo que han ejecutado, pues ello sería premiar su conducta contraria a la ley con posteriores pagos y cancelaciones”*.

4. Considera por lo tanto que las expresiones subrayadas del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, al no hacer expresa exclusión de situaciones de ilicitud originadas mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, resultan abiertamente contrarias a los límites que tiene la propiedad y el derecho de dominio consagrados en el artículo 58 y en el inciso segundo del artículo 34 de la Constitución Política, referente al enriquecimiento ilícito, así como al principio de legalidad.

5. En consecuencia solicita que la norma sea declarada inconstitucional o al menos constitucional modulada, con el fin de señalar que cuando la declaratoria de nulidad absoluta o terminación unilateral del contrato por parte de la entidad estatal sea 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, 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.

IV. INTERVENCIONES

A través del Auto del 18 de septiembre de 2018 se admitió para su estudio la demanda de la referencia, se comunicó la misma a la Presidencia de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Transporte, al Departamento Nacional de Planeación, a la Contraloría General de la República y a la Auditoría General de la República; y se invitó a participar en el debate a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Universidad Nacional, la Universidad EAN, la Universidad del Rosario, la Universidad Sergio Arboleda, la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad de Caldas, la Universidad de Nariño, la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia sede Tunja.³

Según comunicación de la Secretaría General de la Corte Constitucional, se recibieron dentro del término los siguientes escritos de intervención:

³ El día 10 de mayo de 2019, de forma extemporánea, con posterioridad a la presentación del proyecto de sentencia y al inicio de su examen en la Sala Plena de la Corporación, se recibió una intervención firmada por los ciudadanos Luis Carlos Núñez, Álvaro Manotas Artúz, Mario Arturo Dib de Castro y María Isabela Muñoz Méndez, con argumentos a favor de la exequibilidad de la norma.

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Nury Juliana Morantes Ariza, se pronunció respecto de la presente demanda y solicitó a la Corte Constitucional que se declare inhibida para decidir por ineptitud de la demanda o, en subsidio, declarar la exequibilidad de la norma acusada por las razones que se exponen a continuación:

Afirmó que la demanda propuesta no cumplió con el requisito de certeza requerido para suscitar un juicio de constitucionalidad. Adujo que el cargo estaba construido sobre una lectura incompleta de la norma, por cuanto se limitaba al inciso primero del párrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, y no atendió a lo dispuesto en los incisos posteriores o a lo establecido en el párrafo segundo del mismo. En su opinión, el demandante obvió la lectura del numeral primero del párrafo primero, el cual limita los reconocimientos a favor del contratista a aquellos que “*hayan sido ejecutados total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público*”. Por ello, estimó que el cargo estaba dirigido contra una proposición que no estaba contenida en la norma acusada y que, en efecto, contradice el texto de la Ley. En su opinión, lo anterior era una razón suficiente para que la Corte se declare inhibida para decidir por ineptitud de la demanda.

Señaló que la norma demandada: (i) no consiente el pago de valores adicionales a favor del contratista, (ii) dota de certeza el proceso de definición de las restituciones mutuas y (iii) castiga al contratista, reteniendo una porción de la suma a restituir con el objetivo de salvaguardar el cumplimiento efectivo de eventuales reclamaciones o condenas por parte de otras autoridades judiciales. En el mismo sentido, indicó que la disposición acusada no viola el interés público sino, por el contrario, desarrolla otros principios constitucionales, tales como el de la seguridad jurídica y la buena fe. Adicionalmente, resaltó que la referida norma es un instrumento a través del cual el Estado cumple con uno de los fines constitucionales, correspondiente a promover la prosperidad general, y que cumple con dos condiciones que se han establecido por la jurisprudencia constitucional: (i) el de salvaguardar los derechos de los trabajadores, al admitir que las sanciones derivadas de los contratos laborales sean pagadas dentro de las restituciones mutuas; y (ii) el de establecer límites que garanticen la razonabilidad y proporcionalidad del proceso de definición de las restituciones mutuas, limitando los criterios para definir qué es susceptible de pago e imponiendo el deber de reservar el valor de la cláusula penal.

De otra parte, alegó que no es cierto que la norma demandada consolide derechos de propiedad en favor del contratista, obtenidos con actos de corrupción en la celebración o ejecución de contratos de APP; a *contrario sensu*, el artículo se limita a establecer reglas para la prevención de un enriquecimiento sin causa por parte del Estado y en perjuicio de terceros de buena fe. Estimó que declarar nulo un contrato de APP por causa ilícita y no reconocer compensación alguna por los costos e inversiones efectuadas por el contratista perjudicaría a familias, trabajadores, pequeñas y medianas

empresas, y a los demás agentes que de una u otra forma participaron en la ejecución del proyecto. Con respecto a la afirmación de que se configura un enriquecimiento ilícito por parte del contratista, aseveró que en estos casos no concurre uno de los presupuestos esenciales para que pueda operar la figura constitucional de la extinción de dominio, el cual corresponde al aumento del patrimonio de un particular en contravención a la Ley.

Ahora bien, el Ministerio advirtió que la norma adolece de una inconsistencia que podría dar lugar a una interpretación inexecutable a la luz del artículo 58 de la Constitución, ya que podría implicar un eventual reconocimiento doble de valores a restituir. La apoderada señaló que el inciso 1 del parágrafo 1 del artículo acusado consagra que los intereses incluidos dentro de las inversiones y gastos ejecutados por el contratista serán incluidos dentro de los valores a reconocer, los cuales a su vez serán actualizados con el IPC. Refirió que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han afirmado que los intereses moratorios y la indexación son incompatibles, toda vez que la segunda está dirigida a contrarrestar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, mientras que los intereses moratorios son resarcitorios y tienen un componente inflacionario. Con base en lo anterior, el reconocimiento simultáneo de intereses e indexación constituiría una doble carga por el mismo concepto. Con fundamento en lo expuesto, solicitó que se declare executable dicho aparte de la norma, en el entendido que los dos reconocimientos no son concurrentes.

Se pronunció respecto de la aplicación de la norma en el tiempo, expresando que el hecho de que el Legislador haya extendido la aplicación de la norma a contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012, no implica que los contratos declarados nulos con anterioridad a la vigencia de la referida normatividad puedan ser liquidado conforme a esta norma. Así pues, solicitó a la Corte que se emitiera un pronunciamiento en el sentido de indicar que el inciso 5 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 es executable, en el entendido que la norma aplica a contratos declarados nulos en sede judicial o administrativa con posterioridad a su expedición.

Finalmente, hizo alusión al impacto macroeconómico que podría derivarse de la inexistencia de la norma demanda. Señaló que declararla inexecutable podría implicar una afectación de recursos públicos por vía del encarecimiento de los proyectos de infraestructura que se ejecuten a través de contratos de APP. La incertidumbre sobre la restitución de los recursos invertidos por el contratista, especialmente los obtenidos de terceros, desincentiva la participación de eventuales financiadores nacionales e internacionales para poder apalancar dichos proyectos, lo cual a su turno podría significar un aumento de los costos de la financiación del proyecto debido a una calificación más estricta del riesgo por parte de los financiadores. Esas dos contingencias tienen la potencialidad de poner en riesgo la viabilidad de este tipo de contratos y, de esa manera, puede afectar el crecimiento económico del país. Por ello, solicitó que en el evento de encontrar que la norma no se ajusta a la Constitución, *“se difieran los efectos temporales de la decisión de inexecutable por un término de un año a fin de que se pueda adelantar el trámite legislativo necesario para producir una*

nueva norma que garantice la seguridad jurídica de este tipo de contratos y proteja la buena fe de los terceros que podrían verse afectados con una eventual declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de APP en sede administrativa o judicial”.

2. Ministerio de Transporte

La Apoderada del Ministerio de Transporte, Gloria Cecilia Pacheco Ochoa, presentó dos escritos⁴ en los que solicitó se declare la exequibilidad parcial del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, de conformidad con las razones de defensa que serán expuestas a continuación:

Aseveró que el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 no vulnera los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución Política, por cuanto no se genera un enriquecimiento sin causa por parte de los contratistas que hayan actuado ilícitamente y tampoco atenta contra el interés general, pues *contrario sensu*, provee un debido proceso. Afirmó que la inexecuibilidad de la norma perjudicaría los proyectos de infraestructura vial y la ejecución de los contratos vigentes, en tanto se podría generar un desestímulo a la participación privada para el financiamiento de la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura.

Señaló, que desde la perspectiva del debido proceso, el Legislador no puede “*invadir, usurpar o fungir*” como operador judicial sin tener en consideración las condiciones de modo, tiempo y lugar de cada caso al que le sea aplicable la disposición *sub examine*, por cuanto es necesario establecer si las partes actuaron dolosamente o de buena fe. Por consiguiente, solamente cuando se establezca que existió un contubernio entre la administración y el contratista, el objeto o causa ilícita declarada judicialmente adquiriría la naturaleza de sancionatoria; habida cuenta que, no siempre la declaratoria de la nulidad absoluta de un contrato estatal, en modalidad de infraestructura o asociación público-privada, por las causales antes mencionadas, constituiría delito o conducta ilegítima.

Adujo que tanto el legislador como la norma acotaron medidas encaminadas a la protección del interés público y del Estado, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el actor en su demanda. Aquellas consisten en que el pago de inversiones, costos y gastos relativos a la ejecución del contrato, a pesar de ser reconocidos como factor integrante del balance racional del contrato, no serán objeto de recepción por parte del contratista, en tanto dichos reconocimientos son sometidos a unos criterios de estatización o deducción establecidos por la ley; tales como las penalidades a favor del Estado, acreencias de terceros con crédito privilegiado, deducciones de la rentabilidad en calidad de dividendos, así como también decisiones penales, fiscales y disciplinarias que pueden involucrar medidas que recaen sobre los referidos rubros.

⁴ Las intervenciones fueron presentada mediante oficios del 9 y 10 de octubre de 2018, la segunda de ellas con el objetivo de adicionar a la primera.

Estimó que no pueden desconocerse los derechos de terceros de buena fe, vinculados con el contratista o concesionario por haber prestado sus servicios y/o suministrado bienes requeridos para la ejecución del contrato terminado anticipadamente. Ello, por cuanto no son los responsables de los hechos que dieron lugar a la declaración de la nulidad absoluta, por ende, sus derechos y acreencias deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, en los casos en que la entidad pública contratante se haya visto beneficiada. De no ser así, se afectarían: (i) los derechos individuales de los funcionarios y de los contratistas, (ii) los principios de confianza legítima y seguridad jurídica y (iii) las presunciones establecidas y garantizadas en la Constitución y en tratados internacionales.

Manifestó que en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 se consagró que los contratos estatales se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles, salvo en materia regulada específicamente por la referida ley; circunstancia que se da para el caso de la nulidad del contrato, tema que se encuentra previsto de manera expresa por dicha norma especializada, lo cual permite concluir que aquélla debe preferirse sobre las demás normas.

En el segundo escrito presentado, explicó su disenso respecto del reconocimiento de intereses sobre los costos, inversiones y gastos ejecutados por el contratista, en los casos en los que se declara la nulidad absoluta de un contrato estatal, señalando que la rentabilidad por intereses establece por fuera del balance del contrato un reconocimiento de productividad rentística a la cual no puede haber lugar; pues el Contrato no tiene continuidad ni desarrollo en su ejecución por el grado de ilicitud que afecta su permanencia en la vida jurídica y aún en la vida económica y, además, permite unos flujos de progresión de capital en favor del contratista sin causa alguna y aún con causal con los contenidos de ilicitud declarados, contra los valores de equilibrio que se busca con las restituciones de costos de inversión y perjudicando la intangibilidad que se debe buscar del tesoro público. En su criterio, lo anterior implica la posibilidad de generar un enriquecimiento sin causa y vulneraría el artículo 34 de la Constitución. Por ello solicitó la declaratoria de inexecutable de la expresión “inclusión de los intereses” del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

De otra parte, respecto del inciso 2 del mismo párrafo, estimó que su retroactividad no cuenta con un criterio razonador de proporcionalidad para extender sus efectos a procesos liquidatorios o procesos judiciales anteriores al año 2012 y mucho menos criterios de necesidad, así como tampoco cuenta con unos parámetros de segregación del proceso para la conservación de actuaciones. Por ende, calificó al inciso 2 como una disposición inconveniente carente de previsión legal y contraria al artículo 29 de la Constitución.

3. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Clara María González Zabala, en calidad de Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, presentó una

intervención solicitando la declaratoria de inexequibilidad de dos apartados de la norma acusada, por inconstitucionalidad.

El primero de ellos es el que indica que: “(...) *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.*” Respecto de aquel, afirmó que vulnera el principio de irretroactividad de la Ley, consagrado en el artículo 29 superior, en tanto dispone la producción de efectos a situaciones acaecidas con anterioridad a la vigencia de la ley, en materia diferente a la ley penal; lo cual resulta inconstitucional.

El segundo apartado que citó para ser declarado inexequible fue el primer párrafo y el numeral (ii) del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Aseveró que la norma demandada impone la obligación de reconocer a favor del contratista los intereses moratorios y la indexación sobre una misma causa, habida cuenta que señala que en el momento de liquidar el contrato declarado nulo se reconocerá el valor actualizado (indexación) sobre los costos, inversiones y gastos, así como también los intereses que se causen. Por lo anterior, estimó que el legislador reconoció la doble finalidad de los intereses moratorios, respecto de su función de corrección monetaria. Por consiguiente, afirmó que la norma desconoce el inciso tercero del artículo 334 superior, al imponérsele a la administración la obligación de reconocer intereses moratorios e indexación, generando un detrimento patrimonial al Estado y un enriquecimiento sin justa causa a favor del contratista; todo ello en contravía de la sostenibilidad fiscal.

4. Agencia Nacional de Infraestructura

El Gerente de Proyecto o Funcional de la Planta del Despacho del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, Alejandro Gutiérrez Ramírez, presentó intervención respecto de la demanda de constitucionalidad, indicando que a pesar de que a la Agencia no le fue solicitado su concepto, puede intervenir y emitir su opinión frente a la norma accionada. Esta entidad es de la opinión que la norma demandada, en principio, se ajusta al ordenamiento constitucional, a excepción de lo relativo a la indexación sobre los intereses de la deuda y la aplicación de la norma a contratos celebrados con anterioridad a la Ley 1508 de 2012.

Precisó que la norma acusada no regula la terminación anticipada y liquidación de todos los contratos estatales, sino únicamente de los contratos de APP de infraestructura los cuales, a la luz del artículo 2 de la Ley 1508 de 2012,⁵ corresponden a las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.⁶ También resalta que una de las características de este tipo de

⁵ Ley 1508 de 2012 “ARTÍCULO 2o. CONCESIONES. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. \ Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.”

⁶ Ley 80 de 1993 “ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto,

contratos es que la financiación del proyecto corren por cuenta del concesionario, en consecuencia, el Estado no paga anticipadamente la labor, ni brinda la financiación de las labores constructivas; ello genera que el pago de la inversión se efectúe por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo. Asimismo, señaló que el particular constructor tampoco cuenta con la totalidad de la fuente económica para ejecutar el contrato y, por esta razón, está obligado a acudir a sistemas de financiación tales como la banca, los fondos de pensiones u otros. Dicha acreencia la garantiza con los ingresos provenientes del contrato de concesión, puesto que la remuneración es la fuente real de recursos que percibe el contratista por la inversión realizada en el proyecto. Finalmente, frente a este tipo de contratos, advierte que el Estado no paga por las labores ejecutadas como en un contrato de obra o de compraventa, en los que la nulidad del negocio puede retrotraer los efectos al estado previo a la celebración del negocio. A *contrario sensu*, en la concesión el contratista es el encargado de conseguir todos los recursos económicos para ejecutar la obra y es a través de aportes estatales y peajes que se repaga la inversión realizada.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo precedente, entró a analizar la norma demandada y aseveró que los reconocimientos que ella contempla no corresponden al otorgamiento de derechos patrimoniales a favor del contratista, sino a las actividades desarrolladas encaminadas a ejecutar el proyecto de infraestructura y financiadas con recursos proveídos por el contratista. Aclaró que el pago de intereses constituye exclusivamente el pago de intereses de la deuda con bancos y no representan intereses a favor del contratista o utilidades, pues se trata del pago de intereses que se ha generado en la cancelación de las deudas asumidas para poder ejecutar el objeto del contrato y cuya garantía es el proyecto mismo. Afirmó que la norma acusada no tiene la virtualidad de ser instrumento jurídico para reconocimientos adicionales, en tanto, ésta elimina el reconocimiento de utilidad alguna a favor del contratista y establece condiciones tales como que: (i) los costos, inversiones y gastos hayan sido ejecutados; (ii) se haya satisfecho el interés público; y (iii) estén asociados exclusivamente al desarrollo del objeto del contrato.

Finalizó su intervención refiriéndose a unos apartes que consideró debían ser revisados. En primer lugar, alegó que la forma en que está contemplada la actualización del reconocimiento de intereses de la deuda con el IPC histórico desde el momento de su ocurrencia hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de liquidación es inconstitucional, en la medida en que su aplicación generaría un doble pago por un mismo concepto; habida cuenta que las tasas de interés que reconocen los concesionarios a favor de las instituciones financieras

previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)4o. Contrato de Concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

comprenden un componente de corrección monetaria. Por ello, se alertó a la Corte en cuanto a que el reconocimiento de intereses y de la indexación de los mismos es incompatible y, por tanto, la norma debe ser condicional en su aplicación constitucional, en el entendido que ambos reconocimientos no son concurrentes. Por último, explicó que con miras a proteger la estabilidad del ordenamiento jurídico y la confianza de quienes celebran acuerdo con el Estado, no debería dársele aplicación retroactiva a las disposiciones legales en el marco de la contratación estatal, comoquiera que es una medida que constituye un cambio unilateral de las condiciones contractuales previstas inicialmente; circunstancia que podría impactar el equilibrio económico acordado y, por consiguiente, la ejecución, cumplimiento y consecución del interés general pretendido con el proyecto contratado.

5. Consejo Gremial Nacional

La Directora Técnica del Consejo Gremial Nacional, María Catalina Chamorro Ortega, intervino en el presente asunto para solicitar la exequibilidad del párrafo primero de la Ley 1882 de 2018, con base en los siguientes argumentos:

Refirió que, con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el legislador creó unos criterios necesarios para una adecuada aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993,⁷ estableciendo las condiciones jurídicas necesarias para promover la inversión en infraestructura indispensable para la prestación de los servicios públicos del Estado; pues, en aras de proteger el interés general, los fines del Estado y evitar un detrimento fiscal, como principios rectores de la contratación pública, se prohíbe el reconocimiento automático de los valores mencionados en dicha norma, sujetándolo a una valoración objetiva previa por parte de un tercero experto.

Resaltó que los proyectos de concesión vial se ejecutan con un capital 100% privado y su remuneración se supedita hasta la entrega de la infraestructura (objeto del contrato), en condiciones y niveles determinados, por tratarse de obras de interés general. Partiendo de lo anterior, el desconocer la aplicación del artículo demandado podría acarrear un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado; habida consideración que, de conformidad con la Ley 1882 de 2018, con ocasión de las prestaciones recíprocas a las que se tiene derecho por la terminación anticipada del contrato, el Estado recibe las obras, bienes y servicios ejecutados.

Destacó que el demandante pretendió equiparar los efectos de la nulidad de los contratos civiles, regulados por el Código Civil, a los propios de los contratos estatales, lo que involucra un desconocimiento del carácter de norma especial y posterior de la Ley 80 de 1993, en la que se consagra de manera expresa los

⁷ Ley 80 de 1993, “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.”

efectos para la contratación estatal. Asimismo señaló que, como de este tipo de contratos se derivan varias relaciones jurídicas encaminadas a garantizar la ejecución del objeto contratado, las Leyes 80 de 1993 y 1882 de 2018 buscan garantizar la seguridad jurídica a aquellos terceros de buena fe, tales como trabajadores, proveedores de bienes y servicios, financiadores, etc., los cuales tienen el riesgo de verse afectados por la declaración de nulidad absoluta. Es por esto que el legislador busca que los efectos de la sanción recaigan exclusivamente sobre el contratista y no sobre los terceros de buena fe haciendo extensiva su responsabilidad. Aseveró que, en virtud del derecho al debido proceso, no es dable desconocer los derechos que cobijan a dichos terceros, pese a la responsabilidad que pueda surgir del contratista, la cual haya generado la nulidad del contrato.

Cerró su intervención aduciendo que de declarar inexecutable la norma acusada, se retrocedería en el control de los riesgos que el desarrollo de proyectos de esa magnitud representa y sin las cuales se podría comprometer la consecución de proyectos de 4G, que aún no cuentan con cierre financiero y que son necesarios para el bienestar social de quienes habitan en el territorio.

6. Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia – Asobancaria

El apoderado judicial de Asobancaria, Andrés Flórez Villegas, solicitó que se declararan executable los apartes del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, por no resultar contrarios a lo dispuesto en los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución Política, con base en los siguientes argumentos:

Afirmó que la nulidad, terminación y liquidación del contrato de concesión afecta a las entidades financieras y a todos los acreedores de una concesionaria, tales como empleados y proveedores, quienes pueden calificarse como terceros de buena fe frente a la nulidad absoluta que sea declarada respecto de un contrato de concesión, y que los reconocimientos económicos recibidos como consecuencia de la nulidad, terminación y liquidación del contrato deberían ser destinados a pagar las sumas adeudadas por el concesionario a dichos terceros. Por ende, consideró que de acceder a las pretensiones de la demanda se afectaría a los acreedores de la concesionaria, contrariándose así los artículos 1, 25, 53 y 83 de la Constitución Política.

Señaló, que contrario a lo expuesto por el actor, los pagos por obras ejecutadas de un contrato declarado nulo no tienen como finalidad premiar la conducta contraria a la ley, sino viabilizar la capacidad económica para pagar las obligaciones que tenga el contratista con terceros de buena fe. Lo anterior permite concluir que el pago de una liquidación no necesariamente significaría el enriquecimiento para el concesionario, pues en primer término deberá responder por sus deudas.

Ahora bien, respecto de las normas que regulan la extinción de dominio, estimó que no es cierto lo afirmado por el demandante relativo a que dicha figura no puede ser restringida en sus alcances. Por el contrario, al analizar las normas

aplicables a la extinción, no se vislumbra algún evento en el que se permita afectar derechos de terceros de buena fe; por lo que dicho argumento no puede ser el sustento para la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma demandada por el actor.

Dicho de otro modo, la norma demandada está encaminada a asegurar que el Estado pague por las obras concluidas cuando se presente una nulidad absoluta, pues aquéllas ya habrían enriquecido al Estado y, por ende, sería inconstitucional que el Estado se quedara con unas obras ejecutadas, a costa de los empleados, proveedores y financiadores, y que no pagara por ellas. Ello lleva a concluir que si se accede a las pretensiones de la demanda, se estaría aceptando que el Estado se enriquezca a costa de los particulares, lo cual no debería ser viable en el marco de un Estado Social de Derecho.

Adicionó que la disposición acusada no es más que el desarrollo específico del principio contenido en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993. Resaltó que el demandante no tuvo en cuenta las partes del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 que no fueron demandadas, las cuales establecen sanciones severas para quienes incurren en actos de corrupción. Por ello, en su opinión, el actor se equivocó al afirmar que los apartes demandados buscan favorecer a los corruptos, en lugar de sancionarlos. La sanción contenida en la referida norma implica la separación de los terceros de buena fe de los responsables de los hechos de corrupción; a los primeros se les protege y a los segundos se les sanciona.

Asobancaria puso de presente que *“a la fecha existen cuantiosísimos recursos que dependen de la liquidación de los contratos de concesión, razón que justifica la intervención”* de dicha entidad. Asimismo, aclaró que *“esta intervención solamente busca salvaguardar la actividad financiera realizada por los asociados a Asobancaria bajo la ubérrima buena fe, quienes se podrían ver afectados por conductas que les son ajenas, que no estaban dentro del ámbito de su control y que por demás no están en el deber de soportar, menos cuando en ellas tuvieron participación agentes del Estado en ejercicio de sus actividades públicas, que es algo que no toma en cuenta la demanda (...) además, busca evitar que se sienta un precedente nefasto para la financiación de proyectos de infraestructura en Colombia: Que los que terminan perdiendo recursos, a pesar de no haber conocido, mucho menos coonestado los actos de corrupción, sean las entidades financieras y otros terceros de buena fe como los proveedores y empleados (...) busca que se proteja la confianza que es en lo que se cimienta la actividad financiera y con ello permitir que los financiadores provean recursos de crédito al sector de infraestructura”*.

7. Cámara Colombiana de la Infraestructura – CCI

Juan Martín Caicedo Ferrer, en calidad de Presidente de la Cámara Colombiana de la Infraestructura, expuso las razones por las cuales solicitó que se declarara exequible el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

En primera medida, estimó que el párrafo demandado se ajusta a los preceptos legales y constitucionales por no desconocer el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, respecto del reconocimiento y pago de emolumentos a los que hubiere lugar de declararse la nulidad absoluta de un contrato. Contrario a lo que alegó el demandante, aplicar el efecto de la nulidad absoluta establecida en el derecho común, consistente en retrotraer las cosas al estado anterior, contravendría el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, norma especial y posterior.

Señaló que el reconocimiento de los emolumentos previstos en el aparte demandado tiene como finalidad lograr la protección del ordenamiento jurídico, reconociendo a su vez el interés general, los fines del Estado y los derechos de terceros de buena fe que se encuentran indirectamente vinculados al contrato declarado nulo. Ello ha sido señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues se ha establecido que el pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícitos es una forma de proteger el interés general.

Para concluir, destacó los efectos adversos que se podrían generar en caso de que la norma acusada fuera declarada inexecutable, a saber: (i) subsistiría una inseguridad jurídica frente al procedimiento, conceptos y efectos derivados de la terminación anticipada de un contrato, por orden de autoridad judicial o administrativa; (ii) se revivirían los cuestionamientos respecto de la forma en que debe procederse con la liquidación del contrato, el recibo de los bienes del mismo, las prestaciones recíprocas y reconocimientos a favor de las partes contratantes y los derechos adquiridos por terceros de buena fe (trabajadores, financiadores, proveedores, etc.), los cuales tienen derechos derivados del contrato, pese a no ser parte del mismo; y (iii) se generaría un desincentivo a la participación privada para financiar la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura.

8. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Gilberto Álvarez Ramírez, académico y tesorero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, procedió a rendir concepto respecto de la presente demanda y solicitó que se declarara parcialmente inexecutable el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

Lo anterior, por cuanto aseveró que no le es permitido al legislador, respecto de la normatividad de contratación estatal, expedir normas relativas al reconocimiento de montos patrimoniales causados en el desarrollo de un contrato declarado nulo de manera absoluta por una autoridad judicial o administrativa o por la entidad contratante; habida cuenta que se iría en contravía del interés general que debe prevalecer sobre el particular, tal y como lo consagra el artículo 58 de la Constitución Política, el cual está encaminado a defender los recursos patrimoniales del Estado en armonía con lo dispuesto en el artículo 34, *ejusdem*.

Resaltó que la nulidad absoluta tiene como efecto retrotraer las cosas al estado anterior en el cual estaban antes del momento de celebración del contrato estatal, es decir, como si el contrato nunca hubiera existido. Ello no puede implicar que haya lugar al reconocimiento de derechos patrimoniales porque no puede generar un justo título respecto de circunstancias que se originen en una causa u objeto ilícito.

9. Pontificia Universidad Javeriana

El delegado de la Pontificia Universidad Javeriana y Profesor Titular del Departamento de Derecho Público, Gustavo Zafra Roldan, coadyuvó la solicitud presentada por el actor de la acción de inconstitucionalidad, para que se declare inexecutable parcialmente el parágrafo 1 del Artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, solicitando a la Corte Constitucional que, en ejercicio de su poder de integración de la proposición jurídica completa, extienda la declaratoria de inexecutable a la parte pertinente del primer párrafo del Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, subrogado por el Artículo 20 demandado, en cuanto a la expresión *“o en forma unilateral”, “comoquiera que si la terminación en forma unilateral se origina en causa u objeto ilícito, no debe reconocerse ningún dinero del Tesoro Público a la persona natural o jurídica que con dolo o con culpa grave o lata, o sin debida diligencia, pretenda beneficiarse del Tesoro Público afectando gravemente la moral social”*.

Argumentó que el Estado puede dejar de pagar obligaciones originadas en un contrato que se encuentre viciado de nulidad absoluta por causa u objeto ilícito, que atente contra el tesoro público y la moral social. Señaló que las anteriores prescripciones ético-constitucionales son quebrantadas grosera e inconstitucionalmente por el Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y, por ello, pidió a la Corte Constitucional que la providencia que fuera a emitir tuviera efectos *ex-tunc*, por cuanto una actividad ilícita no puede generar derechos así sea transitoriamente.

En su opinión, el artículo acusado adolece de las siguientes inconstitucionalidades: (i) La norma sana por primera vez *“en la historia de Colombia”* las nulidades absolutas que se originan como consecuencia de la existencia de una causa u objeto ilícito, ligadas a conductas dolosas o gravemente culposas; (ii) Los pagos de los valores mencionados en la norma demandada son inconstitucionales, *“porque lo que están permitiendo es asumir a estas personas culpables por acción u omisión en el ilícito, que sustituyan la competencia de los jueces que es lo establecido en el Artículo 34 de la Constitución”*; (iii) Desvirtúa el carácter que le da la Constitución a la contratación en el artículo 150 numeral 24 final, al aplicar la normatividad *sub examine* de manera retroactiva a contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la Ley 1508 de 2012; y (iv) El parágrafo segundo del Artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 sanciona las conductas dolosas y gravemente culposas con una pena pecuniaria del 5% del valor del contrato, multa que calificó como irrisoria.

Con fundamento en lo expuesto, llegó a varias conclusiones dentro de las cuales es preciso destacar que: (i) No deberían poderse pagar obligaciones dinerarias derivadas de contratos declarados nulos absolutamente y/o terminados unilateralmente por causa u objeto ilícito, pues ello afectaría al tesoro público y se violaría el Artículo 34 de la Constitución, “en el valor y principio ético constitucional de los bienes jurídicos tutelados de la moral social y del patrimonio del Estado”; (ii) La norma tiene como efecto trasladar el pago de compensaciones ilícitas a los particulares, por vía de tributación, lo que sería contrario al derecho de los ciudadanos contribuyentes a cargas públicas justas; (iii) *“Las personas jurídicas o naturales involucradas en actividades ilícitas por dolo, culpa o indebida diligencia, que no puedan probar su buena fe exenta de culpa o que se establezca judicialmente, este tipo de conductas, no tienen un derecho civil con título jurídico protegido como lo exige el Artículo 58 de la Constitución”*; (iv) Así como el Estado tiene la facultad de extinguir el dominio de bienes relacionados con la figura del enriquecimiento ilícito en asuntos penales, civiles o comerciales, también lo tiene para lograr el pago de los dineros que no han perdido su carácter de públicos; (v) La Corte Constitucional debería conminar al Congreso de la República a realizar un estudio más *“serio”* de los proyectos de ley que tramita, en virtud de lo consagrado en el Artículo 150 párrafo final del numeral 25; y (vi) Se debe revisar el procedimiento formal de aprobación del artículo demandado, pues en el último debate fue que se incluyó dicha norma acusada, configurándose un vicio de procedimiento de formación del referido artículo.

10. Universidad de Nariño

Carlos Esteban Cajigas Álvarez, en calidad de apoderado general de la Universidad de Nariño, concurrió para presentar escrito de intervención frente a la demanda de inconstitucionalidad, en el cual expresó que consideraba razonable declarar la exequibilidad condicionada del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018: *“el cual reconoce determinadas prestaciones a favor del contratista cuando el contrato estatal que desarrolla proyectos de infraestructura ha sido declarado con nulidad absoluta por objeto o causa ilícita o cuando la entidad estatal declara su respectiva terminación con ocasión de una causal de nulidad absoluta, bajo el entendido que dicha norma excluye aquellos contratos declarados nulos por objeto o causa ilícita con pleno conocimiento de la ilicitud, que dichos reconocimientos ya estaban establecidos en el régimen de la Ley 80 de 1993 para los contratos estatales en general y que es basta la jurisprudencia de lo contencioso administrativo sobre la exclusión de dichas prestaciones cuando existe conocimiento de la ilicitud, siendo dicha interpretación armónica con el principio de buena fe constitucional establecido en el artículo 83 de la norma superior y sus desarrollos en materia civil y pública”*.

Señaló que existe regulación particular para los casos en que la nulidad se origina en objeto o causa ilícita y refirió que el Consejo de Estado ha sostenido que el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 es una excepción a lo regulado en artículo 1525 del Código Civil. Enfatizó que en el régimen de contratación estatal, el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato

nulo por objeto o causa ilícita solo es viable cuando se prueba que la entidad estatal se ha beneficiado y lo sea hasta el monto del beneficio obtenido, con la condición de que el contratista no haya tenido conocimiento sobre el objeto o causa ilícita. Por otro lado, mencionó que la Ley 80 de 1993 fundamenta la procedencia de dichos reconocimientos tras la declaración de nulidad absoluta en contratos estatales con la prohibición constitucional del enriquecimiento sin causa y los principios de equidad y buena fe; sin embargo, se condiciona dicha posibilidad al beneficio de la entidad.

11. Universidad de Caldas

Los señores Daniela Fernanda Vásquez García y Santiago Aristizabal Osorio, Estudiantes del Programa de Derecho, Stefanía Restrepo Naranjo, asistente docente del Área de Derecho Público del Consultorio Jurídico, Daniel Restrepo Escobar y Juan Felipe Orozco Ospina, docentes de la Clínica Socio-Jurídica del Interés Público de la Universidad de Caldas, emitieron concepto sobre la disposición objeto de control de constitucionalidad y recomendaron declarar la inexecutable del artículo 20 (parcial) de la Ley 1882 de 2018 si se interpreta que toda nulidad absoluta es una sanción para el concesionario, esto es, que a sabiendas celebró contrato de APP con objeto o causa ilícita o que se declare la executable condicionada, si se interpreta que existe algún evento en el cual el concesionario no sea responsable por la nulidad absoluta y que dicha nulidad no sea una sanción por su obrar ilícito, para en ese caso modular la interpretación de la norma demandada, en el sentido de que *“no procederá la liquidación ni ningún reconocimiento económico a favor del contratista y a cargo de la administración cuando el contratista-concesionario haya obrado a sabiendas de la causal de nulidad absoluta o haya propiciado la nulidad como en el caso de la comisión de delitos, actos ilícitos y actos de corrupción”*. Lo anterior, con base en lo siguiente:

Indicaron que las asociaciones público-privadas sirven como herramienta para desplegar en su máxima expresión la libertad de empresa y que este tipo de contratación está llamada a responder a dos intereses, a saber: el interés público y el privado. Sin embargo, lo que importa en últimas es la satisfacción de los fines esenciales, de las necesidades e interés general de los asociados, máxime cuando el privado ha actuado reprochablemente, lo que hace inconstitucional el reconocimiento de beneficios pecuniarios. De manera que, en el caso en concreto en el cual el legislador pretende extraer las consecuencias intrínsecas de la declaratoria de nulidad absoluta por objeto y causa ilícita de contratos de APP, tal disposición resulta inconstitucional y, como consecuencia, resulta necesario sustraer tales enunciados del ordenamiento jurídico o modular sus efectos jurídicos, para que no haya lugar a interpretaciones que menoscaben las disposiciones constitucionales, *“ya que el contratista queda igualmente vinculado de manera irreversible al cumplimiento de los fines esenciales de la contratación pública y al imperativo cumplimiento de los principios que rigen la actuación administrativa, por lo tanto, no puede pretender que teniendo conocimiento de la existencia de vicios que generan la declaración de nulidad absoluta se consoliden derechos económicos en menoscabo del patrimonio público”*.

Para arribar a su recomendación, se plantearon el siguiente cuestionamiento: “¿Los vicios que generan la nulidad absoluta de los contratos y actos jurídicos, tales como el objeto y la causa ilícita y que no consolidan justo título, pueden ser la fuente de consolidación de derechos económicos, en cabeza de los contratistas de las asociaciones público-privadas?”. Para darle respuesta, propusieron dos posibles interpretaciones, a saber:

(i) Interpretación restrictiva: En el caso en que se considere que la nulidad absoluta siempre es responsabilidad del concesionario, lo que implicaría que celebró el contrato de APP a sabiendas de la existencia de un objeto o causa ilícita, la declaratoria de nulidad absoluta sería una sanción por esa contravención del orden público y constitucional. En ese caso se debería declarar inexecutable la norma demandada. Ello, atendiendo el principio de juridicidad y destacando que la demanda persigue fines ulteriores en atención a la moralidad e interés público y social.

(ii) Modulación de la norma con base en una interpretación en especial: En el caso en que se considere que existe algún evento en el que el concesionario-contratista no es responsable por la nulidad absoluta, ésta no sería una sanción por su obrar ilícito y, por tanto, se tendría que moldar la interpretación de la norma demandada, como se dijo anteriormente, en el sentido de que no se podrá liquidar ningún reconocimiento económico a favor del contratista cuando este haya obrado con conocimiento de la causal de nulidad o haya propiciado la nulidad, como en el caso de la comisión de delitos, actos ilícitos y actos de corrupción. Explicaron que esta posición surge de un análisis teleológico del texto normativo demandado, del que se deducen obligaciones para la entidad estatal por beneficiarse del cumplimiento del objeto contractual adelantado por el contratista. En aquellos eventos la nulidad no vulnera el ordenamiento y se podría predicar la licitud y justo título del contratista. “*En este supuesto no se impide el reconocimiento de valores y gastos yuxtapuestos con las obligaciones accesorias inherentes al objeto que originó la asociación, siempre y cuando sean lícitas. A esta posición se arriba tras un examen interpretativo de los cargos (...)*”.

12. Universidad Sergio Arboleda

Los señores Rodrigo González Quintero, Andrés Sarmiento Lamus y Marcela Palacio Puerta, intervinieron en nombre de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad y solicitaron la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma acusada, en el entendido de que ésta no será aplicable a las nulidades absolutas por causa o por objeto ilícito, fruto de actos de corrupción o punibles.

Manifestaron que se encontraban de acuerdo con los argumentos del demandante, pues los consideraron “*lo suficientemente relevantes para señalar que en ciertos casos esta regulación puede favorecer actos punibles y por lo tanto ser contrarios a la Constitución*”. Señalaron que, de los elementos expuestos en la demanda, resultaba claro que la constitucionalidad de la norma es cuestionable. No obstante, teniendo en cuenta que la disposición demandada

tiene efectos positivos en la mayoría de los casos y establece reglas claras para la liquidación de contratos declarados nulos o terminados anticipadamente por nulidad absoluta, aseveraron que aquella debería declararse exequible, *“en el entendido que no debe aplicarse en los casos en los cuales la nulidad resulta de actividades delictuales o punibles”*.

13. Intervención ciudadana de Jorge Hernán Beltrán Pardo

El señor Jorge Hernán Beltrán Pardo⁸ intervino para exponer las razones por las cuales solicitó que se declarara la inexecutable del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

Citó la sentencia C-555 de 2013 en la que la Corte Constitucional afirmó que el correcto desempeño de la función administrativa y de la defensa del patrimonio público deben ser los parámetros en el juicio de constitucionalidad aplicado a la potestad legislativa, en la producción de normas que rigen temas relacionados con la contratación pública, ya que el desconocimiento de dichos contenidos implicaría en sí la declaratoria de inconstitucionalidad de aquéllos enunciados o normas.⁹ Afirmó que se está vulnerando no solo el interés general, como fin de la contratación estatal, sino también los principios de la función administrativa, el correcto desempeño de la misma y la protección al patrimonio público.

Estimó que el pago de dineros en contratos que se han visto afectados por tener un objeto o causa ilícita tiene la potencialidad de generar beneficios indebidos a quienes contrataron con el Estado *“aun como fruto de la comisión de conductas: i) de enriquecimiento ilícito; o que, ii) atentan 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”*.

Consideró que el principio de moralidad administrativa se ve afectado, puesto que el Estado estaría premiando económicamente la comisión de conductas ilegales que atentan contra la moral pública. En su criterio, el reconocer derechos patrimoniales a los contratistas, en los casos en que se ha declarado la nulidad absoluta judicialmente, contraviene lo dispuesto en el artículo 58 y el inciso segundo del artículo 34 de la Constitución Política.

De otra parte, aseveró que se afecta el principio de igualdad porque la norma demandada establece la devolución de ciertos dineros cuando se liquidan contratos de APP que se hayan declarado nulos absolutamente por parte del juez, aun cuando haya sido por causa u objeto ilícito; a *contrario sensu*, los demás tipos de contratos estatales no cuentan con este beneficio cuando son declarados nulos por causa u objeto ilícito, debido a que dicha posibilidad se encuentra prohibida por la Ley 80 de 1993. Ello evidencia la existencia de un trato desigual entre los contratos estatales de APP y las demás tipologías, lo

⁸ Integrante de la firma Beltrán Pardo Abogados.

⁹ Corte Constitucional, C-555 de 2013, (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

que acarrea consecuencias jurídicas distintas en situaciones fácticas similares. Por esto, señaló la necesidad de realizar un test leve de igualdad para poder determinar si la diferencia es o no constitucionalmente justificada. Alegó que, en su opinión, la norma demandada no aprueba el referido test porque vulnera el principio de igualdad en el marco de la función administrativa, establecido en el artículo 209 de la Carta Política.

Finalmente, indicó que las consecuencias de la disposición acusada afectan el tesoro público, por realizarse reconocimientos de dineros que corresponden a títulos ilegítimos, lo que a su vez genera una vulneración de los artículos 58 y 34 de la Constitución Política.

14. Intervención ciudadana de Alessia Isabel Abello Galvis

Alessia Isabel Abelló Galvis¹⁰ intervino para solicitar que se declarara la exequibilidad del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, de manera condicionada *“a que los recursos objeto de la liquidación del contrato se destinen a pagar a los terceros de buena fe que hayan prestado dinero o servicios al proyecto respectivo, tales como instituciones financieras colombianas y extranjeras, tenedores de valores emitidos contra los flujos del proyecto, proveedores de bienes y servicios para el proyecto y para el contratista constructor. Para el caso de contratista constructor éste deberá pagar a los empleados y proveedores. Si el contratista constructor es beneficiario real de los accionistas que cometieron el ilícito, resulta lógico que no la suerte sea la misma del accionista en el sentido de no tener derecho a lucrarse del proyecto sino limitar los recursos que reciba a atender los pagos con terceros proveedores del proyecto y de buena fe tales como trabajadores, proveedores de servicios como alimentación, materiales y demás que se encuentren debidamente justificados en la contabilidad del contratista constructor”*.

En primer lugar, señaló que el artículo acusado tuvo su origen en la necesidad de seguridad jurídica para los casos en que se diera la terminación anticipada en relación con los reconocimientos que debían hacerse para proteger a aquellos particulares con derechos sobre las actividades e inversiones llevadas a cabo en virtud del contrato, especialmente aquellas generadoras de derechos a favor de terceros de buena fe. Este artículo se encuentra ligado a la función social de la propiedad y las garantías propias del Estado Social de Derecho, en tanto los terceros de buena fe no pueden ser asaltados en el principio fundamental de la buena fe al no haberse hecho parte o participado en los actos que viciaron con nulidad absoluta el negocio jurídico celebrado. Es por esto que, antes de que los recursos se consideren de *“propiedad”* del concesionario y que, por tanto, se entienda que se configura un enriquecimiento sin causa, deben atenderse primero los pagos a trabajadores, proveedores con garantías o títulos legítimos y a los prestamistas del proyecto.

¹⁰ En el escrito mencionó su calidad de socia de la firma de abogados Posse Herrera Ruiz.

Afirmó estar de acuerdo con que no pueden hacerse reconocimientos a quienes hayan realizado actos ilícitos, viciando el negocio de objeto y causa ilícita y, por ende, dichos reconocimientos vulnerarían el artículo 34 de la Constitución Política en lo relativo a la figura extinción de dominio. No obstante, consideró que el demandante desconoció el derecho que tienen los terceros de buena fe exenta de culpa sobre el proyecto, a quienes no se les puede trasladar la condición de sujetos pasivos y las consecuencias propias de la declaración de nulidad absoluta del contrato. Consideró necesario que la Corte Constitucional interviniera para brindar unas guías de interpretación del referido artículo.

Finalmente, señaló las consecuencias que en su criterio se derivarían de la declaratoria de inexecutable, a saber: (i) se generaría una inseguridad jurídica por la imposibilidad de prever las consecuencias de la terminación anticipada cuando se produzca la nulidad absoluta del contrato estatal; (ii) se desestimularía la financiación de los particulares que actúan en calidad de prestamistas, frente a los proyectos de asociación público privada, desvirtuándose en tal forma la finalidad misma de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios; (iii) se generaría una desprotección a los terceros con justo título, los cuales terminarían respondiendo por los actos ilícitos que den lugar a los vicios del contrato; (iv) podría afectar de forma sustancial el orden económico y social, habida cuenta que existiría una imposibilidad de culminar el cierre financiero de los contratos en curso y acaecería un desinterés de los financiadores, proveedores e incluso posibles trabajadores de involucrarse en proyectos de asociación público privada; y (v) se daría un enriquecimiento sin causa por parte del Estado, respecto de las obras ejecutadas y no pagadas en beneficio del interés público, por no encontrarse justificada la falta de reconocimiento y pago de dichos trabajos a favor del proyecto, lo que a su vez implicaría un empobrecimiento correlativo del concesionario y de los terceros de buena fe que hayan realizado inversiones para el proyecto.

15. Intervención ciudadana de Oscar David Gómez Pineda

El señor Oscar David Gómez Pineda¹¹ intervino oportunamente dentro del proceso de constitucionalidad, con el objetivo de solicitar que: (i) la Corte Constitucional se declare inhibida para resolver de fondo sobre la demanda o (ii) declare exequible el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

En relación con la primera solicitud, expuso que la demanda adolecía de ineptitud sustantiva por no cumplir con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Hizo las siguientes precisiones: (i) la acción pública no era clara, porque no planteaba una coherencia argumentativa bajo la cual se entendiera en qué sentido consideraba que las disposiciones acusadas eran inconstitucionales y cuál era su justificación; (ii) no se identificó con claridad el contenido normativo demandado, pues el actor acusó de inconstitucional el parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, cuando éste se encontraba modificando al artículo 32 de la Ley 1508 de 2012; (iii) no se indicaron cuáles ni cómo se transgredieron las normas constitucionales por

¹¹ Integrante de la firma de abogados Gómez Pineda.

cada uno de los fragmentos resaltados; (iv) la demanda carecía de certeza por no ser identificable algún cargo que estuviera dirigido a cuestionar un contenido legal verificable a partir de la interpretación de las expresiones acusadas, habida consideración que el actor otorgó a la norma acusada un contenido material diferente al que puede derivarse de su texto, pues aquel fue producto de sus inferencias e interpretaciones injustificadas; (v) el demandante arrojó una inferencia de que las normas permiten el enriquecimiento ilícito sin indicar ni siquiera de manera sumaria cómo fue que llegó a dicha convicción; (vi) la acción careció de especificidad porque no se formuló un cargo concreto de orden constitucional, sino que se basó en argumentos “*vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales*” que no se relacionaban directamente con las disposiciones acusadas; (vii) la demanda no era pertinente, ya que los motivos de inconformidad contra las normas acusadas no estaban contruidos a partir de razones de índole constitucional, sino de argumentos que se fundaban en simples consideraciones legales o de conveniencia; (viii) no se plantearon cargos suficientes, pues no se expusieron todos los elementos de juicio necesarios para el estudio de constitucionalidad, que despertaran un mínimo de duda sobre la inconstitucionalidad de la disposición acusada.

Aseveró que, en su opinión, para poder estudiar de fondo la demanda, la Corte se encuentra avocada a formular los cargos de constitucionalidad por el demandante, lo que sería contrario a lo establecido en los artículos 241 y 242 de la Constitución.

Ahora bien, de considerar la acción procedente, afirmó que las disposiciones demandadas no transgreden la Constitución Política. Afirmó que el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, busca proteger a los terceros de buena fe y no permite el enriquecimiento ilícito por parte del que generó la nulidad. Refirió que el artículo prevé cuatro criterios y un tope de remanentes esenciales para garantizar que el concesionario solo reciba hasta el monto del beneficio que generó al interés general y que no reciba alguna utilidad o ganancia por la ejecución del contrato, sino que su patrimonio quede en la misma situación en la que se encontraba antes de la suscripción del contrato. Todo lo anterior, sin perjuicio de los intereses de terceros de buena fe, a quienes se les debe garantizar con la liquidación que existirán recursos suficientes para que se les liquide adecuadamente sus contratos. Con fundamento en lo expuesto, afirmó que el accionante interpretó aisladamente cada uno de los fragmentos demandados y no tuvo en cuenta aquellos que imponen límites a la fórmula, para evitar un enriquecimiento sin causa.

16. Intervención ciudadana de Jorge Enrique Robledo, Leónidas Gómez, José Roberto Acosta y Jorge Gómez

Los señores, Jorge Enrique Robledo¹², Leónidas Gómez¹³, José Roberto Acosta y Jorge Gómez presentaron una intervención ciudadana en el marco de la

¹² Actual Senador de la República.

¹³ Actual Senador de la República.

presente acción de inconstitucionalidad y solicitaron que se declare la inexecutable de la disposición demandada.

Alegaron que la norma acusada: (i) desconoce postulados básicos del Estado Social de Derecho y el principio de primacía de la Constitución y la Ley, puesto que todos los negocios jurídicos y actuaciones afectados por objeto o causa ilícita no son fuente de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; (ii) crea una excepción al principio general del derecho que señala que nadie puede enriquecerse sin justa causa; (iii) modifica todo nuestro sistema legal porque trastoca sin justificación razonable ni proporcional los efectos de la nulidad absoluta en los contratos estatales; (iv) reconoce derechos patrimoniales a pesar de que los mismos hayan sido obtenidos como consecuencia de un ilícito, sumado al hecho de que los derechos patrimoniales provienen de recursos públicos, lo que demuestra que la norma acusada no persigue el cumplimiento de las finalidades públicas sino la garantía de los intereses particulares afectados por sus propias conductas dolosas; (v) pretende generar reconocimientos indebidos con cargo al patrimonio público a partir de títulos ilegítimos, creando un beneficio directo; y (vi) desconoce el principio de consecutividad y de identidad material flexible, pues los apartes demandados no fueron incluidos en el texto original y, por ende, su introducción desconoce la finalidad de la reforma legal que se tramitó y resaltaron que la fórmula de liquidación, en casos de terminación anticipada por declararse la nulidad absoluta de contratos de concesión de infraestructura de transporte, no fue un tema discutido en el primer debate y tampoco guardó relación de conexidad con lo discutido.

Indicaron que los actos corruptos que dan lugar a las terminaciones anticipadas conducen a eliminar la libre competencia de los concesionarios, lo que significa no obtener el mejor precio del mercado por la concesión.

Aseveraron que los serios indicios de que la norma genera beneficios económicos directos a unos particulares específicos vulnerarían, entre otras disposiciones, el artículo 134 de la Constitución Política, el cual le prohíbe al Congreso de la República: *“Decretar a favor de personas o entidades donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente”*.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El jefe del Ministerio Público se pronunció sobre la demanda de la referencia y concluyó su escrito solicitando a la Corte Constitucional que declare la inexecutable o subsidiariamente la executable condicionada de la disposición impugnada.

Al respecto, inició haciendo una referencia al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la demanda y, puntualmente, respecto de la certeza requerida señaló 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.” Por lo que concluyó que están cumplidos los requisitos de la demanda promovida contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 1882 de 2018, que adicionó el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012.

En su escrito, la Procuraduría consideró que, para resolver de fondo el asunto planteado, es necesaria la integración normativa de la totalidad del parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012. Esto por cuanto, si bien se observa que las expresiones acusadas son comprensibles, no se pueden estudiar independientemente, pues su examen remite inevitablemente al conjunto normativo del cual forman parte; de tal manera que si se declarara la inexequibilidad de los apartes acusados, aquellos no demandados del parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 perderían la capacidad de producir efectos. Lo anterior se debe a que dicha proposición jurídica versa sobre los reconocimientos debidos en la liquidación de los contratos de Asociación Público Privada cuando se declara judicialmente su nulidad absoluta, haciendo referencia a los factores, criterios y condiciones de pago a considerar. Por lo tanto, afirmaron que *“Cuestionar la constitucionalidad de dichos reconocimientos, por la no inclusión de aquellos originados en la ilicitud, afecta la totalidad del referido parágrafo, 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 parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, adicionada por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018”*¹⁴.

Finalmente, sobre ese punto señaló que, aunque el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 se refiere a la cláusula penal pecuniaria que se deberá pagar, se trata de una disposición distinta y autónoma por versar sobre aspectos asociados a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, que son independientes de la liquidación que proceda sobre *“las eventuales prestaciones recíprocas”*.

En cuanto al cargo por la vulneración a los artículos 34 y 58 constitucionales, estimó 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 las APP, lo que conlleva que la entidad estatal contratante pague lo ejecutado por el contratista (costos, inversiones y gastos), con intereses y actualización, descontando lo ya recibido, ante la declaración de nulidad absoluta o de la terminación por causales asociadas a este tipo de nulidad. La norma no hace ninguna diferenciación respecto de las causales de nulidad, por lo que estos reconocimientos podrían ser procedentes en contratos con objeto o causa ilícita (causal establecida en el artículo 1741 del Código Civil), por ejemplo cuando se celebre *“contra expresa prohibición constitucional o legal o con abuso o desviación de poder”* (numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993), lo que contraría el ordenamiento jurídico y el interés general.

¹⁴ Expediente D-12877, cuaderno 2, folio 322.

Sostuvo que a la luz de las características de los contratos de APP¹⁵, no se encuentra fundamento para que el Estado deba asumir siempre y de forma general los costos de lo ejecutado por el inversionista, *“sin la satisfacción del objeto, con independencia del esquema de APP adoptado y aun si el mismo no ha comprometido desembolsos de recursos públicos, reconociendo además intereses conjuntamente con una actualización de factores con el IPC”*. Más aún cuando, en este modelo contractual, no todo costo, gasto o inversión del contratista implica un compromiso recíproco respaldado con recursos públicos.

Además, indicó que el párrafo acusado establece condiciones de pago que podrían involucrar recursos públicos más allá de lo comprometido en la APP y amplía sin justificación la aplicación a los contratos de concesión e infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley 2508 de 2012.

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, además, ordena destinar recursos públicos para actividades que, de acuerdo con las características de ese modelo contractual, *“se encuentran (total o parcialmente) a cargo del inversionista privado, modificando las condiciones inherentes de retribución y manejo de riesgos”*. Sostiene que tal como están establecidas las reglas en la norma impugnada *“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”*.

Señala que 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”*. Al respecto, cita la sentencia C-740 de 2003 y resalta que:

“el ordenamiento jurídico solo 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

¹⁵ Señala el Procurador General en su concepto: “Lo anterior resulta contradictorio de frente a las características de las APP, que 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 riesgos y cargas asumidas por cuenta del contratista, y establecen el manejo de los recursos a través de un patrimonio autónomo que blinde el objeto contractual.”

pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio que llegue a ejercer es solo un 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”.

Destacó que el problema planteado en la demanda involucra también el tener que hacer un análisis respecto de la finalidad y los propósitos de la contratación estatal, ámbito en el que los principios constitucionales aplicables obligan a rechazar las medidas que consolidan privilegios injustificados a quienes han suscrito contratos con el Estado, que puedan perjudicar el interés general. En ese mismo sentido, afirmó que de los reconocimientos a los que hace referencia la norma acusada se derivan beneficios indebidos a favor de los contratistas, vulnerando la Constitución Política. Por ello, aseveró que el no sancionar una conducta indebida y, por el contrario, entender que el Estado debe efectuar pagos al contratista, asumiendo su calidad como deudor frente a sus obligaciones, teniendo también en consideración que devengarían las ganancias del negocio, incluyendo indexación de intereses, y no sus pérdidas, sería actuar contra la moralidad administrativa y al patrimonio público.

En síntesis, afirmó que el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2018 (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 (...) instaure derechos a partir de títulos carentes de licitud, que contrarían el orden constitucional y legal, y dispone (...) 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”*.

Respecto de la aplicación retroactiva tal y como lo contempla la norma demandada, consideró que ésta atenta contra la vigencia de un orden justo y el respeto a la seguridad jurídica, porque establece nuevas obligaciones en cabeza del Estado, en condiciones diferentes a las previstas en las leyes anteriores vigentes al momento de la suscripción del contrato, que afectan el patrimonio público; afectación que carece de sustento constitucional.

De otra parte, refirió que durante el trámite legislativo, 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”*. En aquel trámite hubo varias intervenciones de las cuales se puede evidenciar que en el órgano legislativo se advirtió las inconsistencias de la disposición acusada, especialmente en relación con el interés general y la administración de los recursos del Estado. No obstante lo anterior, se decidió continuar con el trámite por razones procedimentales, para que de esa forma se pudieran consolidar otras iniciativas relevantes para el país. Agregó que:

“el cuestionamiento de la norma bajo examen (...) 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 ‘los 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’”.

Finalmente, señaló que es necesario extender los efectos de la decisión desde la fecha de la promulgación del texto legal, para asegurar la integridad de la Constitución y, por tanto, solicitó a la Corte Constitucional que, en uso de su competencia, fije los efectos temporales de la sentencia. Ello, para evitar que se avalen situaciones irregulares e ilegítimas ocasionadas por la aplicación de un precepto inconstitucional declarado inexecutable con posterioridad.

VI. CONCEPTOS RECAUDADOS POR LA CORTE EN AUDIENCIA TÉCNICA ANTE LA SALA PLENA

El día 30 de abril de 2019 se realizó una audiencia técnica ante la Sala Plena de la Corte Constitucional¹⁶ con el fin de recabar conceptos técnicos que le permitieran al pleno de la corporación contar con mayores elementos de juicios para tomar su decisión. Para ello se invitaron a seis (6) expertos y a tres (3) altos funcionarios del Estado a fin de que respondieran una serie de preguntas de los Magistrados de la Corte.¹⁷

¹⁶ Una vez presentado el proyecto de fallo y luego de su análisis y debate en la Sala Plena del día 3 de abril de 2019, la Corporación encontró necesario recabar conceptos técnicos de expertos sobre algunos aspectos puntuales que rodean el problema jurídico del asunto examinado, con el fin de contar con los elementos suficientes para proceder a tomar la decisión correspondiente. Por autos del 11 y del 26 de abril de 2019, la magistrada sustanciadora convocó a funcionarios y expertos sobre los asuntos respectos de los cuales se pretendía recabar más elementos de juicio, señalando en lo siguiente: “Que dado el avance del proceso y la eventual necesidad de la Sala Plena de ampliar la información al respecto y, en virtud del principio de economía procesal, se decidió convocar a una audiencia técnica, de carácter privado, a una serie de expertos que, para que a título ad honorem expongan su concepto y respondan a una serie de preguntas ante la Sala Plena de la Corte Constitucional. (...) Que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, las intervenciones y respuestas de los invitados a las preguntas que formule la Sala Plena serán transcritas por la Secretaría General de la Corte Constitucional y harán parte del expediente.”

¹⁷ Al respecto, el auto del 26 de abril de 2019 en el proceso de la referencia dispuso: “7. Que dados los aspectos a tratar, la audiencia se estructurará en tres (3) paneles consecutivos, para cada uno de los cuales se invitará a destacados expertos, de la siguiente forma:

HORA	TEMA	INVITADOS
8:00 -9:15 am	Consecuencias jurídicas de la aplicación de la norma demandada frente a la legislación y la jurisprudencia vigentes.	MAURICIO FAJARDO GÓMEZ (Abogado) Arbitro nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Expresidente del Consejo de Estado. <hr/> AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA (Abogada)

La sesión tuvo un carácter extraordinario, motivado por la importancia del asunto. Al respecto, la Magistrada Gloria Ortiz Delgado, presidenta de la Corte Constitucional, según consta en el acta:

“[s]eñaló que la Corte, consciente de las implicaciones e importancia práctica de esta decisión, de las complejidades que se derivan de la aplicación de la norma acusada, había acordado de manera unánime suspender la decisión en este proceso, hasta acopiar conceptos técnicos adicionales a este respecto, mediante la realización de esta sesión informal, de orden eminentemente técnico, no reservada, pero privada, debido a los indudables intereses particulares que están en juego. Precisó que no se trata propiamente de una diligencia en la que se rindan testimonios o peritajes, sino que es una oportunidad para escuchar los conceptos de expertos sobre la materia bajo examen. // La presidenta puso de presente que en casi 28 años de existencia de la Corte Constitucional, era la primera vez que se acudía a este mecanismo que permitirá allegar al proceso información y mayores elementos de juicio que ilustren el debate en torno de

		Conjuez de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Arbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Exmagistrada auxiliar del Consejo de Estado.
9:30 – 11:00 am	Impactos económicos, fiscales y jurídicos que puede implicar la norma impugnada para el Estado colombiano.	CARLOS FELIPE CÓRDOBA LARRARTE Sr. Contralor General de la República. LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ OSPINO Sr. Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. CESAR AUGUSTO MENDEZ Sr. Director de Defensa Jurídica Nacional, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
11: 15 am - 12:45 pm	Aspectos relativos a la estructuración financiera de los proyectos de concesión de infraestructura vial y de APP.	ANDRÉS ESCOBAR ARANGO (Economista) Ex viceministro de Hacienda y Crédito Público, fue subdirector del DNP. JUAN RICARDO ORTEGA LÓPEZ (Economista) Asesor del Banco Interamericano de Desarrollo -BID; ex director de la DIAN. CLEMENTE DEL VALLE BORRAEZ (Economista) Expresidente de la Financiera de Desarrollo Nacional.

la norma demandada. De igual manera, por tratarse de una sesión informal, es la primera vez que asiste un magistrado auxiliar, el doctor Luis Andrés Fajardo, quien pertenece al despacho de la magistrada Cristina Pardo.”

A continuación, y con fundamento en el Acta de la Sesión Técnica del 30 de abril de 2019,¹⁸ se resumen las principales conclusiones a las que llegaron los invitados a la audiencia:

El doctor MAURICIO FAJARDO inició con un recuento de la normatividad y la jurisprudencia colombiana sobre nulidad absoluta de los contratos, hasta la expedición de la Ley 80 de 1993¹⁹ Señaló que las primeras apreciaciones que surgieron sobre el artículo 48 de la citada ley, se encaminaron a interpretar que excluía la aplicación del artículo 1525 del Código Civil, según el cual, si las partes habían celebrado el contrato “*a sabiendas*” de la ilicitud del objeto o causa, no había lugar a repetir lo dado o pagado. Sin embargo, a partir de una sentencia de noviembre de 2004, el Consejo de Estado consideró que el inciso

¹⁸ SESIÓN TÉCNICA, EXPEDIENTE D-12877, Norma acusada: Ley 1882 de 2018 (art. 20, parágrafo 1) Ley mediante 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. Magistrada sustanciadora: Cristina Pardo Schlesinger// En el recinto de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la ciudad de Bogotá D.C., el martes (30) de abril de dos mil diecinueve (2019), se llevó a cabo entre las 8:15 a.m. y la 1:05 p.m., la sesión técnica convocada mediante auto del once (11) de abril del año en curso en el proceso D-12877, con fundamento en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991 y los artículos 1º, 165 y 230 del Código General del Proceso, para recabar conceptos de expertos sobre algunos aspectos puntuales que rodean el problema jurídico que se plantea en este proceso.// A esta sesión asistieron los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, presidenta de la Corporación, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. Así mismo, asistió a esta sesión, el doctor Luis Andrés Fajardo Arturo, magistrado auxiliar del despacho de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger. // De acuerdo con lo dispuesto en autos del once (11) y veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019), la sesión se dividió en tres paneles en torno de los siguientes temas: (i) consecuencias jurídicas de la aplicación de la norma demandada frente a la legislación y jurisprudencia vigentes; (ii) impactos económicos, fiscales y jurídicos que puede implicar la norma impugnada para el Estado colombiano y (iii) aspectos relativos a la estructuración financiera de los proyectos de concesión de la infraestructura vial y de Asociaciones Público Privadas (APP). La instalación de la sesión estuvo a cargo de la presidenta GLORIA STELLA ORTIZ, quien agradeció la presencia de los dos expertos invitados para emitir su concepto en el primer panel, doctores MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, árbitro nacional del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y expresidente del Consejo de Estado y AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA, conjuce de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Docente e investigadora de la Universidad del Externado de Colombia y exmagistrada auxiliar del Consejo de Estado, que con su conocimiento técnico, su solvencia y objetividad, aportarán elementos de suma utilidad para el debate y decisión a adoptar. (...) La magistrada PARDO SCHLESINGER indicó que en cada panel, por espacio de una hora, los expertos harán una presentación de su concepto, en primer término, sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la norma demandada, luego de lo cual, se abrirá un espacio para que los magistrados puedan hacer preguntas, si así lo consideran. De manera previa, se entregó copia del auto que convocó esta sesión y de una lista de las preguntas que se plantearon en la Sala Plena cuando se decidió realizar esta sesión, las cuales orientan a los expertos sobre las inquietudes que existen sobre la materia.”

¹⁹ Explicó en su orden: (i) la aplicación del régimen del Código Civil (art. 1741 y ss.), cuyo efecto al declararse la nulidad absoluta, es de las restituciones mutuas al retrotraer la situación al estado anterior al contrato, como si nunca hubiera existido, lo cual se aplica también en derecho comercial; (ii) a partir del Decreto 222 de 1983 (art. 287), declarada la nulidad absoluta del contrato estatal, procede su liquidación, una vez ejecutoriada la providencia judicial que así lo declara; (iii) según lo regulado por la Ley 80 de 1993 (art. 48), 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. Se pasó entonces de las restituciones al reconocimiento de estas prestaciones. Además, en virtud del inciso segundo del artículo 48, 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.

segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 no había eliminado la aplicación del artículo 1525 del Código Civil, sino que debía ser interpretado en concordancia con el mismo, de modo que declarada la nulidad absoluta, si las partes habían tenido conocimiento de la ilicitud de objeto o causa del contrato estatal, no habría lugar a ningún tipo de reconocimiento. Se entendió que esta consecuencia equivalía a una sanción de carácter civil o patrimonial por haber celebrado un contrato estatal a sabiendas de su ilicitud. Si las partes no tenían conocimiento de esa ilicitud, se aplicaba entonces el inciso segundo del artículo 48.

Sostuvo que con la expedición de la Ley 1882 de 2018 se distinguen tres regímenes en materia de nulidad absoluta de un contrato: en primer término, las reglas del Código Civil que se predicán en general de todo contrato afectado por este tipo de nulidad; en segundo lugar, las reglas establecidas para el universo de los contratos estatales en el Decreto 222 de 1983 y después, por la Ley 80 de 1993; y en tercer lugar, el régimen especial establecido en la Ley 1882 de 2018, concebido exclusivamente para los contratos de Asociación Público Privada, entre los cuales están comprendidos los contratos de concesión de obra de infraestructura.

Indicó que en materia específica de nulidad absoluta de contratos celebrados por APP, el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2019, mezcla dos hipótesis diferentes en su origen y efectos: de un lado, la nulidad absoluta del contrato que debe ser declarada por el juez del contrato, evento en el cual se plantea una controversia judicial que concluye con una providencia con efectos retroactivos y de otra parte,²⁰ la terminación unilateral del contrato que se produce por medio de acto de la administración en ejercicio de sus potestades excepcionales en tres casos: a) la terminación unilateral propiamente dicha;²¹ b) declaración de caducidad administrativa del contrato;²² y c) la terminación obligatoria del contrato en el estado en que se encuentre (art. 45, inciso segundo Ley 80 de 1993), ante la ocurrencia de ciertas causales de nulidad absoluta(1, 2 y 4 del art. 44, Ley 80 de 1993)²³.

En su concepto, aunque pareciera existir solo una variación sutil, la norma demandada demuestra una diferencia bien marcada frente a los otros contratos estatales, que en su liquidación por causa de nulidad absoluta solo da lugar a las prestaciones sobre lo ejecutado, mientras que en los contratos de la APP, en la misma situación e independientemente de lo que se haya o no ejecutado, se reconocen los costos, ingresos y gastos ejecutados por el contratista, incluyendo

²⁰ Observó que la nulidad absoluta puede darse aun cuando haya terminado el contrato y siempre que no haya caducado la respectiva acción judicial. En el caso de la terminación unilateral es requisito que el contrato no haya cesado, pues no se puede finalizar algo que ya no existe.

²¹ Se refirió al respecto a las circunstancias previstas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, evento que no implica ninguna sanción y que da lugar al pago de las prestaciones que se reconocen en el propio acto administrativo de terminación. Advirtió que, si bien el origen de la terminación obligatoria del contrato es una nulidad absoluta, no configura propiamente una nulidad, puesto que sus efectos no se retrotraen al estado anterior sino que el contrato termina a partir de ese momento y hacia el futuro.

²² Explicó que tiene lugar ante el incumplimiento del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato, la cual sí tiene un carácter sancionatorio que genera inhabilidades y una serie de sanciones económicas;

²³ Señaló que en ese caso el Estado debe darlo por terminado, a partir de ese momento, sin efectos retroactivos

los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual, lo que demuestra un tratamiento mucho más favorable.²⁴

Retomando el texto del párrafo, señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado introdujo en la interpretación del inciso segundo artículo 48 de la Ley 80 de 1993, la distinción entre las nulidades absolutas en las que las partes no sabían de su existencia, evento en el cual procedía el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas y aquellos casos en que, de existir el elemento “a sabiendas” de esa nulidad, no procedía ninguna clase de reconocimiento, en virtud del artículo 1525 del Código Civil. Pero el párrafo 1 del artículo 20 acusado, a la luz de una interpretación sistemática de la norma, de acuerdo con el párrafo 2 del mismo artículo, excluye la aplicación del artículo 1525 del Código Civil.²⁵ Es decir, que la consecuencia es que ya no se aplica la distinción que hacía el Consejo de Estado y excluye por completo la aplicación del artículo 1525 del Código Civil, de manera que, sin perjuicio de las sanciones patrimoniales, se hacen los mismos reconocimientos enunciados en el párrafo 1.

En su concepto, esta disposición modifica de manera trascendental el régimen contractual colombiano tradicional²⁶ que ha tenido siempre un fundamento

²⁴ Puso como ejemplo un caso concreto, en que el Consejo de Estado en 2015 con ponencia del magistrado Hernán Andrade, cuando se declaró nulo un contrato de recaudo tributario y no se acreditó la existencia del elemento “a sabiendas”, se dio aplicación al artículo 48 de la Ley 80 de 1993, de suerte que solo se reconoció el pago del porcentaje de lo recaudado efectivamente, es decir la prestación ejecutada. Si se tiene que pagar los costos, inversiones y gastos ejecutados (incluidos los intereses por créditos), es bien distinto en términos del resultado pues va más allá de reconocer y pagar lo ejecutado en virtud del contrato y hasta donde se benefició la administración.

²⁵ Explicó que dicha norma prevé que “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”, al momento de liquidar el contrato no pierden el reconocimiento de los costos, inversiones y gastos y demás emolumentos enunciados en el párrafo 1, sino que solamente deben pagar la cláusula penal convenida y de no existir, esta será del 5% del valor del contrato. El texto del párrafo lo corrobora así al señalar que esta suma deberá descontarse de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario o de los integrantes de la concesión, según el caso, responsables de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad del contrato.

²⁶ En primer término, se refirió a la consagración en el Preámbulo de la Carta, como fundamento de su expedición, del fortalecimiento de la justicia y la garantía de un orden económico y social justo. Así mismo, de acuerdo con el artículo 1º, nuestro Estado está fundado en el respeto a la dignidad humana y en la prevalencia del interés general. Según esto, preguntó si ¿garantiza un orden económica y social justo, el respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general, autorizar que se reconozcan pagos, incluso de manera más beneficiosa, por contratos que han sido celebrados con la comisión de delitos? En su concepto, esta disposición modifica de manera trascendental el régimen contractual colombiano tradicional que ha tenido siempre un fundamento claro en la moral, específicamente, en la moralidad pública. En ese mismo sentido, el artículo 34 de la Constitución estableció la extinción del dominio sobre los bienes adquiridos con grave deterioro de la moral social y el artículo 58 superior consagra la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos, con arreglo a las leyes civiles y no aquellos que se adquieren en contra de las leyes o la comisión de delitos. Del mismo modo, el artículo 88 de la Carta elevó a la categoría de derecho colectivo susceptible de ser protegido mediante las acciones populares, la moral administrativa. En el artículo 95, se impone a todos los ciudadanos, el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y el artículo 209, consagra dentro de los principios de la función administrativa, la moralidad.

Por último, hizo mención del artículo 122 de la Constitución, que en su inciso quinto establece entre otras inhabilidades, la prohibición vitalicia de celebrar contratos con el Estado para quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, prohibición que fue introducida por el Acto Legislativo 1 de 2004 y se mantuvo en la reforma posterior realizada a este artículo mediante el Acto Legislativo 1 de 2009. Afirmó que esta es una regla clara y tajante, a la cual deben agregarse como desarrollo de ese artículo, varias inhabilidades para contratar con el Estado que se recogen básicamente, a partir del literal j) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, de las personas naturales que hayan sido declaradas

claro en la moral, específicamente, en la moralidad pública en la prevalencia del interés general, y el respeto de un orden económico y social justo, cuando ordena reconocer pagos, incluso de manera más beneficiosa, por contratos que han sido celebrados con la comisión de delitos.

Concluyó su intervención el doctor MAURICIO FAJARDO, señalando que resultaba muy difícil explicar con coherencia, cómo en un ordenamiento jurídico que sanciona, castiga y persigue los delitos que afecten el patrimonio del Estado e inhabilita de por vida a quienes los hayan cometido para contratar con el Estado, cuando se llega al terreno de la Ley 1882 de 2018 y en concreto del artículo 20, quienes celebran contratos de APP, afectado de nulidad absoluta por la comisión de delitos, se les exija solamente el pago de la cláusula penal pactada o en su defecto del 5% del valor del contrato y después reciban el pago de los gastos, inversiones y costos ejecutados por el contratista, incluidos los intereses, con el ítem de que todos estos factores deben ser actualizados con el IPC.²⁷

A continuación, la magistrada CRISTINA PARDO le concedió el uso de la palabra a la doctora AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA. De manera preliminar, retomando lo que había expuesto el doctor MAURICIO FAJARDO, comenzó por precisar que la norma demandada alude indistintamente a terminación y a nulidad y que esa terminación es la que se sustenta en la ilicitud del contrato, pero que no muta en una nulidad administrativa.²⁸ Al respecto precisó el concepto de restitución mutua, que implica retrotraer las cosas al momento inicial, como si el contrato no se hubiera celebrado; permite recuperar el valor de prestaciones contractuales ejecutadas que hayan beneficiado a la entidad, pero no comprende una indemnización de perjuicios derivada de la nulidad del contrato, por cuanto no se está en el escenario de la responsabilidad patrimonial. Tanto es así, que posteriormente, en algunos casos, después de haberse anulado un contrato, el contratista puede acudir a instaurar una acción de reparación directa por los perjuicios causados a causa de los vicios ocurridos

responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública, inhabilidad que se hace extensiva a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras.

²⁷ Observó que con ello no solo se desbalancean por completo los riesgos como parte esencial de un contrato de APP, sino que con todas estas garantías, en su entender, con todo respeto pero con claridad, se crea un incentivo, casi una incitación a delinquir, pues se celebraría el contrato a pesar de la ilicitud, se conseguiría la financiación y además de que se le reconocería todos los costos, inversiones, gastos e intereses indexados y solo tendrían que pagar a título de cláusula penal en los términos del parágrafo 2 del artículo 20, que se puede incluir en la financiación. En su concepto, el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 produjo unos cambios muy significativos e importantes, pero con los aspectos indicados que a su modo de ver, generan preocupación y dificultades en su aplicación práctica y explicación en los salones de clase.

²⁸ Así lo ha determinado el Consejo de Estado al señalar que es una terminación con todos los efectos de una terminación anticipada distinta de la nulidad que tiene unos efectos particulares, tales como los de retrotraer todo al momento de celebración del contrato, como si nunca se hubiera celebrado.

Indicó que la nulidad de los contratos puede tener lugar en uno de tres escenarios: (i) el primero, es la nulidad absoluta simple del contrato que no se motiva en objeto o causa ilícita, lo cual conduce al reconocimiento sin límite de prestaciones recíprocas entre las partes, según lo acordado; (ii) el segundo, cuando se declara la nulidad absoluta del contrato por objeto o causa ilícita, evento en el cual opera el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, lo cual implica que solo procede reconocer al contratista, a título de prestación mutua, lo que haya ejecutado y beneficiado a la entidad, en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público; (iii) el tercero, cuando la nulidad absoluta del contrato se haya producido por un vicio en su celebración por causa u objeto ilícito, a sabiendas, evento en el cual debe darse aplicación al artículo 1525 del Código Civil.

durante la etapa precontractual o de formación el contrato (falta de planeación, corrupción, entre otros) que condujeron a dar al traste con el contrato y derivaron en su nulidad.²⁹ Pese a lo anterior, señaló la lectura que se hace del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y afirmó que la restitución mutua es un concepto ajeno a la indemnización de perjuicios que un contratista haya padecido derivados de la nulidad del contrato.

Considera que el artículo 1525 del Código Civil debe entenderse integrado a la norma, como también lo ha establecido el Consejo de Estado en numerosas sentencias aplicables a contratos regidos por la Ley 80 de 1993. Observó que, el Consejo de Estado ha considerado desde 1990 que, como el artículo 1525 del Código Civil regula la nulidad absoluta de los contratos por causa y objeto ilícito, cuando las partes o el contratista obraron a sabiendas de su ilicitud, hipótesis no regulada en el artículo 48, debe aplicarse en el caso de nulidad absoluta de contratos que se rigen por el estatuto general de contratación.

En relación con la pregunta acerca de si son diferentes los conceptos de “*prestaciones ejecutadas en desarrollo de un contrato*” y “*prestaciones cumplidas que le hubieren servido para beneficiar el interés público*” a que alude el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y los conceptos de “*costos, inversiones que pueda ser explotable económicamente y que cuente con las características : y gastos ejecutados por el contratista*”, enunciados en el artículo 20, la doctora HERNÁNDEZ SILVA señaló que en efecto, son conceptos distintos. Los conceptos que contiene el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, no son equivalentes a los que están previstos en el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.³⁰ Sostuvo que la jurisprudencia del Consejo de Estado (expediente 41768) del 16 de julio de 2015, valora las prestaciones contractuales de un contrato que se anula ejecutadas hasta cierto momento y las actualiza a la fecha de la sentencia (transcurren varios años desde la demanda), como concepto de restitución mutua, pero no comprende un interés de financiación o una penalidad financiera.

Manifestó que cuando se habla de restituciones mutuas estas se limitan a las prestaciones estrictamente contractuales ejecutadas por el contratista a favor de

²⁹ A este respecto, mencionó una sentencia del Consejo de Estado del 22 de junio de 2017, en la cual se analizó un evento de reparación directa que se sustentó en la nulidad de un contrato, como el camino para que el contratista pueda obtener la indemnización de perjuicios causados por la nulidad absoluta del contrato. Sin embargo, no se puede pretender incluir en la bolsa de las reparaciones mutuas, el reconocimiento de indemnizaciones por perjuicios causados que deben reclamarse a través de la acción de reparación directa.

³⁰ Al respecto, indicó que cuando se está en presencia de un contrato de concesión o de los contratos regulados en la ley de las APP, el Estado puede encargarle al particular la inversión de recursos, la adecuación de una infraestructura para la prestación del servicio o la explotación de una obra. Precisó que de acuerdo con la Ley 1508 de 2012 (art. 5º) los pagos que se deben hacer al contratista están condicionados a que se entregue una unidad funcional, esto es, a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, en beneficio del interés público. La ley que regula los contratos de concesión no se refiere al pago de elementos materiales empleados, maquinaria, gastos laborales y costos financieros, lo cual diferencia el contrato de concesión del contrato de obra pública. En consecuencia, cuando la norma alude a prestación ejecutada hay que aplicar el artículo 5º de la Ley 1508 de 2012, según el cual, dicha prestación comprende la disponibilidad de la infraestructura, el cumplimiento de los niveles de servicio y los estándares de calidad de las unidades funcionales o etapas del proyecto, cuyo valor es el que se paga al contratista. No obstante, aclaró que la Ley 1508 no desglosa todos los componentes de la unidad funcional ni tampoco prevé que al contratista se le vaya pagando gradualmente el concreto, el diseño, etc. Por lo expuesto

la entidad y que en virtud de las restituciones mutuas a que da lugar la nulidad absoluta del contrato le son reconocidas en los términos de la ley interpretada de manera sistemática.

Sostuvo que para determinar el valor del interés público satisfecho de la entidad contratante con las prestaciones ejecutadas por el contratista para la limitar el valor de las prestaciones a reconocer según lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, existen dos sentencias que ilustran este aspecto: la 35676 de 29 de junio de 2017 y 41768 de 2015. Para tal efecto se hace un balance entre lo invertido (en este caso, para recolección de basura consistente en material para posterior uso agro industrial) y lo obtenido por el contratista (ganancia que le representa ese material) y el beneficio que tuvo para la entidad (equilibrio de la ecuación económica del contrato). Si de ese análisis se encuentra que el beneficio de lo obtenido por el concesionario compensa lo invertido, no hay lugar a restitución.

Al respecto, reiteró que en este caso debe darse aplicación al artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, por tratarse de un contrato de concesión que tiene una estructura financiera compleja y debe cumplir obligaciones de resultado, que permite determinar cuáles prestaciones han beneficiado a la entidad, para lo cual debe consultarse en el contrato los derechos del contratista y los de la entidad.

Señaló finalmente que frente a actos de corrupción de las partes contratantes, no cabe aplicar el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. De hacerlo, se actuaría en contra del sistema normativo, al desconocer el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y en particular, el artículo 1525 del Código Civil. Con ello, se estaría retribuyendo a un contratista que obró a sabiendas de la ilicitud del contrato, que se beneficiaría de su propia culpa o negligencia, con unas restituciones a las que no tiene derecho.

Finalmente y por solicitud de la magistrada CRISTINA PARDO los dos expertos se refirieron a la figura del levantamiento del velo corporativo manifestando conjuntamente la compatibilidad de esa medida con la aplicación de la regla del artículo 1525 del Código Civil.

A continuación, ingresaron el señor Contralor General de la República, JUAN FELIPE CÓRDOBA LARRARTE; el señor Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ OSPINO y el señor Director de Defensa Jurídica Nacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado, CÉSAR AUGUSTO MÉNDEZ.³¹

³¹ La presidenta GLORIA STELLA ORTIZ agradeció la presencia de los funcionarios invitados y reiteró que esta es la primera vez que se realiza en la Sala Plena una sesión de carácter técnico para oír las opiniones y conceptos objetivos e imparciales de expertos técnicos sobre la disposición demandada, que aporten elementos de juicio en el asunto que está en conocimiento de la Corte. Enseguida, le cedió la palabra a la magistrada CRISTINA PARDO, quien actúa como sustanciadora en este proceso. La magistrada PARDO SCHELINGER describió el objeto de este módulo que se refiere a los impactos económicos, fiscales y jurídicos que puede implicar la aplicación del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, para lo cual se citó al Contralor General de la República, el Viceministro Técnico de Hacienda y Crédito Público y al Director Nacional de Defensa Jurídica Nacional de la ANDJE

A este funcionario se preguntó esencialmente, sobre la proyección práctica de la norma, en particular, acerca del número de casos en los que actualmente se está aplicando esta norma, el tipo de contratos celebrados bajo la forma de APP, si respecto de algunos ya se ha suscitado una discusión judicial y qué perspectivas tiene la Agencia.

Al señor Viceministro Técnico,³² se le plantearon inquietudes de orden económico, acerca de la fórmula que se viene aplicando para restituciones mutuas derivadas de casos de nulidad absoluta de contratos de APP. Puntualmente, surgieron dudas en la Sala sobre su razonabilidad frente a la inexistencia de un límite de un tope a los reconocimientos y al no establecer una relación con el valor intrínseco de la infraestructura que está recibiendo la entidad pública o el Estado, con la disponibilidad o la utilidad de esta infraestructura.

Inicialmente, el Viceministro se refirió a problemas económicos de Colombia como la ausencia de equidad y la volatilidad del crecimiento económico, por considerar que la discusión sobre infraestructura pasa por estos dos temas.³³ Luego, se refirió a las modalidades de financiación que se utilizan, en contratos de desarrollo de infraestructura por concesión, por varios agentes económicos, cuyas condiciones dependen de los riesgos de la inversión. Al respecto señaló que la incertidumbre sobre el futuro y riesgos mayores de la inversión exigen mejores incentivos y una prima de riesgo superior para que participen los inversionistas privados y se dispuso a explicar cuáles pueden ser esos incentivos y el papel que juegan los intereses en esas inversiones.

Frente a la pregunta sobre la fórmula establecida en la disposición demandada el Viceministro LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ señaló que es una forma de compensar todos los costos, inversiones y gastos en que incurrió el contratista, como un incentivo para financiar por medio de la inversión privada grandes proyectos de infraestructura de suma importancia para el desarrollo económico del país, que alcanza el valor de 1.0 del PIB. Señaló que en términos fiscales estos rubros no se pueden contabilizar porque es una disposición nueva y porque es difícil prever esas contingencias, al igual que ocurre con las sentencias, respecto de las cuales se hace apenas un cálculo aproximado. Sin embargo, sostuvo que el costo económico que tiene para el Estado no poder adelantar esos

³² Mientras llegaba a la Corte el señor Contralor General, la magistrada PARDO SCHLESINGER le concedió el uso de la palabra al señor Viceministro Técnico, indicando que este módulo se extendería por espacio de una hora, en la cual cada interviniente hará una presentación global sobre estos tópicos y luego se dispondrá de un espacio para preguntas de los magistrados.

³³ Sobre el primer aspecto, sostuvo que la ampliación y mejora en la infraestructura de bienes públicos impacta en la disminución de la equidad, al mejorar la interconexión entre los territorios, mejora en la circulación de la población y salida de productos, sobre todo, de las regiones más alejadas donde habitan las personas con más escasos recursos, como también lo señaló el BID en el último informe macroeconómico. Acerca del impacto de la infraestructura en el crecimiento económico de Latinoamérica, hizo mención de cifras contenidas en un informe de Fedesarrollo de hace dos años, que indican un impacto de la infraestructura entre el 0.2% a 0.6% del PIB anual y para los más pesimistas, la incidencia de la infraestructura es de 0.2 % del PIB, que es una cifra importante, si se tiene en cuenta que una ley como la actual de financiamiento proyecta un crecimiento económico del 0.5 a 1.0% del PIB. De otro lado, resaltó como, a partir de la Constitución de 1991, la inversión privada creció en gran proporción frente a la inversión pública y con la expedición de leyes especiales, hubo un cambio en infraestructura, se construye en gran medida (2.0 del PIB) con inversión privada, a través de diversas modalidades financieras, que habrían requerido el establecimiento o incremento de impuestos.

proyectos con inversión privada, excedería con creces el valor de las restituciones que se establecen en la norma y que si no existiera, se incrementaría el riesgo de no participación en estos contratos de infraestructura del inversionista privado.

Señaló que desde que existe el marco fiscal de mediano plazo -hace ya quince años- es muy difícil predecir eventos futuros como el de la nulidad absoluta por causa u objeto ilícito de un contrato, pero por el tiempo que toman los procesos judiciales es probable que excedería el costo fiscal y por tratarse de una decisión de un juez, resulta difícil pronosticar un tope del mismo, que técnicamente podría ser el valor de la obra. Sería más sencillo tener un tope, pero matemáticamente es difícil predecirlo frente a una sentencia judicial.

A continuación, intervino el Director de Defensa Jurídica Nacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, CÉSAR AUGUSTO MÉNDEZ, a quien correspondía emitir concepto acerca de los impactos jurídicos que se derivan de la aplicación de la norma acusada. Para ello, consideró que lo primero era delimitar el rango de aplicación material de la Ley 1882 de 2018 y particularmente, del artículo 20.

Señaló al respecto que actualmente, el estado colombiano tiene 52 contratos vigentes de proyectos carreteros, 7 contratos vigentes sobre proyectos aeroportuarios, 60 contratos vigentes sobre proyectos portuarios y 3 contratos sobre proyectos férreos. Indicó que varios de estos contratos se tasan en billones de pesos. Adicionalmente, se encuentran en etapa de estructuración 18 contratos de proyectos carreteros, 11 de proyectos portuarios, 9 de proyectos aeroportuarios y 5 de proyectos férreos. Aclaró que estos contratos son únicamente los contratos celebrados o administrados por la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI y no incluye contratos de infraestructura celebrados por las entidades descentralizadas territoriales ni contratos de infraestructura distinta a las APP de transporte. En consecuencia, los 122 contratos vigentes y los 43 que se encuentran en proceso de estructuración se verán cubiertos por los efectos de esta norma.

Indicó que la Agencia también ha realizado análisis acerca del distinto impacto que tiene la aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y la del artículo 20 de la Ley 1828 de 2018, así como, el análisis de los beneficios que trae para el Estado este tipo de contratación y las ventajas comparativas que también trae la nueva norma.³⁴ Concluyó que aunque ambas disposiciones comparten el requisito común de que las prestaciones ejecutadas hayan satisfecho el interés público, el artículo 20 establece unos requisitos adicionales: (i) que los costos que se reconozcan estén asociados al desarrollo del objeto contractual; (ii) que correspondan máximo a precios o condiciones del mercado, al momento de causación, acorde con la modalidad del contrato; (iii) no correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relacionales contractuales no laborales. Por otra parte, respecto del inciso relativo a los costos o penalidades, pactadas o no,

34

que terceros hayan aplicado al contratista en razón de la terminación del contrato y derivados de cobertura financiera del proyecto, señalo que para la Agencia esta regla discriminaría a los acreedores que no entran en esas dos categorías, que no sumarán en la liquidación.

Enseguida, enunció los elementos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 que, para la Agencia, son convenientes y beneficiosos para las partes: a) facilita el proceso de restituciones mutuas al establecer de manera clara los conceptos a tener en cuenta en la liquidación; b) castiga al concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad con la imposición de la cláusula penal pactada en el contrato y de no serlo, equivaldrá al 5% del valor del contrato, cláusula que se debe descontar de los remanentes a favor del concesionario; c) cuando los remanentes no sean suficientes, la entidad debe hacer efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables; d) congela durante cinco años los remanentes de la liquidación para atender y garantizar posibles reclamaciones; e) concede al Estado un plazo más amplio para el pago del producto de las restituciones mutuas, frente al plazo de 10 años que establece el CPACA, el cual será de 5 años o el que acuerden las partes, con una tasa interés moratorio más benigno que el que se aplica en la normatividad colombiana.

Por otro lado, el Director de Defensa Jurídica Nacional de la ANDJE señaló que la norma contiene elementos que podrían ser contrarios a la Carta Política, cual es el de la actualización de los intereses con el IPC histórico, ya que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han determinado que los intereses ya tienen incorporado un factor de corrección monetaria. Por lo tanto, se estaría en presencia de un doble pago.

Por último, en cuanto a la retroactividad, en su entender, la norma que la establece es bastante confusa. Esto, por cuanto la norma no especifica si se refiere a los contratos firmados, procesos de contratación o procedimientos sancionatorios.³⁵ A juicio de la Agencia, lo que se debe esclarecer en relación con la aplicación de la ley en el tiempo, es el hecho que se debe determinar para aplicar la ley: si es la fecha de la celebración del contrato, la fecha de declaración de nulidad del contrato o la fecha en que la autoridad administrativa da por terminado el contrato como consecuencia de una nulidad absoluta.³⁶

Enseguida, intervino el Contralor General de la República, JUAN FELIPE CÓRDOBA LARRARTE. En primer término, advirtió que antes de su llegada

³⁵ De un lado, el inciso segundo del numeral ii) prevé que lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 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. La confusión surge frente al artículo 21 de la misma Ley 1882, el cual establece que “Esta ley rige partir de su promulgación, (sic) los procesos y procedimientos que se encuentren en curso se surtirán de acuerdo con las normas con las cuales se iniciaron”.

³⁶ Preciso finalmente, que la ANDJE no intervino en este proceso de constitucionalidad. Ha estado actuando en algunos arbitramentos que se vienen adelantando, entre los cuales le preocupa a la Agencia un proceso en el que el contratista pretende que se aplique a la liquidación del contrato el párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, a pesar de que la nulidad del contrato fue declarada mucho antes de que entrara en vigencia la Ley 1508 de 2012. En cuanto al arbitraje de la Ruta del Sol el cual se encuentra en la etapa probatoria, considero que lo que se decida en este proceso tendrá incidencia.

a esta entidad, la Contraloría adoptó una postura frente a la norma demandada, la cual comparte. Acto seguido, se refirió a las diferencias entre un contrato de obra pública, una concesión bajo el esquema de obra pública y la concesión bajo la modalidad de Alianza Público Privada.³⁷

Señaló que al comparar el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en la nueva norma se introduce un cambio sustancial en el requisito para el reconocimiento de restituciones, pues ya no debe demostrarse ni certificarse que la prestación ejecutada haya beneficiado a la entidad en la forma que se exigía en el artículo 48, ni se hace en proporción al beneficio obtenido por la entidad. Basta afirmar que las prestaciones se hayan ejecutado “*total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público*” y estén asociadas al desarrollo del objeto del contrato, lo cual configura un gran riesgo para el Estado en su patrimonio público.³⁸

Enseguida, el Sr. Contralor se refirió a la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencias del 7 de octubre de 1999, Expediente 12387 y del 25 de noviembre de 2004, expediente 25560, 12 de agosto de 2011), sobre protección a la moralidad pública, según la cual, no hay lugar al reconocimiento de restituciones mutuas cuando las circunstancias que dieron lugar a nulidad absoluta del contrato se presentaron a sabiendas del contratista. Señaló que veía con preocupación, como la Ley 1882 de 2018, aún ante la ocurrencia de delitos con la celebración o ejecución del contrato, solo exige al contratista pagar la cláusula penal que se pacte en el contrato y que de no haberse pactado, es del 5% del valor del contrato, lo cual favorece la pérdida de recursos y es benévola frente a la comisión de conductas dolosas o culposas. No establece el pago de multas y el Estado no puede reconocer gastos no contemplados en la relación contractual.

³⁷ Observó que en el contrato de obra pública, según lo regulado por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, el Estado paga al contratista anticipos independientemente del cumplimiento de las obras; permite adiciones al contrato en distintos porcentajes; pagos de avance según lo ejecutado, de acuerdo con lo establecido en el contrato; no prevé una eficiente asignación del riesgo, que lo asume el Estado y la financiación del proyecto está a cargo del Estado, según los términos de la licitación, ya que no está prevista la participación de instituciones financieras.

En las concesiones, se mantienen las reglas de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 en lo que se refiere al pago de anticipo, adiciones en porcentajes del 50% y 60%, según el plazo; se paga por obra concluida; tampoco se hace una eficiente asignación del riesgo, ni se hace diferencia entre quien invierte y quien construye; no se establece cuál es la modalidad de financiación que debe utilizarse, si solo a través de inversión pública o en asocio de inversionistas privados, ni los esquemas prevén un diseño con inversionistas institucionales y financieros.

En relación con la concesión mediante Alianzas Público Privadas, reguladas por la Ley 1508 de 2012, observó que no se prevén anticipos, los pagos se hacen de acuerdo con el cumplimiento del servicio; se limitan las adiciones al 20% del valor del contrato; se paga por los servicios que preste la infraestructura según su capex y su opex; el Estado no asume todos los riesgos y exige justificar la modalidad de la contratación, acreditar capacidad legal, financiera y experiencia de los inversionistas institucionales y financieros. Según la información de la ANI, la inversión contemplada en 2012 en contratos de APP de 4G fue de 47 billones, con un plazo de ejecución de 8 años (antes 25 y más años). El Gobierno ha apropiado vigencias futuras por 60 billones y para las contingencias, 70 billones. En diciembre de 2018, se habían firmado contratos por 78.8 billones y se apropiaron vigencias futuras a precios de 2012 por 44 billones, lo que pone de manifiesto la importancia de hablar hoy de este tema.

³⁸ Indicó al respecto que todo contrato estatal en su origen se encamina a satisfacer un interés público y a desarrollar un objeto. Por el contrario, el artículo 48 exige para el reconocimiento de esas restituciones mutuas, no solo que exista un beneficio para la entidad estatal, en cuanto hubiere servido para satisfacer un interés público, sino que se pruebe el beneficio y se demuestre en que consiste el mismo, lo que le da certeza al valor de las restituciones, a lo que se agrega que estas solo pueden cubrir el monto del beneficio.

Indicó además que en la norma, no se pueden reconocer costos o penalidades que el tercero haya aplicado al contratista en razón de la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, pero exceptúa a costos o penalidades asociados a contratos de crédito, leasing financiero o la terminación de los contratos derivados de la cobertura financiera del proyecto. Esto rompe un elemento esencial de las APP, como es el de la distribución de los riesgos que debe asumir el contratista privado, lo cual sería terrible para el país. En este caso, la Contraloría General deberá iniciar las acciones encaminadas a recuperar los recursos pagados al contratista por este concepto, mediante procesos de responsabilidad fiscal y posterior cobro, gestiones que pueden tardar hasta diez años y resultar ineficientes, cuando en realidad esos dineros no debieron haber salido de las arcas del Estado.

En consecuencia, el Contralor General concluyó que la norma atenta abiertamente contra los principios que rigen la función pública, el interés general y la moralidad pública, poniendo en riesgo los recursos públicos.³⁹

A continuación, la magistrada CRISTINA PARDO abrió un espacio para las preguntas de los magistrados.

La presidenta GLORIA STELLA ORTIZ preguntó al Contralor, si cuando tiene lugar la terminación de un contrato por causa de nulidad absoluta generada en objeto o causa ilícita, interviene la Contraloría General para defender el patrimonio público, y en qué forma, bien actuando de oficio o si debe esperar una denuncia.

El Contralor CARLOS FELIPE CÓRDOBA indicó que actúa de oficio cuando se declara la nulidad. Sostuvo que no se puede generar para el Estado responsabilidades que no tiene. Aquí de lo que se trata es de proteger los recursos públicos y por el contrario se estaría abriendo la puerta a los privados para que vayan por recursos del Estado que antes no debía pagar.

El magistrado ANTONIO JOSÉ LIZARAZO le preguntó al Contralor General, si de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, que exige que las obras hayan sido ejecutadas total o parcialmente para contribuir a satisfacer el interés público, ¿Las obras ejecutadas parcialmente son suficientes para valorar el interés público que representan?

El Contralor General CARLOS FELIPE CÓRDOBA señaló que cualquier cosa puede representar el interés público. La sola firma del contrato puede serlo, pues el Estado firma los contratos para favorecer el interés público. Precisamente, como no hay nada tangible, se tendrán graves problemas, para el mismo interés y la defensa de los recursos públicos. Observó que por la redacción del artículo 20, hoy no se ve la certeza que había en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sobre la existencia de un específico beneficio para la entidad estatal, que tenía

³⁹ Finalizó su intervención afirmando que la Contraloría ve con gran preocupación las consecuencias que tiene la aplicación de esta norma para los intereses del Estado.

que definirse, demostrarse y valorar como base para el reconocimiento de las restituciones y solo hasta el monto que tuviera ese beneficio.

Sobre esta inquietud, el Viceministro LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ intervino para hacer una precisión en relación sobre la forma en que se celebran los contratos de APP. Indicó que para conseguir la financiación de un contrato APP se requiere la previa concesión del Estado el cual le provee una información acerca del interés público que representa el proyecto, que tiene una lógica económica y social. Si bien es cierto que esta modalidad de contratación busca que el Estado asuma menos riesgos, lo cierto es que no deja de ser participe de los riesgos en alguna medida. Se trata de un contrato público-privado y no entre solo privados. Sin embargo, el Contralor CARLOS FELIPE CÓRDOBA señaló que el Estado no puede responder por las actuaciones ilícitas de los inversionistas privados, ni asumir las consecuencias de ello. Aunque encarezca la inversión, el riesgo no se le puede cargar al Estado.

Enseguida, el magistrado ALEJANDRO LINARES preguntó al Viceministro de Hacienda, cuál sería la alternativa que tendría el Estado para realizar los pagos al contratista enunciados en el inciso primero del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, una vez que se ha agotado el patrimonio autónomo, si no existieran los cinco años previstos en la norma. ¿Tendría que hacer esos pagos inmediatamente, una vez se termine el contrato y se inicie la liquidación por la declaración de nulidad absoluta?

El Viceministro LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ señaló que el plazo de cinco años tiene sentido en términos financieros; un plazo menor implicaría una contingencia fiscal de grandes proporciones.⁴⁰

Acerca del plazo de cinco años, el magistrado CARLOS BERNAL planteó dos inquietudes: de un lado, el impacto que puede tener para el Estado pagar al contratista una serie de costos y gastos en dicho plazo, cuando se trata de proyectos financiados a 20 y 30 años, por lo que le asombra la calma del Viceministro. Desde el punto de vista del privado, podría crearse un incentivo perverso para cometer delitos, para incurrir en corrupción, pues se puede plantear el negocio a 20 años, pero cometiendo un ilícito, se anula el contrato y en su liquidación se pagaría solo en 5 años los costos, inversiones y gastos de lo ejecutado por el contratista, pese al delito y el concesionario responsable solo tendría que pagar la cláusula penal. Por otra parte, habida cuenta que en los contratos de las APP la plata viene de los ahorradores y de las personas que se van a pensionar en el futuro, ¿Qué pasaría con esos ahorros, de prosperar la presente demanda de inconstitucionalidad y no se devolverían esos dineros a los inversionistas?

Sobre la primera inquietud, el Viceministro indicó que el evaluador financiero de estos proyectos lo debe tener en cuenta al momento de valorar el riesgo.

⁴⁰ Actualmente, el valor de la contingencia por sentencias asciende de 1 a 8 billones, pero siempre se calcula por lo bajo, por lo que es probable que sea mucho mayor y como es frecuente que el Estado no puede cubrirlas en un solo período fiscal, se genera interés moratorio que encarecen esos pagos. Un pago inmediato sería demasiado gravoso.

Como el Estado participa en estos contratos, previamente ha aprobado vigencias futuras a través de Conpes y el Confis atiende esas contingencias. Sobre los fondos, señaló que lo esencial es la seguridad jurídica, para lo cual, los Fondos de Pensiones tienen que hacer reservas de toda inversión. El efecto inmediato de la inconstitucionalidad es que el riesgo de la inversión será mayor, lo que encarecerá ese costo financiero y puede disminuir la participación de los privados en los contratos de infraestructura. Por su parte, el Contralor General señaló que hoy solo se recupera el 0.4% de esos recursos y que el problema es el modelo de control fiscal.

La magistrada DIANA FAJARDO preguntó cómo se pagaban ese tipo de contingencias y si entraban en turno con las demás sentencias que condenan al Estado. El Viceministro indicó que hoy existe una partida de 7 billones para el pago de sentencias y el Director de Defensa Jurídica Nacional de la ANDJE indicó que esos pagos se realizaban con el presupuesto de las entidades.

De otro lado, la presidenta GLORIA STELLA ORTIZ preguntó cómo entienden el valor que se debe pagar al contratista por costos, inversiones y gastos en la liquidación de un contrato por causa de nulidad absoluta. El Viceministro de Hacienda señaló que dependía de la interpretación de si son intereses contractuales pactados o moratorios, pues en estos ya está incluida la actualización y en los primeros varían en cada caso. Para el Contralor General, el problema es que hoy la determinación de lo que beneficia al interés público queda al arbitrio del liquidador. El problema es que la ausencia de certeza en la Ley 1882 de lo que es interés público puede llevar a que el Estado termine por pagar prestaciones del privado que no benefician dicho interés. (vgr. una estación de servicio en una autopista). Afirmó que el único interés de la Contraloría es salvaguardar el patrimonio y el interés público. En concepto de la ANDJE, la Ley 1882 de 2018 es clara al establecer que ese valor es el de las obras ejecutadas, con el cumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 20.

En un tercer grupo⁴¹ participaron los expertos invitados ANDRÉS ESCOBAR ARANGO, exviceministro de Hacienda y exsubdirector del Departamento Nacional de Planeación; el economista JUAN RICARDO ORTEGA LÓPEZ, asesor del Banco Interamericano de Desarrollo, BID y exdirector de la DIAN y

⁴¹ La presidenta GLORIA STELLA ORTIZ saludó a los tres expertos que intervendrán en este módulo y agradeció su participación en esta sesión informal que no constituye una diligencia judicial en la que se tomen testimonios, sino que se trata de que la Corte pueda llenarse de argumentos y elementos de juicio para la decisión a tomar. Habida cuenta que la norma demandada suscita muchos intereses particulares, se decidió hacer una sesión informal, técnica, en la que participaran expertos en la materia sin intereses concretos. Sabiendo las múltiples ocupaciones que tienen, la Corte valora su participación y agradece el poder contar con su experiencia y conocimiento en el tema de este proceso. De igual manera, la magistrada CRISTINA PARDO agradeció la valiosa participación de los tres expertos invitados a esta sesión técnica. Explicó cuál había sido la forma en que se desarrollaron los módulos anteriores, dando la palabra a cada uno de los invitados por un breve espacio, para que expongan lo que a bien consideren, para luego absolver las preguntas que formulen los magistrados. Indicó que la inquietud principal que se planteó en la Sala Plena durante el debate en torno de la ponencia presentada, versó sobre la fórmula establecida en la norma acusada para reconocer como restituciones mutuas cuando media una nulidad absoluta del contrato, incluso por objeto o causa ilícita, el pago de los costos, inversiones y gastos ejecutados por el contratista, sin tener relación alguna con el activo, el valor intrínseco de lo que recibe el Estado, y sin tope alguno. La inquietud es si esa fórmula es un criterio económicamente razonable o si deberían valorarse también aspectos como el valor intrínseco de la obra ejecutada, si el tramo que se entrega es funcional y si es de calidad. En primer lugar, concedió el uso de la palabra al doctor JUAN RICARDO ORTEGA.

el economista CLEMENTE DEL VALLE BORRAEZ, expresidente de la Financiera de Desarrollo Nacional.⁴²

El experto ORTEGA LÓPEZ señaló la importancia de los contratos de tipo *Project finance* para el país, al tiempo que reiteró la necesidad de seguridad jurídica y el equilibrio entre la inversión y las utilidades, sin incentivos perversos. Observó que los términos de la ley pueden generar dudas, pero lo importante es que los que cometan delitos paguen por ellos. Observó que en este esquema de liquidación, aunque no se entrega una obra terminada, el Estado recibe activos importantes, como los terrenos adquiridos y fragmentos de obra útiles. Consideró que lo ejecutado en la etapa precontractual u de legalización con la comisión de conductas ilícitas no debe formar parte de restituciones, puesto que se trata de un contrato ilícito. Advirtió que por tratarse de la participación de muchas partes, debe diseñarse un esquema muy ordenado de responsabilidad. Por último, expresó su preocupación por la responsabilidad que surge de investigaciones de la Contraloría, ya que las consecuencias de la ilicitud no deberían afectar a terceros de buena fe, de modo que las sanciones y penalidades no deberían ser asumidas por los inversionistas, sino que de ser pertinente tendría levantarse el velo corporativo y responder las partes que cometieron los ilícitos.⁴³

En su primera intervención, el economista CLEMENTE DEL VALLE puso de presente que esta discusión gira en torno de un nuevo marco para construir infraestructura en el país, que surgió con la Ley 1508 de 2012. Ese nuevo marco recogió las experiencias y buscó corregir los errores que tenían las concesiones que se iniciaron en los años noventa, creando un sistema de contratación y financiación muy sólido con varias especificidades, que se inició con la construcción de infraestructura 4G. Observó que el nuevo esquema terminó con una serie de incentivos ineficientes, ya que durante veinte años la infraestructura se hacía con escasa inversión, adelantos al contratista, crédito y muy poco capital, de modo que era el Estado el que terminaba financiando las obras. En los nuevos contratos, la infraestructura se construye por unidades funcionales que no se pagan sino cuando son entregadas con estándares de calidad. Los bancos y los fondos le creyeron a ese nuevo esquema. Hoy, entre el 75 y el 80% de la financiación de la infraestructura se hace por parte de los bancos y el

⁴² Los expertos JUAN RICARDO ORTEGA y CLEMENTE DEL VALLE intervinieron en esta sesión técnica por medio de videoconferencia, toda vez que se encontraban fuera del país. El economista ANDRÉS ESCOBAR estuvo presente en el recinto de la Sala Plena.

⁴³ Colombia por su incapacidad de cobrar impuestos y su nivel de endeudamiento elevado no va a poder financiar proyectos de infraestructura, si no utiliza un esquema de contratación *project finance*. En este esquema, el sector financiero que invierte en estos proyectos debe tener la certeza de que se cumplan las obligaciones de las partes, exista un equilibrio entre la inversión y las utilidades, sin incentivos perversos. Si bien es cierto que hasta ahora los términos de la ley pueden generar dudas, lo importante es que los que cometan delitos paguen por ellos. Es cierto que hay una línea delgada entre lo que se debe reconocer y lo que no. Observó que en este esquema de liquidación, aunque no se entrega una obra terminada, el Estado recibe activos importantes, como los terrenos adquiridos y fragmentos de obra útiles. Consideró que lo ejecutado en la etapa precontractual u de legalización con la comisión de conductas ilícitas no debe formar parte de restituciones, puesto que se trata de un contrato ilícito. Advirtió que por tratarse de la participación de muchas partes, debe diseñarse un esquema muy ordenado de responsabilidad. Por último, expresó su preocupación por la responsabilidad que surge de investigaciones de la Contraloría, ya que las consecuencias de la ilicitud no deberían afectar a terceros de buena fe, de modo que las sanciones y penalidades no deberían ser asumidas por los inversionistas, sino que de ser pertinente tendría levantarse el velo corporativo y responder las partes que cometieron los ilícitos.

mercado de capitales y a cargo de los terceros que invierten, del 15, 20 y 25%, contra el activo que es la construcción o concesión. Sin embargo, el esquema de la Ley 1508 de 2012 tenía un vacío que se trata de cubrir con el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, pues no existía un mecanismo transparente y creíble de liquidación del contrato de esta dimensión, cuando se produce la nulidad como consecuencia de actos de corrupción. Señaló que la gran preocupación está en la incertidumbre que existiría para los terceros de buena fe de caerse este artículo, acerca de la forma como se liquidaría el contrato en los casos en que se declara su nulidad. Si bien es cierto que el Estado debe responder por el pago de las obras ejecutadas, los inversionistas también tienen que garantizar la entrega de unidades funcionales que cumplan con los estándares de calidad. Los bancos también tienen el rol de velar por la calidad de la infraestructura. El nuevo marco ha permitido que hoy la inversión alcance la suma de 22 billones de pesos -se incrementó tres a cuatro veces lo que se invertía antes-. Consideró que es esencial que la norma que establece como se liquida el contrato se mantenga, sin perjuicio de que los corruptos sean castigados, pero si existe un activo que beneficia al Estado, se debe pagar el costo e inversión de lo ya ejecutado.

A continuación, intervino el economista ANDRES ESCOBAR. En la primera parte, hizo unas consideraciones generales sobre la infraestructura en nuestro país. Afirmó que Colombia tiene unas necesidades grandes de infraestructura y que en el ranking internacional de competitividad se raja por este aspecto. En 2010 ocupó el lugar 69 entre 139 países del ranking. Hoy está en el puesto 60. Específicamente, en calidad de vías ha estado en los puestos 108 de 139 países y hoy está en el puesto 102 de 134, con una leve mejoría. Colombia ha buscado nuevas formas de financiación. Resaltó que en el nuevo esquema de contratación de APP, no existe un anticipo, por lo que el contratista debe tener la capacidad de financiar la construcción con recursos propios y de crédito y el Estado entra a aportar recursos cuando ya comienza a operar la infraestructura. La modalidad que se emplea es la de *project finance* que requieren un apalancamiento y endeudamiento mayor, incluso con dineros del exterior y en apoyo de la banca de desarrollo, pues la capacidad financiera local es insuficiente. Observó que la decisión del Gobierno de no pagar hasta tanto se haya ejecutado la obra de infraestructura en las unidades funcionales pactadas, determina que hay que garantizar al particular que los peajes, el mantenimiento y esos pagos cubran los costos, la inversión y los gastos en que tuvo que incurrir antes de que llegaran los recursos públicos.

En la segunda parte, el experto se refirió a la importancia que tiene el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 para la contratación de las APP. Indicó que mientras el contrato esté vigente no hay problema, pues su desarrollo se lleva a cabo de acuerdo con lo pactado. Los problemas surgen cuando se anula el contrato, en relación con cuál es el libreto a seguir en cuanto a las partes y a quienes intervienen en el contrato. Indicó que esta preocupación surge desde el momento en que estudia la posibilidad de invertir en la obra. Se trata de prever como debe realizarse la liquidación y qué debe asumir cada una de las partes y en particular, el tercero de buena fe. Esto permite que haya claridad sobre lo que ocurre en esta contingencia, de declararse la nulidad absoluta del contrato. Esto

determinará si decide intervenir o no en el contrato y de hacerlo, qué ocurrirá en caso de que se anule el contrato. De no existir estas previsiones, lo más seguro es que el Estado tendrá que ser quien invierta solo en los contratos de infraestructura en unas condiciones muy gravosas. Incluso, la negociación de inversiones de infraestructura en curso puede afectarse con la desaparición de un libretto que le dé claridad a los inversionistas sobre lo que ocurrirá en caso de nulidad absoluta del contrato.

Enseguida, se abrió espacio a las preguntas de los magistrados.

En primer lugar, la magistrada DIANA FAJARDO, preguntó si lo relevante para dar confianza a los inversionistas era la existencia de la fórmula que establece este artículo, o si en realidad es suficiente con que exista una fórmula que le dé claridad y seguridad al inversionista.

Al respecto, el doctor JUAN RICARDO ORTEGA señaló que es fundamental que exista un libretto que le permita a los inversionistas evaluar los riesgos y prever que les puede suceder en caso de llegar a declararse la nulidad del contrato. En su concepto, el texto del artículo 20 no garantiza ese equilibrio, sino que establece un desequilibrio en contra del Estado, como tampoco garantiza que se acabe con la impunidad que tanto daño le está haciendo al país.⁴⁴

El doctor CLEMENTE DEL VALLE reiteró que había que tenerse en cuenta que la Ley 1508 de 2012 cambió la forma y la rigurosidad como se financian los contratos de infraestructura. Hoy, con el modelo *project finance* los bancos tienen una responsabilidad mayor que se evalúa previamente por espacio de un año, año y medio antes de decidir participar en la financiación de un proyecto. De encontrarse que una de las partes que intervendrán en el contrato no genera confianza, o tienen una mala referencia, muchos bancos prefieren no financiar este tipo de proyectos. Afirmó que eso es lo máximo que pueden hacer los bancos. A su juicio, cuando se presentan situaciones de corrupción, el financiador no debe asumir estas contingencias, puesto que no las puede detectar con anticipación. El financiador contrata ingenieros independientes que se dedican a hacer seguimiento de la ejecución del proyecto y no se desembolsan recursos por obras que no cumplan las condiciones óptimas. En el modelo actual lo único que tienen los bancos, es el artículo 20 que le da claridad a la forma en que se liquidará el contrato.⁴⁵

⁴⁴ Así mismo, consideró que es necesario que se garantice que el activo resarcirá el riesgo financiero, a la vez que el riesgo financiero debe tener coherencia con la evaluación del proyecto en su totalidad. Indicó que, según el modelo financiero, debían calcularse todos los costos año por año y las unidades de obra a ejecutar hito por hito. En su concepto, aunque la contingencia de actos de corrupción no puede convertirse en un riesgo financiero porque no habría inversión de los bancos y se incrementaría enormemente el costo de los proyectos de infraestructura, pero sí una responsabilidad. Los bancos deben tener un papel más activo y existente, ya que tienen la capacidad para evaluar las condiciones del modelo financiero a utilizar para invertir en este tipo de proyectos. Señaló que en los contratos de obra existe un ítem que se denomina costo dotado de la máxima transparencia sobre la idoneidad y de las partes y terceros que intervienen. Así, el equilibrio entre los costos y el grado de responsabilidad de los participantes se garantiza con la existencia de un libretto preestablecido.

⁴⁵ Observó que eso no fue lo que ocurrió en la concesión de Ruta del Sol, pues los bancos desembolsaron todos los recursos sin que la construcción del proyecto hubiera llegado ni siquiera al 50% de ejecución. El modelo actual regido por la Ley 1508 de 2012 y complementado por la Ley 1882 de 2018 es un marco jurídico diferente en el que los bancos son responsables al asumir los costos de un proyecto, responden por la construcción y

El doctor ANDRÉS ESCOBAR dividió su respuesta en tres partes. En primer término, consideró que si se van a reconocer unos costos y gastos por concepto de lo ejecutado, teniendo en cuenta la satisfacción del interés general, la actualización con el IPC al momento resulta razonable. En segundo lugar, estimó razonable por motivos de restricción fiscal, que cuando los remanentes del patrimonio autónomo no sean suficientes, el Estado tenga un plazo de cinco años para pagar los costos, inversiones y gastos de las prestaciones ejecutadas por el contratista y se reconozca a favor de los terceros de buena fe un interés. En tercer lugar, observó que para algunas los causantes de la nulidad absoluta del contrato no deberían tener ningún reconocimiento y pago. Para otros, esto es posible, si pagan una cláusula penal del 5% del valor del contrato, que es un valor importante. Sin embargo, expresó su inquietud acerca de que el artículo 20 permita que las partes puedan convenir una cláusula penal inferior al 5% del valor del contrato. Si bien esta cláusula es suficientemente onerosa, observó que una forma de perseguir la corrupción puede ser la de no reconocer ningún pago al responsable de la conducta que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato por objeto u objeto ilícito, pero sostuvo que esto no debe afectar al tercero de buena fe.

La magistrada DIANA FAJARDO planteó su inquietud acerca de los costos que genera esta disposición, en particular respecto de la hipótesis de la decisión judicial, que se hace con cargo al rubro de sentencias y conciliaciones sobre lo que existe un retraso enorme que está generando intereses moratorios al Estado. Al respecto, el economista ANDRÉS ESCOBAR señaló que existe un fondo de contingencias que se nutre de diferentes aportes atados a esos proyectos, con lo cual es posible que se puedan hacer esos pagos sin dilaciones. Para ello, se crea un fondo único en el que concurran todos esos aportes⁴⁶.

A continuación, la presidenta de la Corte GLORIA ORTIZ preguntó a los tres expertos, en términos de riesgos para la operación, en términos de confianza y afectación de la privacidad de las empresas, qué impacto tendría la posibilidad de levantar el velo cuando hay investigaciones acerca de la firma de los contratos. Los tres expertos coincidieron en la virtud de esa medida cuando esté probada la ilicitud, por cuanto facilitaría tener fuentes adicionales para pagar, también permitiría aclarar quién es tercero de buena fe y quien no lo es, lo cual es fundamental para aplicar de manera transparente el artículo 20.

Enseguida, el magistrado ALEJANDRO LINARES preguntó sobre el párrafo 2º del artículo, y si con él puede darse por cubierta la hipótesis de la actuación de mala fe. El doctor JUAN RICARDO ORTEGA indicó que el párrafo 1º es el manual de lo que debe hacerse al liquidar un contrato que es declarado nulo

operación de un proyecto, pero no pueden serlo de las consecuencias de actos de corrupción que no puede prever. De tener que responder por algo que se desconoce al momento de estructurar la inversión, que no puede prever, no gestionar, los inversionistas preferirán salirse de esas concesiones.

⁴⁶ Sostuvo además que, el Estado puede solicitar al Departamento Nacional de Planeación que autorice la emisión de TES, mecanismo que permitiría financiar esos costos de una manera más rápida y menos onerosa. En definitiva, hay diversas fórmulas, que se dificultan en épocas de afugias económicas, pero la alternativa de que el Estado tenga que hacer un solo pago, dada su magnitud, puede comprometer el marco fiscal y simplemente sería imposible de hacer.

e inserta conceptos que en realidad no deberían reconocerse.⁴⁷ Para el doctor CLEMENTE DEL VALLE el primer párrafo es una garantía para los inversionistas, al tener reglas claras acerca de la forma en que se realizará la liquidación del contrato. En concepto del doctor ANDRÉS ESCOBAR, el párrafo 1º regula la forma en que se liquida el contrato en caso de declararse su nulidad absoluta por cualquier causa, no solo por actos de corrupción. En cuanto al párrafo 2º, se refiere a hipótesis en la que hubo conductas dolosas o actos de corrupción para las cuales prevé penalidades a cargo del responsable y del tercero que actuó de mala fe. En su criterio, la demanda interpuesta por el entonces Contralor General falló al no demandar la integralidad de los dos párrafos, pues el párrafo 1º no se exime al corrupto y si tienen lugar conductas dolosas, aplica el párrafo 2º.

La magistrada CRISTINA PARDO preguntó (i) si esa fórmula que establece el párrafo 1º según la cual, deben reconocerse todos los costos, inversiones y gastos, tiene un tope, de manera que no se pague más de aquello que se recibe; y (ii) si en el caso de que la cláusula penal que se pacte sea inferior al 5% del valor del contrato, la penalidad puede ser que no se devuelva el responsable lo que los expertos llaman el *equity*.

El economista JUAN RICARDO ORTEGA indicó que había enviado a la Corte documentos que explican cómo se evalúan los riesgos de los modelos *project finance* y cómo deben valorarse los proyectos inconclusos. El doctor CLEMENTE DEL VALLE señaló que el tope de lo que se debe pagar en caso de terminación anticipada depende de que se cumpla el modelo de ejecución del contrato, cuyos detalles están especificados en el mismo. Indicó que el tope de tales pagos está previsto en el párrafo 1º del artículo 20, en cuanto deben corresponder máximo a precios o condiciones del mercado al momento de causación, según la modalidad contractual. Así mismo, el concesionario no puede 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, actualizado por IPC.⁴⁸

Son siempre grandes contratos. De igual manera, el economista ANDRÉS ESCOBAR indicó que el tope son los precios del mercado de la obra ejecutada que se entrega. Si la valoración de la obra está de conformidad con dichos precios y comprobado el beneficio que trae para el interés público, es razonable que se paguen esos valores al contratista.

⁴⁷ En primer lugar, reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, que incluye los intereses. De este valor, debe descontarse la remuneración y pagos recibidos por el contratista derivados del cumplimiento del objeto contractual. Explicó que los criterios previstos en la norma para hacer esos reconocimientos permiten separar los conceptos de los pagos que deben reconocerse, los cuales permiten hacer comparables factores distintos que se suman, de modo que, por ejemplo, en el caso de los intereses no se genere anatocismo. Aunque hay cosas de las que se deben pagar que son comparables, hay otras que no son razonables.

⁴⁸ De otra parte, observó que la cláusula penal es muy onerosa por los valores tan grandes de estos contratos y es una suma que se descuenta de los pagos a favor del concesionario responsable que dio lugar a la causal de nulidad o de los integrantes del concesionario responsables de esa conducta, una vez se haya pagado a los terceros de buena fe. De no alcanzar, la entidad hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables. Depende de que se cumpla el modelo de ejecución. Los detalles más especificados en los contratos. El tope está en el mismo párrafo 1º. El tope está en el inciso segundo del numeral 4 del párrafo 1º. 5% es un valor muy grande, muy oneroso para la cláusula penal.

Sobre la cláusula sancionatoria del 5% el doctor ESCOBAR ARANGO señaló que en caso de una conducta dolosa, la cláusula penal del 5% es suficientemente onerosa para el concesionario responsable, pero no es justificable que la norma permita pactar una cláusula de un valor inferior que puede llegar a ser un porcentaje irrisorio, cuando el *equity* es mayor, por lo que debería pensarse en encontrar una fórmula que establezca un castigo proporcional a la conducta dolosa que condujo a la terminación anticipada del contrato.

La magistrada CRISTINA PARDO observó que este es un punto que tiene importancia jurídica, puesto que el Consejo de Estado ha determinado que no hay lugar a restituciones cuando un contrato termina por conductas dolosas. La norma por lo tanto, es más favorable pues el *equity* es mayor que la penalidad, y al responsable de la conducta que dio lugar a la nulidad absoluta por causa u objeto ilícito recibe se le restituyen valores superiores.

El magistrado ALEJANDRO LINARES formuló dos preguntas más. La primera, concerniente a la devolución prevista en el parágrafo 1 del artículo 20, de las penalidades pactadas con el sistema financiero o el mercado de valores. Preguntó si ese riesgo debe estar a cargo del Estado y si conocen la historia de esa excepción. En concepto del doctor JUAN RICARDO ORTEGA esa devolución es desproporcionada, puesto que no es parte de los riesgos pactados. Observó que son distintas las deudas con bancos o con bonos. A su juicio, no puede ser una carga de la nación y constituye un despropósito incluir esto en las devoluciones al contratista.

El doctor ANDRÉS ESCOBAR señaló que suscribía en su mayoría la postura del doctor CLEMENTE DEL VALLE en la cual manifestó que lo importante en la materia es tener reglas claras al respecto. Llamó la atención acerca de que en los contratos de crédito bancario las condiciones en esta materia son más estandarizadas. En el caso de los contratos derivados esto es más difuso y se presta a que las partes realicen negociaciones acerca de quién debe pagar, al margen de la competencia, por lo que es posible que quien aportó el *equity* termine recibiendo esos recursos.

Finalmente, el magistrado LINARES CANTILLO le preguntó al doctor ORTEGA LÓPEZ acerca de la validez de actualizar los intereses. Al respecto, el experto explicó que la razón de ello es para que no haya desequilibrio, por cuanto los pagos realizados sobre intereses, en realidad son costos ejecutados que deben actualizarse. El doctor DEL VALLE indicó que había que diferenciar entre intereses pagados y los no pagados, que se siguen cancelando durante la liquidación. Los ya pagados deben ser ajustados, pero lo que aún no se han pagado deben someterse al interés estipulado. Por su parte, el doctor ANDRES ESCOBAR precisó que cuando se paga una tasa de interés nominal, el componente inflacionario repone el poder adquisitivo del principal. Después queda el interés puro y duro que si se pagó años atrás amerita traerlo a pesos de hoy.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada.

1.1. *Aptitud sustancial de la demanda*

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el ciudadano Oscar David Gómez Pineda solicitaron en sus intervenciones que la Corte Constitucional se declarara inhibida para conocer de la demanda, por ineptitud de la misma, al no cumplirse los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

Cuestionaron el cumplimiento de los requisitos de: (i) certeza, puesto que el cargo fue construido con base en una lectura incompleta de la norma, al limitarse al primer inciso del párrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, y porque no era identificable un cargo dirigido a cuestionar el contenido legal verificable o real de la norma acusada; (ii) claridad, pues no se expusieron apropiadamente los motivos por los cuales el demandante consideró que las disposiciones eran presuntamente inconstitucionales, no se identificó adecuadamente el contenido normativo demandado pues se acusó de inconstitucional el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 sin tenerse en cuenta que éste modifica realmente el contenido del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, y faltó una explicación que permitiera entender cómo el demandante llegó a la conclusión de que la norma acusada presuntamente permite que se genere un enriquecimiento ilícito; (iii) especificidad, al no haberse formulado un cargo concreto de orden constitucional; (iv) pertinencia, habida cuenta que los motivos de inconformidad no se fundamentan en razones constitucionales sino legales y de conveniencia; y (v) suficiencia, por no brindar los elementos de juicio necesarios para el estudio de constitucionalidad.

Como bien lo ha reiterado esta Corporación, la admisión de una demanda de constitucionalidad requiere del lleno de un conjunto de exigencias legales y jurisprudenciales, sin que ello constituya una restricción al ciudadano de su derecho a *“participar en la defensa de la supremacía de la Constitución, sino que por el contrario, hace eficaz el diálogo entre el ciudadano, las autoridades estatales comprometidas en la expedición o aplicación de las normas demandadas y el juez competente para juzgarlas a la luz del Ordenamiento Superior. El objetivo de tales exigencias en la argumentación, no es otro que garantizar la autorrestricción judicial y un debate constitucional en el que el demandante y no el juez sea quien defina el ámbito del control constitucional”*⁴⁹.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-914 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), reiterado en la sentencia C-752 de 2015 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Por otra parte, la jurisprudencia de este tribunal también ha precisado que en aplicación del principio *pro actione*, y en consideración de que la acción de inconstitucionalidad se presenta en el ejercicio ciudadano de un derecho político, le corresponde a la Corte indagar en qué consiste la pretensión del accionante para así evitar en lo posible un fallo inhibitorio. Al respecto, en la sentencia C-1052 de 2001 esta Corte sostuvo:

“la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio *pro actione* de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo”.⁵⁰

En el asunto bajo examen, esta Corte examinó previamente la demanda y consideró, en el Auto del 18 de septiembre de 2018, que la misma cumplía con todos los requisitos normativos y jurisprudenciales exigidos para su admisión.

En efecto la Corte encuentra que la demanda cumple con los requisitos formales y sustanciales exigidos para su admisibilidad, en particular, por las siguientes razones:

1.1.1. La demanda recae sobre una norma cierta, cuyo control de constitucionalidad está bajo la competencia material de la Corte Constitucional.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 241, incisos 1, 4 y 10 establece la competencia exclusiva de la Corte Constitucional para realizar el control judicial de constitucionalidad de los actos legislativos, leyes y tratados internacionales.

En el presente asunto, la norma demandada está contenida en el párrafo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 por la cual se modifica el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012. Se trata de una proposición jurídica real y existente, y no de una norma deducida por una interpretación subjetiva del actor, con lo cual se llena el requisito de certeza exigido para la admisibilidad de la demanda.

1.1.2. La demanda cumple con el requisito de claridad

En efecto su argumentación es unívoca y mantiene un hilo lógico argumentativo. Se dirige a debatir la exequibilidad de las expresiones de la disposición señalada respecto del reconocimiento del valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista cuando se

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

hubiere declarado la nulidad absoluta del contrato, incluyendo los intereses, remuneraciones y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Ello por cuanto considera que el legislador no puede establecer el reconocimiento de una remuneración de los gastos a quien haya actuado de forma ilícita en detrimento del patrimonio público o incurriendo en corrupción, pues ello atentaría contra los pilares que rodean la concepción constitucional de la licitud como elemento esencial para la consolidación de un derecho patrimonial, así como la moral social y la protección del patrimonio público.

1.1.3. Los cargos presentados son específicos y pertinentes

Los argumentos presentados por el accionante tienen relación con (i) que la norma en cuestión ordena al Estado reconocer los costos de las obras adelantadas en un contrato de APP que ha sido declarado con nulidad absoluta, sin importar si la causal fue el objeto o causa ilícita, y con una serie de prerrogativas para el contratista, lo cual sería contrario a la Carta Política, concretamente a los principios de prevalencia del interés general y la licitud como condición para la propiedad, en aquellos casos de contratos anulados por la comisión de delitos, por cuanto los recursos públicos no pueden ser usados para sufragar los costos, inversiones y gastos derivados de un acto delictivo, ni se puede reconocer la consolidación del derecho a la propiedad cuando ella nace en hechos ilícitos.

Como fundamento de los cargos presenta la interpretación jurisprudencial que esta Corte ha realizado sobre los artículos 34 y 58 superiores en las sentencias C-389 de 1994, C-1007 de 2002 y C-740 de 2003, lo que lo lleva a concluir que si bien el legislador tiene libertad de configuración normativa en materia de contratación estatal, la misma está limitada por la defensa de los recursos públicos frente al reconocimiento de emolumentos patrimoniales que fueron causados con base en la licitud, por lo que la norma debería ser declarada inexecutable, al menos de forma modulada.

1.1.4. La argumentación es suficiente

En suma, la demanda cumple con los requisitos exigidos por la normatividad y la jurisprudencia de esta Corporación para su admisibilidad. La demanda recae sobre una norma cierta, cuyo control de constitucionalidad es competencia de esta Corporación; presenta una argumentación clara, específica, y pertinente, la cual resulta suficiente para despertar en la Corte una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada; por ello se procederá al examen de constitucionalidad de la norma impugnada.

Esta Corte considera que, del escrito presentado por el demandante es posible concluir que los argumentos presentados en la demanda son suficientes para crear una duda sobre la constitucionalidad de la norma y que existen suficientes elementos de juicio para entrar a estudiar de fondo el asunto *sub examine*.

2. PROBLEMA JURÍDICO Y ESQUEMA DE LA SENTENCIA

2.1. Cuestiones planteadas por el demandante y los intervinientes

La demanda presentada contra el párrafo 1 (parcial), 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”* se sustenta en tres cargos, a saber: (i) por vulnerar la prevalencia del interés general y el respeto al ordenamiento jurídico, al reconocer derechos de contenido patrimonial de un contrato que contraviene el interés público; (ii) por transgredir el principio de legalidad, los fines propios del Estado Social de Derecho y la licitud que caracteriza el derecho a la propiedad privada, al existir la posibilidad de que a los contratistas se les puedan hacer reconocimientos adicionales respecto a lo que han ejecutado, puesto que ello sería premiar una conducta contraria a la ley con posteriores pagos y cancelaciones; (iii) y por perjudicar el tesoro público, la moral social, los límites de la propiedad y el derecho de dominio, consagrados en los artículos 34 y 58 de la Constitución Política, al no hacer expresa exclusión de situaciones de ilicitud originadas mediante enriquecimiento ilícito.

En las intervenciones presentadas sobre este asunto, con excepción de aquella del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la del ciudadano Oscar David Gómez Pineda, en la que piden a esta Corte declararse inhibida para conocer los cargos de la demanda, los demás escritos solicitan a la Corte asumir de fondo el conocimiento de los cargos. Los escritos se pueden agrupar en cuatro posturas diferentes, a saber:

A. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Consejo Gremial Nacional, la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia – Asobancaria, la Cámara Colombiana de la Infraestructura – CCI y el ciudadano Oscar David Gómez Pineda consideran que la norma demandada debería ser declarada exequible por varias razones, entre ellas que no se transgreden las disposiciones establecidas en la Constitución Política y que su declaratoria de inexecutable podría implicar una afectación en los recursos públicos por el encarecimiento de proyectos de infraestructura, generando a su vez un desestímulo a la financiación de los mismos, y podría producirse un enriquecimiento sin justa causa por parte del Estado.

B. La Universidad de Nariño, la Universidad de Caldas, la Universidad Sergio Arboleda y la ciudadana Alessa Isabel Abello Galvis manifestaron que se debería declarar la exequibilidad condicionada de la norma, bajo el entendido de que aquella excluye los contratos declarados nulos por objeto o causa ilícita con pleno conocimiento de la ilicitud. En el mismo sentido, señalaron que debe condicionarse en el entendido de que los recursos objeto de liquidación deben destinarse a pagarle a los terceros de buena fe que estén relacionados con el respectivo proyecto. En su opinión, los contratistas no deberían tener derecho a lucrarse del proyecto y, por ello, debería limitarse el acceso a recursos para atender los pagos frente a terceros.

C. El Ministerio de Transporte, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Pontificia Universidad Javeriana solicitaron la declaratoria de exequibilidad parcial del artículo demandado, por considerar inconstitucional ciertos apartes, tales como:

(i) La frase que indica que *“lo dispuesto en el presente párrafo 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”*, toda vez que vulnera el principio de irretroactividad de la ley, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

(ii) El primer párrafo y el numeral 2 del párrafo primero del artículo demandado, habida cuenta que reconoce intereses moratorios e indexación al mismo tiempo, vulnerándose así el artículo 334 de la Constitución y generándose un detrimento patrimonial al Estado, pues ello implica un doble pago por un mismo concepto y el reconocimiento de productividad rentística a la cual no puede haber lugar, porque el contrato no tiene continuidad ni desarrollo en su ejecución por su ilicitud.

(iii) Se solicitó que se extendiera la declaratoria de inexecuibilidad a la expresión *“o en forma unilateral”* del primer párrafo del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, subrogado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en ejercicio del poder de integración de la proposición jurídica completa.

D. La Universidad de Caldas y los ciudadanos Jorge Hernán Beltrán Pardo, Jorge Enrique Robledo, Leonidas Gómez, José Roberto Acosta y Jorge Gómez aseveraron que debería declararse inexecutable la norma acusada, apoyando los argumentos presentados por el demandante. Por su parte, el Procurador General de la Nación también solicitó la declaratoria de inexecuibilidad y señaló la importancia de que la Corte Constitucional fije los efectos temporales de la sentencia, para evitar situaciones irregulares e ilegítimas acaecidas por la aplicación de un precepto inconstitucional que luego es declarado inexecutable⁵¹.

2.2. Integración normativa y fijación de las normas objeto de control constitucional.

La Procuraduría General de la Nación formuló una solicitud para que, en el examen de constitucionalidad, la Corte proceda a la integración normativa de todo el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, tal como fue modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

Al respecto, la Corte Constitucional está habilitada para adelantar la integración normativa por el inciso 3º del artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, que establece: *“La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas*

⁵¹ En el escrito de intervención, la Pontificia Universidad Javeriana solicitó a la Corte Constitucional darle efectos ex-tunc a la providencia que fuera a emitirse, toda vez que una actividad ilícita no puede generar derechos ni siquiera de manera transitoriamente.

demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.” Por supuesto, dado que el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico no tiene carácter oficioso, la integración normativa en el examen de una acción pública de inconstitucionalidad es una facultad excepcional y sus límites han sido marcados por la propia jurisprudencia.

Así, a través de la institución procesal de la integración de unidad normativa, la Corte puede realizar el examen de constitucionalidad de disposiciones jurídicas que no fueron demandadas en casos excepcionales y bajo el estricto apego a los criterios desarrollados en la jurisprudencia constitucional. En la reciente sentencia C-010 de 2018, la Corporación recapituló las reglas jurisprudenciales en la materia y recordó además que la figura solo procede excepcionalmente, bajo estrictos criterios hermenéuticos y que las causales que habilitan su uso deben ser interpretadas de forma restrictiva,⁵² puesto que no corresponde a la Corte realizar un control oficioso de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico del país. En dicha providencia, la Corte reiteró las reglas jurisprudenciales establecidas por la sentencia C-539 de 1999⁵³ sobre la procedencia de la integración de unidad normativa, según las cuales, esta facultad opera únicamente cuando:

- “i) La demanda versa sobre una disposición jurídica que de manera independiente no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de tal forma que su interpretación y aplicación depende de integrar su contenido con el de otra disposición que no fue objeto de censura constitucional. De no realizarse la integración de normas, se podría incurrir en un fallo inhibitorio;
- ii) La disposición normativa objeto de control constitucional está reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas; y,
- iii) No se verifica ninguna de las causales anteriores, sin embargo, la norma demandada se encuentra “(...) intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad”. En ese sentido, la procedencia de esta causal está condicionada a la verificación de dos requisitos adicionales, distintos y concurrentes: “(1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). Al respecto recordó la Corte: “Esta Corporación en sentencia C-539 de 1999, expresó que excepcionalmente puede conocer la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiese presentado demanda. En estos eventos procede la integración de la unidad normativa. \\\\ Ahora bien, en relación con el carácter excepcional y la interpretación restringida de estas causales, la Corte en sentencia C-595 de 2010, manifestó que la integración de la unidad normativa está restringida a las estrictas situaciones que la jurisprudencia de la Corporación ha decantado y constituye un recurso procesal para impedir un fallo inhibitorio. \\\\ En sentencia C-814 de 2014, esta Corporación expresó que la excepcionalidad de la integración de unidad normativa se debe a que: i) implica un control oficioso del ordenamiento jurídico; y, ii) restringe el carácter participativo de las acciones de inconstitucionalidad, pues los intervinientes en el proceso no tienen la oportunidad de pronunciarse sobre los preceptos que conforman la unidad y no fueron demandados inicialmente.”

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-539 de 1999 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que “es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”.⁵⁴”

En el presente asunto, el Ministerio Público solicitó la integración de la unidad normativa del párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2015 (adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018), manifestando para ello que, aunque las expresiones acusadas son comprensibles por sí solas, no se pueden estudiar independientemente sin remitir al conjunto del párrafo del cual hacen parte. Señaló además que:

“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 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.”

En efecto, el demandante acusa por inconstitucionalidad el párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, y dirige sus cargos puntualmente contra el primer inciso, la parte final del numeral 4, el literal (ii) y el último inciso de la disposición.

Al respecto, es claro que el primer y último inciso tienen un contenido deóntico unívoco, en cambio las partes demandadas del numeral 4 y del literal (ii) requieren para su interpretación y aplicación de la lectura a la luz del contenido integral del inciso en que se insertan.⁵⁵ Los incisos que no fueron señalados por

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Para mejor comprensión, se transcribe a continuación la norma con el subrayado de las expresiones impugnadas por el demandante:

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 establece la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

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

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

1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer e interés público.
2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.

el demandante, guardan una relación necesaria con la parte inicial del párrafo acusado, pues regulan características y requisitos que resultan de la aplicación del primer inciso, de tal forma que de declararse su inexecutable, el resto del párrafo perdería sentido. Por otra parte, los argumentos del demandante y de algunos de los intervinientes respecto a la aplicación del principio de buena fe y la prevalencia del interés general, exigen de un análisis del párrafo como un todo, a riesgo de que si no se examina la constitucionalidad de las expresiones que no fueron señaladas, las mismas podrían generar una antinomia normativa por las dudas que originan frente a la interpretación y aplicación del párrafo impugnado.

Por otra parte, y más allá de lo solicitado por el jefe del Ministerio Público, la Corte Constitucional encuentra que el Parágrafo 2° del mismo artículo, en particular en sus incisos 2, 3 y 4, tiene una relación inescindible y necesaria con el Parágrafo 1° demandado. Al respecto, la citada norma establece:

“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

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 proyectó.

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.

hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables.

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

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

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

Como se puede ver, el segundo inciso expresamente hace referencia al Parágrafo 1° en lo que se refiere a la fórmula que reconoce prestaciones en caso de nulidad absoluta del contrato al “*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*”. Esta conexión con el párrafo 1° es replicada en los dos incisos siguientes que justamente se encargan de regular la fórmula por la cual se descuenta la sanción dispuesta de los “*remanente de la liquidación*” a que haría referencia el primer párrafo del mismo artículo.

Esta conexidad guarda especial importancia, porque implica que no solamente hay una relación necesaria entre el párrafo 1° y los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2° del mismo artículo, sino que dicha relación versa justamente sobre uno de los aspectos por los que el primero fue demandado, esto es, por cuanto dispone una fórmula general que no excluye del reconocimiento de restituciones a quien actuó dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que da lugar a la nulidad absoluta del contrato.

En caso de que la Corte Constitucional encuentre que los argumentos del demandante resultan procedentes y que se hiciera necesario declarar la inexecutable o la exequibilidad condicionada del párrafo 1° excluyendo sus efectos respecto de quien haya actuado con mala fe, los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2° contendrían una norma contraria a lo dispuesto, generando una antinomia que es necesario evitar.

Por ende, y pese a que se trata de una competencia restringida y excepcional, considera esta Corte que, dadas las características de la norma a examinar, para llevar a cabo el examen de constitucionalidad resulta indispensable integrar la proposición jurídica completa del párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, así como los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2° del mismo artículo.

2.3. Problema jurídico

Vista la demanda, los escritos de intervención, el concepto enviado por el jefe del Ministerio Público y los elementos recaudados en la audiencia técnica, corresponde a la Corte Constitucional establecer si el Legislador desconoció el marco jurídico que garantiza el Estado social del derecho y la prevalencia del interés general (art. 1, CP), el principio de la buena fe (art. 83, CP), el respeto por la licitud como fundamento del derecho de propiedad (arts. 34 y 58 C.P.), el acatamiento de los principios de la función pública, como los de la moralidad, el servicio de los intereses generales (art. 209, CP) y el bienestar general (art. 366 CP), al haber promulgado la disposición *sub examine* la cual determina que, en caso de declararse la nulidad absoluta de un contrato de APP por cualquier causa incluidos el objeto o causa ilícita: (i) el contratista, con independencia de la buena o mala fe con que actuó, tendrá derecho a que se le reconozca el valor actualizado de los costos, inversiones y gastos ejecutados para la realización del objeto contractual, en un término no mayor a 5 años; (ii) que el Estado deberá responder por las sanciones financieras aplicadas al contratista por el pago anticipado de los créditos; y que (iii) dicha norma aplica a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012, dándosele efectos retroactivos a la misma; y (iv) establece que la sanción pecuniaria por la actuación dolosa que genera la causa u objeto ilícito causal de la nulidad, será descontada de los remanentes de las restituciones que se deberán reconocer al contratista pese a haber actuado de tal forma.

2.4. Esquema de la decisión

Para resolver el problema jurídico, la Corte Constitucional examinará en su sentencia los siguientes asuntos: (i) la prevalencia del interés general como límite del margen de configuración del legislador en materia de contratación estatal; (ii) los efectos de la nulidad del contrato en Colombia a la luz del principio de buena fe; (iii) el principio constitucional de la buena fe como pilar de las relaciones contractuales públicas y privadas; (iv) los efectos de la nulidad del contrato en el derecho administrativo colombiano; (v) la irretroactividad de la ley como regla general. En seguida la Corte se adentrará en el (vi) análisis de constitucionalidad del párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012,

adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, y luego de recapitular algunos antecedentes legislativos de la disposición acusada que resultan relevantes para su examen, se pronunciará sobre la exequibilidad de las distintas expresiones impugnadas.

3. LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL COMO LÍMITE DEL MARGEN DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

Dada la importancia del contrato administrativo para el desarrollo de la actividad estatal y su vinculación con el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, la facultad de su regulación está limitada por los mandatos de la Constitución, como corresponde necesariamente bajo el principio de supremacía de la norma fundamental. De esta forma *“cuando las reglas establecidas por el Congreso de la República no se ajustan a los contenidos constitucionales y a la finalidad de los mismos, debe el Tribunal Constitucional ejercer la guarda de la Carta tal como se lo manda el artículo 241 de la misma Norma de Normas.”*⁵⁶

Por lo tanto, el legislador no puede regular el contrato estatal sin tener en cuenta en dicha tarea el interés general. Esta vinculación del legislador ha sido afirmada puntualmente en jurisprudencia de esta Sala:

*“(...) El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.”*⁵⁷

Se trata por lo tanto de una relación necesaria e inescindible, que limita y guía la función del legislador en cuanto atañe a la regulación de la contratación estatal.⁵⁸ Esta Sala, en la sentencia C-713 de 2009, y tras considerar *in extenso* la potestad del legislador en la materia, afirmó que: *“(...) la defensa del*

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-555 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1999 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), En dicha oportunidad sostuvo la Corte: *“(...) ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés.(...)”*.

*principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa (...)*⁵⁹

Entonces, la noción de interés público alcanza la concreción suficiente en aquellos bienes jurídicos de los cuales es titular el conglomerado social, como sucede con la protección del patrimonio público en el ejercicio de la función contractual. Es en esa especificidad, suministrada por el tipo de bien jurídico referido, que el juez constitucional adelanta el correspondiente juicio de constitucionalidad frente a las normas que afectan o desarrollan los contenidos del interés general. Así sucede claramente con las leyes que regulan la contratación estatal.

3.1. El interés general como límite de la regulación de la contratación estatal

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre las finalidades de la contratación estatal y ha desarrollado una jurisprudencia uniforme en torno a la protección del interés general como uno de sus principios axiológicos. Con fundamento en los artículos 1º, 2º y 209 de la Constitución Política, la Sala Plena de esta Corporación ha indicado que todas las actuaciones estatales –incluida la contratación– deben obedecer las finalidades del Estado Social de Derecho.

El artículo 1º consagra a Colombia como un Estado social de Derecho fundado, entre otros principios, en la prevalencia del interés general. El artículo 2º establece que es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes. Por su parte, el artículo 209 de la Constitución indica que la función administrativa está al servicio del interés general y se desarrolla con fundamento en “*los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*”. Con base en estas disposiciones, la Corte Constitucional ha ligado la actividad contractual al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. Al respecto, la sentencia C-499 de 1992 señaló lo siguiente:

“Para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego, el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio y la comprensión de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social de Derecho que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución”⁶⁰.

De esta forma, en el marco del Estado Social de Derecho la función pública está al servicio del interés general y puesto que una de las formas de desarrollar

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa).

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-449 de 1992, (MP Alejandro Martínez Caballero).

la función pública es la contratación estatal, es dable concluir que dicha contratación se encuentra también al servicio del interés general. Esto implica que la regulación de la contratación estatal, en tanto potestad del legislador, no es una facultad ilimitada, sino que está sometida a los postulados de la Carta y, en particular a la satisfacción del interés general.

En aquella decisión, la Sala Plena también se refirió al contenido del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe que la contratación estatal persigue “*el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines*”. Además, hizo referencia a las consideraciones que permearon el proceso legislativo que culminó con la expedición de la referida Ley, donde el Gobierno Nacional expuso ante el Congreso las siguientes motivaciones:

“Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados”⁶¹

Con la sentencia C-400 de 1999, la Corte Constitucional avaló el fundamento de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) y reafirmó que el respeto por el Estado Social de Derecho y la prevalencia del interés general constituyen los principios axiológicos de la contratación estatal. Esto se refleja por ejemplo, en la escogencia objetiva de la mejor oferta presentada por los particulares, previamente calificados por su seriedad y cumplimiento, la cual busca asegurar la prevalencia del interés general en la contratación. Para la Corte, “*la teleología [de la normatividad contractual] (...) no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental*”⁶².

Siguiendo esta línea de argumentación, la Sala Plena en las sentencias C-088 de 2000 y C-128 de 2003 enfatizó que la contratación estatal debe desarrollarse de acuerdo con los principios que orientan el Estado Social de Derecho. Puntualmente, en la decisión del 2003, esta Corporación indicó que la primacía del interés general reconocida en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1°, constituye el eje de toda actuación estatal y, particularmente, en

⁶¹ Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Jorge Bendeck Olivella. Gaceta del Congreso, N° 75, del 23 de septiembre de 1992. Citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-400 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶² *Ibidem*.

materia contractual *“dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas”*⁶³.

Las finalidades de la actividad contractual del Estado fueron ampliamente desarrolladas en la sentencia C-932 de 2007, en que esta Corte se pronunció nuevamente sobre la constitucionalidad de la Ley 80 de 1993.⁶⁴

En aquella oportunidad, se recordó que el contrato es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues es el instrumento del que se vale el Estado para relacionarse con los particulares con el fin de cumplir las complejas tareas a su cargo. Garantizar los derechos de los ciudadanos y prestar los servicios públicos requiere de la colaboración de los particulares para el efectivo desarrollo de la actividad estatal.

Por esa vía, habida cuenta de que el contrato estatal es una herramienta necesaria para el cumplimiento de los deberes estatales que surgen por el modelo de Estado Social de Derecho, uno de los elementos centrales que configura las finalidades del contrato público es la satisfacción del interés general. Así lo señaló la Corporación en la sentencia C- 932 de 2007:

“(...) el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. (...)

La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares (...)”⁶⁵

Por lo tanto el legislador, en desarrollo de su potestad legislativa en materia de contratación estatal, debe tener en cuenta que el interés general, no solo es un objetivo principal de dicha materia, sino un parámetro para establecer la constitucionalidad de las normas que la regulen. Esta vinculación del legislador ha sido afirmada puntualmente en jurisprudencia de esta Sala, se ha dicho:

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-128 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis). En aquella ocasión, la Corte también precisó que “la actuación de los servidores públicos llamados a intervenir en el proceso contractual en cualquiera de sus fases (precontractual, de celebración, ejecución y terminación) se encuentra sometida al respeto del interés general, y que toda actuación de dichos servidores que se desvíe del cumplimiento de los fines estatales establecidos de manera general en la Constitución (...) constituye una actuación indebida que evidencia el abandono por ese servidor de sus obligaciones y deberes como servidor público”.

⁶⁴ Mediante auto del 11 de mayo de 2007, el magistrado ponente resolvió, de una parte, rechazar la demanda en cuanto a la violación del derecho a la igualdad contenido en el artículo 29, inciso 3º, de la Ley 80 de 1993, por cuanto existe cosa juzgada constitucional por la sentencia C-400 de 1999 y, de otra parte, admitir la demanda de la referencia en lo demás.

⁶⁵ A ese respecto, Corte Constitucional, sentencia C- 932 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

“(…) La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés. (…)”⁶⁶

De esta manera, a través de un ejercicio comparativo entre el contrato público y el contrato privado, la Corte definió con claridad que, a diferencia de la relación entre particulares, cuando se trata de contratación estatal el interés general debe siempre prevalecer. En ese orden de ideas, la defensa de este principio constituye la finalidad primordial de la actividad contractual del Estado, en tanto

“solo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron”⁶⁷

Esta postura fue de nuevo reiterada por la Corte Constitucional en las sentencias C-555 de 2013, C-499 de 2015 y C-126 de 2016. Estas decisiones recogieron lo dicho por la Sala Plena en el año 2007 y reiteraron su contenido, unas veces textualmente y otras utilizando el parafraseo. Lo que ha dicho esta Corporación sobre las finalidades de la contratación pública se resume en entender que el contrato es un instrumento utilizado por la administración para cumplir las finalidades del Estado Social de Derecho, hacer efectivos los derechos de las personas y prestar los servicios públicos. Dentro estas finalidades, la protección del interés general es un principio axiológico que guía y determina la validez de todas las actuaciones de la administración relacionadas con la actividad contractual.

En síntesis, la prevalencia del interés general en la contratación estatal implica que su defensa *“es una finalidad primordial (...) y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura. Por ello, toda entidad estatal debe cumplir con dicho principio y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal”*⁶⁸.

⁶⁶Corte constitucional, sentencia C- 128 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis).

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-932 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-499 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo).

3.2. La defensa del patrimonio público como parámetro de control constitucional

La jurisprudencia de este Tribunal ha considerado como límite de la potestad legislativa en materia de regulación contractual pública, la defensa del patrimonio público. La Corte ha entendido que entre los parámetros a atender en el juzgamiento de medidas que rigen la contratación pública debe incluirse el mencionado criterio.

En efecto, como ya lo ha señalado esta Corporación,⁶⁹ el constituyente de 1991 consagró por diversas vías la importancia de la protección del patrimonio estatal en la Carta Política. Así por ejemplo, el artículo 88 señala al legislador el deber de establecer las acciones de rigor encaminadas a velar por la protección del patrimonio público; el artículo 267 atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación; anexo a ello asignó al Contralor General de la República, en el numeral 6 del artículo 268, el deber de promover las investigaciones penales o disciplinarias contra quienes causen daño patrimonial al Estado; y el artículo 277, en su numeral 7, estableció como función del Ministerio Público la intervención en los procesos judiciales y administrativos cuando sea necesaria la defensa del patrimonio público.

La jurisprudencia de esta Corte ha tenido oportunidad de referirse al patrimonio público y ha calificado la defensa del mismo como un interés general,⁷⁰ cuando al estudiar la constitucionalidad de un enunciado legal que relevaba de prestar caución a los contralores constituidos en parte civil dentro de los procesos penales, por delitos contra la Administración Pública, estimó que tal mandato no se debe entender como un privilegio injustificado, sino que lo reglado se ajustaba a la Carta, entre otras razones, porque se trataba del ejercicio de una función en defensa del haber patrimonial estatal.

En ese mismo sentido, en la sentencia C-088 de 2000, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de un mandato legal que establecía la responsabilidad solidaria entre el representante legal de las entidades y los contratistas en los casos de sobrecostos y otro tipo de irregularidades en materia de contratación pública. Precisó la Corte:

“(...) armoniza con el principio de solidaridad (art. 1º. C.P.) pues protege la integridad del patrimonio público al consagrar un instrumento que propende por (sic) la recuperación de los dineros del presupuesto público que terminan en los bolsillos de los servidores públicos o de los particulares (...)”

“(...) Ha dado, pues, el Legislador, vigencia al principio de protección de los recursos presupuestales de la Nación; ha cumplido con el deber de velar por la intangibilidad de los recursos públicos; ha propendido por(sic) la estricta observancia

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-555 de 2013 (MP Eduardo Mendoza Martelo).

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-469 de 1995 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

de la moralidad administrativa y ha dado pleno cumplimiento al mandato contemplado en el artículo 133 de la Carta Política pues, ciertamente, la justicia y el bien común requieren de herramientas que aseguren una mayor eficacia en la defensa del interés colectivo representado en los recursos del patrimonio público”⁷¹

En igual sentido se pronunció esta Corporación cuando declaró la constitucionalidad de un enunciado legal que estipulaba la inadmisibilidad de la perención en los procesos contenciosos en los cuales fuese parte la Nación, la Corporación lo hallaba ajustado al texto constitucional dado que:

“(…) la finalidad de la norma acusada, en cuanto propende por (sic) una buena defensa del interés general ante la jurisdicción contencioso administrativa, muestra una visión limitada de su contenido, pues el interés real que subyace en la medida adoptada por el legislador al expedir el artículo 148 del C.C.A., prohibiendo la perención para las entidades públicas, es la defensa del patrimonio de las entidades estatales que actúan como demandantes, aspecto sobre el cual la Corte ya ha establecido que cuando el establecimiento de un privilegio público se funda en la defensa del bien colectivo concretado en la protección del patrimonio público, la finalidad de dicho privilegio es considerada constitucionalmente legítima(…)”.⁷²

En conclusión, es claro para esta Sala que la protección del interés público y la defensa del patrimonio público, son parámetros de control constitucional que esta Corporación ha utilizado en el juicio de constitucionalidad que se haga sobre las normas resultantes del ejercicio de la potestad legislativa en materia de contratación pública. Es evidente para esta Corte, que bajo la égida de la Carta Política de 1991 no es admisible que la regulación del contrato administrativo pueda atentar contra el interés público para dar prevalencia a la satisfacción de intereses particulares. En ese caso, no puede obrar la Corte de otra forma distinta a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones contrarias a la Constitución.

3.3. El ahorro público y su trascendencia en el interés público

Según lo establece el artículo 335 de la Constitución Política “*las actividades financieras, bursátil (...) y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación (...) son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado (...)*”. Dado el impacto de estas funciones en el bienestar social, y su trascendencia pública, se trata de actividades que pueden ser limitadas por el Estado, en ejercicio de sus facultades de intervención en la economía, concretamente “*para remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo con equidad*”.⁷³

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz).

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2002 (MP Álvaro Tafur Galvis).

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C -197 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Tal importancia le da la Carta Política a la actividad financiera y a su regulación que el ordinal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, en armonía con el numeral 25 del artículo 189 y con el 335 de la misma Carta, establecen las reglas para la intervención estatal en las actividades financiera, bursátil y aseguradora o en cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público. En las señaladas disposiciones el constituyente dispuso un reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República, según el cual, aquel, por la vía de las leyes marco, señala las pautas y criterios legislativos a los cuales debe sujetarse la actividad presidencial.

Esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la importancia de la materia, señalando la necesidad de que el Estado intervenga y vigile el desarrollo de esta función. Así esta Corte ha sostenido que:

“(...) la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro - inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo “social de derecho”, en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido (...)”⁷⁴

Puntualmente, en la sentencia C-940 de 2003, la Corte Constitucional explicó la razón del interés y preocupación estatales por la estabilidad macroeconómica y, por los derechos individuales de los asociados, en los siguientes términos:

“(...) la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales (...)”⁷⁵

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-793 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), cita a las sentencias C- 1107 de 2001 (MP Jaime Araujo Rentería) y 1062 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-940 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), reiterada en la sentencia C-793 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Para el caso de los contratos de APP, dado que el modelo de contrato exige la participación del sector financiero a fin de hacer viable el traslado de los costos a una amortización en el tiempo que permitan su recuperación con la explotación de la obra, el Gobierno Nacional, previendo la participación de los beneficios para el interés general, dispuso en el Decreto 1467 de 2012 *Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012*, la participación de fondos de pensiones en los fondos de capital privado que presenten propuestas. Así:

“Artículo 3. Oferentes en proyectos de Asociación Público Privada. Pueden presentar propuestas para ejecutar proyectos de Asociación Público Privada con las entidades estatales competentes, las personas naturales y jurídicas. Parágrafo: Las personas jurídicas podrán presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado. Los Fondos de Capital Privado a los que se refiere el inciso anterior deberán contar entre sus inversionistas con Fondos de Pensiones. En el caso de Fondos extranjeros de Capital Privado deberán cumplir los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones.” (Subrayado fuera del original).

Por lo tanto, es claro para esta Corporación que la protección del ahorro, y en especial el ahorro pensional, es una cuestión que, según las normas de la Carta Política, está ligado al interés público y exige del Estado las acciones de vigilancia, control y protección destinadas a evitar impactos negativos sobre el bienestar social y los derechos de los asociados.

4. El principio constitucional de la buena fe como pilar de las relaciones contractuales públicas y privadas

Esta Corte, en su sentencia C-1194 de 2008, sostuvo que la buena fe es un principio expresamente establecido por la Carta Política en su artículo 83 y conforme a este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas y adicionalmente es un principio que irradia a todo el ordenamiento jurídico, incluyendo las materias civil, administrativa y penal.

En efecto, para la jurisprudencia de esta Corporación la buena fe es uno de los principios que afectan a todas las áreas del derecho público y privado, y tiene la facultad de generar órbitas de protección frente a los efectos de quienes actúan de acuerdo a sus postulados. Se trata de un verdadero postulado constitucional que irradia las relaciones jurídicas entre particulares, a tal punto que por ello la ley parte de la presunción de su existencia en las relaciones que entre ellos se desarrollen. El principio de buena fe tiene en consecuencia una función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.

En materia civil, la Corte Constitucional ha explicado que la buena fe tiene una doble connotación, lo que permite establecer las diferencias entre la buena fe simple y cualificada:

"La buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones...Esta buena fe se denomina simple, por cuanto, si bien surte efectos en el ordenamiento jurídico, estos solo consisten en cierta protección que se otorga a quien así obra. La buena fe creadora o buena fe cualificada. 'Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fé simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa'."⁷⁶

En relación con la aplicación del principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, la Corte Constitucional en sentencia T-209 de 2006 reiteró su carácter como pilar fundante de la validez de los actos y su significado como el compromiso de la lealtad y fidelidad en el comportamiento mutuo entre las partes. Sostuvo la Corte:

"En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que 'aquellos adelanten ante estas'".

"La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1002 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales (...).⁷⁷

Por lo tanto, para la Corte Constitucional en la contratación estatal el principio de buena fe constituye el valor ético y social a través del cual se sostiene la confianza y obliga a las partes a actuar con lealtad y honestidad en todas las etapas de su relación contractual.⁷⁸ Este principio comporta, *lato sensu*, el deber para las partes de actuar de tal forma que se procure mantener la equivalencia económica del contrato y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes. Finalmente, uno de los efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, es la aplicación de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios.

4.1. El principio de buena fe y la regla según la cual “No se escucha a quien alega su propia falta”.

Una de las manifestaciones del principio constitucional de buena fe es la prohibición del abuso de los derechos propios y en particular la regla por la cual, no se puede sacar provecho de la propia falta.

Al respecto, en la sentencia T-122 de 2017, la Corte resumió su jurisprudencia en la materia y manifestó que ha mantenido una línea jurisprudencial pacífica y constante respecto del aforismo “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, por el cual el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe.⁷⁹

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁷⁸ Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de la sección tercera de 3 de diciembre de 2007 expediente 24715 sostuvo que la buena fe en materia de contratación estatal “se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual”.

⁷⁹ AL respecto, la sentencia T-122 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) realizó la siguiente compilación de la jurisprudencia constitucional en la materia: “En efecto, esta Corte en su sentencia C-083 de 1993 analizó la compatibilidad de los criterios auxiliares de justicia fijados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y los postulados previstos en el artículo 230 de la Constitución de 1991. A partir de ese examen, este Tribunal consideró que el aforismo *nemo propriam turpitudinem allegans potest*, constituye una regla general que hace parte del sistema de fuentes del derecho, en tanto proviene de la analogía iuris. A juicio de la Corte, no hay duda de que quien alega su propia culpa falta a la buena fe, fin amparado por la Carta Política. Más tarde, en la sentencia SU-624 de 1999, al analizar el caso de una persona que a través de la acción de tutela buscaba mantener a su hijo en el colegio sin pagar lo debido, estando en condiciones para hacerlo, la Corte afirmó que constituye un deber constitucional el no abusar del derecho propio, por lo que no existe justificación frente al dolo indirecto y malicioso del sujeto que, a sabiendas de su inconducta, pretende validar su incumplimiento. Luego, en la sentencia C-670 de 2004, en la que se declaró exequible el inciso 4 del artículo 12 de la Ley 820 de 2003, por medio del cual se prohíbe a los arrendatarios en el proceso de restitución de inmueble alegar su indebida notificación, la Corte también consideró que la medida legislativa además de perseguir un fin constitucionalmente legítimo, cual es, imprimir mayor celeridad a los procesos judiciales, se soporta en el principio *nemo propriam turpitudinem allegans potest*, ya que las partes no pueden invocar en su beneficio su propia culpa, como se evidencia con la falta de diligencia para informar oportunamente el cambio

En conclusión, este principio exige impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que, en protección del principio de buena fe y la confianza legítima, la persona está, *prima facie*, en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar culposo. Para la Corte Constitucional: “*nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma*”⁸⁰.

Si bien no se trata de un principio expresamente contenido en la Carta Política, esta Corporación ha considerado que se trata de una regla general del derecho⁸¹ por la cual “*no se escucha a quien alega su propia culpa*”. Según ha señalado esta Corporación, dicha regla guarda compatibilidad con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en particular, con el “*deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*” consagrado en el artículo 95 de la Carta Política, así:

“Por una parte, porque la Norma Superior define con claridad que la actuación de un individuo no puede servir para dañar, de forma injusta e ilegítima, los derechos que el Estado ha otorgado a favor de todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, en sí mismo los derechos tienen un límite sustancial, según el cual, para la primacía de un orden justo se requiere el ejercicio simultáneo de los derechos propios y ajenos. Y, por otra parte, en razón a que la Carta Política establece la obligación de ejercer los derechos constitucionales y legales en consonancia con el espíritu, fin y sentido que le son propios. Así, las personas tienen el deber de actuar de forma justa, lo que significa que no pueden desvirtuar el objetivo que persigue la norma, llevándola a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico vigente. En la misma perspectiva, la Corte considera que esta regla se ciñe al principio de buena fe, luego de que el artículo 83 de la Constitución de 1991 presupone que en todas las gestiones que adelanten los particulares y las autoridades públicas, debe incorporarse, como presupuesto ético de las relaciones sociales con trascendencia jurídica, la confianza de que el comportamiento de todos los sujetos del derecho se cimienta sobre la honestidad, rectitud y credibilidad de su conducta”.⁸²

Concretamente, en la sentencia T-213 de 2008 la Corte Constitucional consideró que una forma en que la legislación implementa este principio es,

de dirección señalada en su momento en el texto del contrato de arrendamiento. En la sentencia T-213 de 2008, la Corte nuevamente analizó la regla de derecho, frente al caso en el que el apoderado judicial presenta la tutela por la decisión desfavorable del recurso de apelación en el trámite ordinario, al no haber presentado a tiempo las expresas facultades del mandante. Respecto de la aplicación de esta regla, la Corporación expuso que los jueces están en el deber de negar las suplicas cuya fuente es la incuria, el dolo o la mala fe, de acuerdo con esta regla general del derecho.”

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería).

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz).

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-122 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez). En dicho extracto se citan las sentencias de la Corte Constitucional T-630 de 1997, C-258 de 2013, C-1194 de 2008.

justamente, la figura consagrada en el artículo 1525 del Código Civil, por la cual, no se reconocen restituciones en un contrato nulo a quien actuó a sabiendas del objeto o causa ilícita.

Así, sostuvo la Corte en aquella oportunidad:

“Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.

Dicha regla, materializada en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “*improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio*”

De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aun así, pretende suceder al causante.

Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido.

Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)”⁸³

Concluye la Corte que el conocimiento de las partes sobre la ilicitud del contrato anulado, es un criterio relevante a tener en cuenta para la evaluación de los posibles reconocimientos de restituciones a que haya lugar.

4.2. La licitud de los actos como condición para el reconocimiento del derecho de propiedad

Así como el principio de buena fe y el límite al abuso de los propios derechos excluyen la posibilidad de reconocer protección a quien alega su propia falta, tampoco resulta acorde con el modelo de Estado Social de Derecho reconocer y proteger derechos a partir de un acto ilícito. Una de las áreas que es afectada por el referido principio es el enriquecimiento ilícito.

El artículo 2º de la Carta Política establece que es un fin del Estado asegurar la vigencia de un orden justo; además, el artículo 4º establece que es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes,

⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería)

con lo cual es evidente que el respeto por la legalidad es un elemento indispensable para la configuración de los derechos.

Fruto de esta obligación, el artículo 34 de la Constitución Política establece que en Colombia están prohibidas las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación y adicionalmente autoriza que, por medio de sentencia judicial, se declare la extinción de dominio sobre bienes adquiridos a través de: i) enriquecimiento ilícito, ii) en perjuicio del tesoro público, o iii) grave deterioro a la moral social. Sobre su fundamento histórico, esta Corte ha dicho:

"Es un mecanismo que busca enfrentar la grave proliferación de conductas ilícitas de muy diverso origen -en particular, el narcotráfico- y formas de delincuencia organizada a lo que se suma, el alto grado de corrupción que para el momento en que se convocó la Asamblea Nacional Constituyente, se había apoderado de la sociedad colombiana".⁸⁴

Así las cosas, el enriquecimiento ilícito es una proscripción de carácter constitucional, que ha inspirado la regulación civil, administrativa y penal. En lo penal, la Corte Constitucional ha reconocido su rango constitucional:

"El delito de enriquecimiento ilícito es pues, así, un delito que tiene autonomía de rango constitucional, en cuanto a su existencia, y que no puede, por tanto, entenderse como subsidiario, al menos cuando se trata de sujetos indeterminados. Desde el punto de vista del derecho comparado, pareciera exótico el que una Constitución se ocupe específicamente de un determinado delito, como lo hace en este caso la de Colombia con el enriquecimiento ilícito. Pero no debe olvidarse que las constituciones -y en general cualquier norma-, deben amoldarse a las exigencias que plantean las realidades sociales, políticas, económicas o culturales de una determinada sociedad, atendiendo a las circunstancias cambiantes de los tiempos".⁸⁵

El enriquecimiento ilícito está proscrito directamente por la constitución política y se instituye la extinción de dominio para tales efectos, así como cuando exista perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social.

Por otra parte, y con fundamento en el artículo 58 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha definido la propiedad privada como un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho y en lo referente a sus límites, ha establecido que se encuentran en la utilidad pública

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-958 de 2014 (MP Martha Victoria Sánchez Méndez).

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-319 de 1996 (MP Carlos Gaviria Díaz).

o el interés social, de los cuales deriva la expropiación; así como también constituyen límites a la propiedad la extinción de dominio y la confiscación.⁸⁶

En lo referente a la extinción de dominio, esta Corte ha sostenido que las causales de procedencia radican esencialmente en la exigencia de la ilicitud para el título que origina el derecho de propiedad. La acción de extinción de dominio tiene una naturaleza constitucional, es decir, "*... no se trata de una pena a imponer con ocasión de una declaratoria de responsabilidad penal sino de acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente, relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad y en virtud de la cual se extingue el dominio sobre los bienes adquiridos de manera ilícita*".⁸⁷

Sin embargo, aún en estos casos el principio de buena fe impera, en particular cuando se trata de proteger la confianza legítima de los terceros que acudieron con buena fe exenta de culpa y que pueden ver afectados sus derechos.⁸⁸

5. Los efectos de la nulidad del contrato en el derecho administrativo colombiano

Para resolver el problema jurídico de la presente sentencia resulta necesario hacer un recuento de la figura de nulidad absoluta de los contratos estatales a la luz del principio de buena fe como principio general del derecho y postulado constitucional que irradia todo el ordenamiento jurídico.

De antemano es necesario indicar que en materia civil, la nulidad tiene como efecto retrotraer las cosas a su estado anterior, por lo que se hace necesario hacer las restituciones mutuas, de forma que no se configure un enriquecimiento sin justa causa para ninguna de las partes. Sin embargo, cuando la nulidad se haya dado por objeto o causa ilícita, el Código Civil establece una excepción a la restitución si el contrato fue realizado "a sabiendas" de dicha ilicitud.

Según lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia:

“(...) la restricción dispuesta en aquel (art. 1525) al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, es de un gran contenido ético, fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo. El orden jurídico impide ir en contravía

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia c-133 de 2009 (MP Jaime Araujo Rentería).

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Al respecto ha sostenido esta Corte: "En conclusión, aunque un bien haya sido adquirido por compra o permuta pero provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita, el tercero adquirente del mismo debe ser protegido si demuestra haber obrado con buena fe exenta de culpa y por lo tanto no tendrá que soportar las consecuencias de la extinción de dominio". sentencia C-1007 de 2002. (MP Clara Inés Vargas Hernández). "Entonces, en el caso de los bienes adquiridos por enajenación o permuta, es de vital importancia determinar si el tercero adquirente obró o no dolosamente o con culpa grave, pues de ser así es viable la extinción de dominio. En caso contrario, es decir, si el tercero a quien se le traspasó un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita es de buena fe debe protegerse su derecho, bajo determinadas circunstancias, y no sería viable la extinción de dominio". C-743 de 2003.

de la regla moral de las obligaciones que desde los romanos enseña que la justicia se niega a dar protección cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias (*nemo creditur turpitudinem suam allegans*).

De ahí que si una persona de manera consciente interviene o participa, directa o indirectamente, en la formación de un acto con objeto o causa ilícitos, debe negársele protección, o cuando menos las prestaciones que ejecutó o dio en tal cometido.

Pero desde luego que restricción de ese linaje no se aplica de manera mecánica, puesto que el precepto 1525 requiere una especie de atribución participativa en el acto o contrato afectado por objeto o causa ilícitos, al agregar que sea «*a sabiendas*», vale decir, de modo cierto, con pleno o inequívoco conocimiento de los contratantes, porque tuvo ocasión de precisarlo esta Corte, tal expresión, entendida en su sentido natural y obvio (art. 28 del C.C.), que debe ser el de la lengua española, significa «*de modo cierto, a ciencia cierta*», y que, por consiguiente, «*se requiere un conocimiento objetivo o un conocimiento-realidad frente a determinado hecho*».⁸⁹

En materia de derecho administrativo colombiano, los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 establecen las causales de nulidad absoluta del régimen de contratación pública, así como las personas facultadas para alegarlas, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

ARTÍCULO 45. DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación n° 76001 -31 -03-009-2000-00659-01. 28 de agosto de 2017.

En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”

Sobre la naturaleza de dichas causales, el Consejo de Estado las ha sustentado en la protección del orden jurídico, y ha manifestado que: “*Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. (...) Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente*”.⁹⁰

5.1. Los efectos de la nulidad del contrato en materia de restituciones

En el derecho civil, el artículo 1525 del Código establece que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita "*a sabiendas*", y por su parte, en el régimen de la contratación estatal el artículo 48 de la ley 80 de 1993 establece que la declaración de nulidad no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, haciendo especial énfasis que en los casos de nulidad por objeto o causa ilícita solo será procedente cuando se pruebe un beneficio para la entidad contratante. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha afirmado:

"La nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad. (...) "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita"⁹¹

Así las cosas, en el régimen de contratación estatal el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, solo son viables cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y lo será hasta el monto del beneficio obtenido.

Justamente, el sentido de las restituciones mutuas como efecto de la nulidad de un contrato estatal es retribuir los beneficios recibidos por la ejecución del contrato. Al respecto, sobre el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ha señalado el Consejo de Estado que:

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 24 de abril de dos mil trece (2013).

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 26939 de 27 de marzo de 2014.

“El inciso segundo introduce una regla especial para aplicarla específicamente a los eventos en que la nulidad depende del objeto o de la causa ilícitos, causales de nulidad que, en el derecho privado, en ciertos casos, impiden repetir lo dado o pagado. De otro lado, el mismo inciso segundo señala que se deben reconocer las prestaciones ejecutadas si “...la entidad estatal se ha beneficiado...” de ellas. (...) Finalmente, el derecho a recibir el reconocimiento y pago exige que, en el proceso, se encuentre demostrado que la parte que debe asumirlo se ha beneficiado con la prestación. Según esta regla, es perfectamente posible que las actividades desplegadas por quien reclama el pago no hayan beneficiado a la otra parte del negocio.”⁹²

Ahora bien, respecto de lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversos sentidos. Así por un lado el Consejo de Estado ha considerado que la Ley 80 de 1993 no puede entenderse en el sentido de convalidar la ilicitud y derivar de ella derechos a proteger. Al respecto en decisión del año 2004 el Consejo de Estado sostuvo que la norma de derecho administrativo no podía interpretarse de forma descontextualizada sin tomar en consideración el derecho común en materia contractual, y que si de lo que se trata es de proteger la licitud de los actos y la buena fe, no sería posible reconocer restituciones a quienes han actuado en contra de ella.⁹³ En lo que corresponde a la inoperancia de las restituciones para las partes que actuaron “a sabiendas” de la ilicitud del acto sostuvo el alto tribunal:

"La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces 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

⁹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA
Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, marzo veintidós (22) de dos mil siete (2007) Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939).

⁹³ El Consejo de Estado. Sección tercera. Magistrado Ponente: Germán Rodríguez, veinticinco (25) de noviembre de dos mil cuatro (2004) sostuvo: "Considera la Sala que en la interpretación normativa de la ley 80 le corresponde lograr el mejor entendimiento y armonización de sus preceptos con las normas propias del derecho privado y con el ordenamiento jurídico en general. La función del juez en supuestos como éste, donde se encuentran disposiciones que permiten lecturas equívocas o contradictorias frente al sistema jurídico, es integrar el dispositivo legal a dicho sistema jurídico. Lo cierto es que el artículo 48 de la ley 80 no se puede concebir, porque no lo es, como una norma aislada, susceptible de interpretarse sin relacionarla con los preceptos que regulan la materia en el Código Civil y con las normas aludidas de derecho público". A su vez respecto de la protección de terceros con buena fe, señaló el tribunal: "Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tiene como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador solo reprime al contratante que actúa 'a sabiendas' de la ilicitud".

hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas”⁹⁴

Otra postura del Consejo de Estado es la que concentra la restitución en la posibilidad de que se hayan consolidado beneficios para las partes, por lo que en respeto por la equidad y para evitar un enriquecimiento sin justa causa, habría que proceder a las restituciones. Así, en el año 2007 el Consejo de Estado manifestó que: *“De otra parte, la regla dispuesta en el inciso segundo del artículo 48 pareciera hacer abstracción de lo que ocurre en el derecho civil, del conocimiento que tengan las partes respecto de la causal de anulación, puesto que siempre subsistirá el derecho a recibir el pago por las prestaciones ejecutadas a condición de que hayan beneficiado a la otra parte del contrato.”*

La jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que el fundamento de la procedencia de dichos reconocimientos tras la declaración de nulidad absoluta por causa u objeto ilícitos en el contrato estatal (condicionado al beneficio de la entidad), tiene como límite la prohibición constitucional del enriquecimiento sin causa y los principios de equidad y buena fe. Al respecto, reiterando su jurisprudencia en la materia, recientemente sostuvo el tribunal:

"por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas. Sin embargo, debe reiterarse que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final."⁹⁵

Esta posición ha sido sostenida en diversas ocasiones, enfatizando siempre la relevancia del interés público como criterio para que operen las restituciones. Al respecto, en sentencia de 2014 el alto tribunal señaló:

“En ese orden de ideas, la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 constituye una regla especial y diferente frente a aquellos que en punto a los efectos de la declaratoria de nulidad

⁹⁴ Consejo de Estado Sección Tercera, Radicación No. 25560 de 24 de noviembre de 2004, CP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), Rad. No.: 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045).

establecen los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, por virtud de los cuales la declaración de nulidad tiene entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes. (...) El contenido de las dos precitadas disposiciones es aquel cuya aplicación a la contratación estatal inhibe el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en cuanto tiene que ver con el rubro que de las restituciones mutuas aborda este último precepto, cuales son “las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria” de nulidad del contrato;”⁹⁶

Sin embargo, la explicación más amplia de la posición del Consejo de Estado sobre el asunto es la que está consignada en la sentencia del 13 de junio de 2013, en la cual se declaró la nulidad absoluta de un contrato estatal por violación del deber de planeación. En esta decisión, el Consejo de Estado estableció una posición intermedia, en la cual reconoce las dificultades de una regla general en la materia y la necesidad de que el juez, frente al caso concreto, tome la decisión que resulte más adecuada para responder a los principios que guían la contratación administrativa. Al respecto, el alto tribunal señaló:

“3.1 La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.⁹⁷

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido⁹⁸, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939).

⁹⁷ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

⁹⁸ La disposición expresa: “*Habrà 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*”.

ilícitos es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado.

Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que "... Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

Ahora, cuando en la contratación estatal resulta aplicable en toda su dimensión lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, es decir que "*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*", esta prohibición no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

Si nos atenemos a los antecedentes históricos y a la razón de ser del precepto, la conclusión no puede ser otra.⁹⁹

Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada ("repetirse"), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injustam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.

Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.

Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que: "*sabidor seyendo algùn home de aquel pleito sobre que hiciera*

⁹⁹ Sobre el origen y desarrollo de esta prohibición puede leerse el excelente artículo de F. Navia Arroyo. *Reflexiones sobre la máxima nemo auditur*, en *Homenaje a Fernando Hinestroza. Liber Amicorum*, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993, del cual se han tomado parte de las consideraciones sobre este aspecto.

a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tornar”¹⁰⁰

Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.

Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.”¹⁰¹

Así, es dado concluir que para el Consejo de Estado la restitución a cargo de las partes en un contrato estatal declarado con nulidad absoluta requiere no solo de la verificación de los beneficios obtenidos, sino que también depende del análisis de la conducta y conocimiento de las partes en el momento de contratar y de otros factores que entran en juego para que la decisión resulte compatible con los principios que rigen la materia de la contratación administrativa, incluyendo, por supuesto, los principios de buena fe y equidad.

Esta postura analítica del caso a caso, resulta incluso concordante con el derecho internacional y comparado en materia contractual respecto del conocimiento que las partes tuvieron sobre la licitud de los actos a la hora de celebrar un contrato, que ha sido expresamente considerada como un criterio relevante a la hora de determinar la razonabilidad de las restituciones frente a un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícita.

Así lo reflejan los principios de Unidroit, que en su versión 2016 y luego de un exhaustivo y riguroso examen del derecho comparado en la materia, decidió adentrarse a codificar las reglas sobre los efectos del contrato ilícito. Al respecto, se consideró que las restituciones proceden cuando resultan razonables, y que dicha razonabilidad debe ser calificada entre otras, por el conocimiento que las partes tenían de la contravención a la norma imperativa.

Así, los citados principios establecen:

¹⁰⁰ Cita: Partida V, Título XIV, Ley XLIX.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, trece (13) de junio de dos mil trece (2013). Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00685-01(26637).

ARTÍCULO 3.3.2 (Restitución) (1) En el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo según el Artículo 3.3.1, podrá proceder la restitución siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias. (2) Para determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el Artículo 3.3.1. (...)

ARTÍCULO 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) (...) (2) Si la norma de carácter imperativo no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias. (3) Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: (...) (e) **si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes;**¹⁰²

6. La irretroactividad de la ley como regla general

En la sentencia C-763 de 2002¹⁰³ la Corte Constitucional se adentró en el análisis de las reglas relativas a los efectos de las normas en el tiempo. En dicha decisión, esta Corte recordó su jurisprudencia¹⁰⁴ en la que ha señalado que las normas superiores relativas a los efectos del tránsito de legislación se encuentran concentradas básicamente en los artículos 58 y 29 de la Constitución Política. El primero de ellos garantiza “(...) *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.*” Y el segundo, relativo al debido proceso, dispone que “(...) *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 (...).* Pero señala una excepción: “(...) *en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*”

Por otra parte, los artículos 338 y 363 de la Carta Política, rechazan la retroactividad de la ley en materia tributaria. El primero de ellos señala: “*Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.*” Y el segundo expresamente establece que “*las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.*”

¹⁰² Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – Unidroit. Principios versión 2016, consultados el 18/12/2018 de la página: <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/unidroit-principles-2016-overview/spanish-black-letter>

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia C-763 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería).

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-619 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

Por lo tanto, la aplicación retroactiva de la ley resulta extraña al ordenamiento constitucional, que dispone en general que ella solo entra a regir a partir de su puesta en vigencia, cobijando en adelante y por entero los fenómenos que se subsuman en sus supuestos jurídicos, en particular los contratos, en los que se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración. Esto implica también que las situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de una ley se tornan intangibles frente a los cambios legales posteriores.

Con todo, en las fronteras temporales de las leyes pueden presentarse situaciones jurídicas en curso o inconclusas, casos en los cuales entraría a regir la nueva norma. Al respecto en la sentencia C-619 de 2001 esta Corte sostuvo:

“(...) cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua”.¹⁰⁵

Para el caso de los efectos jurídicos de la nulidad, muy relevante resulta para el presente examen lo dispuesto por esta Corporación en la sentencia C-555 de 2013, en que se revisaba la modificación de la cláusula de reversión en los contratos de concesión para telecomunicaciones. En dicha oportunidad la Corte vio necesario pronunciarse sobre los efectos de la norma, pues consideró que una interpretación que pretendiera darle efectos retroactivos podría ser contraria a la Carta Política, por cuanto, si bien el legislador tiene la suficiente potestad para regular dicha cláusula, esta facultad está limitada por la satisfacción del interés público, y el efecto retroactivo de la misma no respondía a tal principio. Al respecto señaló la Corte:

“No se ignora que el legislador puede modificar las condiciones del contrato, incluida la propia cláusula de reversión, pero

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-619 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), citada en la sentencia C-763 de 2002 (MP Jaime Araujo Rentería).

siempre y cuando ello apunte a la satisfacción del interés público, a cuya protección el Estado no puede renunciar, lo que no ocurriría en esta oportunidad, si se dejara vigente el entendimiento cuestionado.

Finalmente, se trata de preservar el equilibrio contractual, el cual no se vería afectado al conservar íntegras las cláusulas de reversión inicialmente pactadas porque, como se ha explicado, aquellos contratistas tuvieron la oportunidad de hacer los cálculos amortizatorios para recuperar la inversión de los bienes y elementos necesarios para el cumplimiento del servicio.

Diferente es la situación de quienes suscribieron contratos con posterioridad a las leyes cuestionadas, porque lo hicieron con la confianza del ordenamiento existente y obran a su favor la buena fe y la seguridad jurídica. Estos contratistas no estaban en la obligación de calcular la amortización de los bienes dispuestos para el servicio, ya que por mandato legal la reversión solo operaba respecto de las frecuencias del espectro electromagnético. Por el contrario, quienes previamente tuvieron oportunidad de hacer tales cálculos, y recuperar la inversión durante la ejecución del contrato, deben regirse por las condiciones contractuales inicialmente pactadas.”¹⁰⁶

Bajo estos supuestos, la Corte finalmente decidió: “[d]eclarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4° de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.”

Es por lo tanto evidente para esta Sala que la retroactividad de las normas en materia contractual es una excepción a la regla general, y que, si bien es una cuestión que hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador, en lo que atañe a la contratación pública, está sometida a los límites propios del interés general, que como ya se ha expuesto, constituyen el objetivo y guía de toda la normatividad en la materia. En consecuencia, una norma que pretenda aplicarse de forma retroactiva a los contratos celebrados por el Estado debe tener una justificación basada en el interés público y acorde con los postulados constitucionales que se relacionan con esta actividad.

7. Análisis de constitucionalidad de los párrafos 1° y 2° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

El artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 adicionó al artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 dos nuevos párrafos relativos a los efectos de la nulidad absoluta declarada en los contratos de APP. En el párrafo 1° ahora demandado, se establecen las obligaciones a cargo del Estado consistentes en las condiciones para el pago de lo ejecutado en cumplimiento del objeto contractual. En el

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-555 de 2013 (MP Eduardo Mendoza Martelo).

parágrafo 2º se indican el monto y forma de pago de las sanciones a que habría lugar para el concesionario que por su actitud dolosa dio lugar a la causal de nulidad absoluta.

Algunos intervinientes sostuvieron que la demanda contra el parágrafo 1º se fundamenta en consideraciones descontextualizadas que no tuvieron en cuenta lo dispuesto en el parágrafo 2º, bajo el supuesto de que los cargos por violación del interés general y protección de los efectos de la ilicitud pierden sustento al encontrarse una disposición expresa para regular la cuestión (el mencionado parágrafo 2º).¹⁰⁷ En efecto, la Corte encontró que existe una relación entre el parágrafo 1º y los incisos 2, 3 y 4 del parágrafo 2º, por lo que se hizo necesario integrar la norma para su estudio.

En efecto, la sanción que se imponga al concesionario que actuó dolosamente no extingue la obligación de pagar lo ejecutado en desarrollo del contrato, que según el parágrafo 1º se daría en todas las hipótesis de nulidad absoluta. Por el contrario, en los incisos integrados del parágrafo 2º se establece que la sanción se descontará de los remanentes que luego del pago de las deudas debiesen pagarse al contratista o a sus socios en estos casos.

En cuanto al inciso primero del parágrafo 2º, el mismo establece la sanción y sostiene que corresponde a la cláusula penal prevista o, en su defecto, al 5% del valor del contrato, pero no hace referencia a que el monto de la sanción deba descontarse del pago debido al contratista según las reglas del parágrafo 1º, por lo que el inciso no sufre ninguna afectación como consecuencia de lo que se establezca frente a la exequibilidad del parágrafo 1º. Por lo tanto, se trata de dos normas autónomas que regulan aspectos distintos y no necesariamente concordantes.

Tal como la Sala Plena lo anunció en el planteamiento de los problemas jurídicos del presente asunto, en realidad, no es uno sino al menos cinco los

¹⁰⁷ Ley 1882 de 2018, Artículo 20 “Modifíquese el Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así: (...) \ 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 en 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 10 • De no ser suficientes los remanentes para el pago, la entidad hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables. Para el caso señalado en el inciso anterior, los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o de, integrante o integrantes del concesionario que dieron lugar a la causal de nulidad, después del pago de acreencias a la totalidad de los terceros, quedarán como garantía de pago para atender las posibles reclamaciones por el término de cinco (5) años. La forma como quedarán a disposición estos recursos será definida por el Gobierno Nacional. La autoridad judicial o administrativa competente podrá decretar como medida preventiva la aplicación de los incisos anteriores a investigaciones en curso. En este supuesto, la penalidad mencionada en el presente parágrafo, 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.”

cuestionamientos jurídicos que suscitan las diferentes expresiones demandadas. En razón de ello, la Corte analizará detalladamente cada una de las cuestiones que a continuación se enumeran:

7.1. Antecedentes legislativos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018

Algunos de los intervinientes en el presente asunto hicieron referencia a las dificultades que habría tenido la aprobación de la disposición demandada en el Senado de la República. Si bien la Corte Constitucional no pretende adelantar un examen sobre la constitucionalidad del trámite adelantado para la expedición de la norma, encuentra que recapitular las razones y dificultades que tuvo el legislador para aprobar la norma en cuestión resulta ilustrativo de los problemas jurídicos que pueden rodear a la disposición.

Por su importancia para el asunto, se transcriben a continuación apartes del Acta de Plenaria 45 del 13 de Diciembre de 2017, del Senado de la República, en que se discutió el informe de conciliación sobre la futura Ley 1882 de 2018,¹⁰⁸ y se manifestaron las desavenencias de los senadores de diferentes bancadas con la disposición analizada, especialmente respecto de la cuestión del reconocimiento de intereses moratorios, la salvedad para el cubrimiento de las sanciones financieras y la retroactividad de la norma, entre otros:

“(…)

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Antonio José Navarro Wolff: \ \ Gracias Presidente. Bueno, la conciliación ha ido mejorando un texto que tenía muchos problemas, muchas dificultades, en mi opinión muchas cosas inadecuadas. \ \ Pero sí quisiera que me explicaran un tema que todavía, en mi opinión, merece una declaración. \ \ Entonces, en el artículo 20 se modifica el 32 de la Ley 1508 de 2012, en el párrafo y en el numeral 4 del párrafo dice, hablando de los reconocimientos a que haya lugar dice, que no correspondan a costos o penalidades pactadas o no que terceros hayan aplicado al contratista en razón de la terminación anticipadas de las relaciones contractuales no laborales salvo, salvo y esa salvedad es la que quiero que me expliquen, que se trata de aquellos asociados a contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos derivados de coberturas financieras del proyecto. \ \ Qué es lo que yo interpreto, no se reconocen el pago de penalidades salvo las del sector financiero, por qué esa salvedad al sector financiero. Por qué cuando son costos o penalidades que terceros hayan aplicado al contratista no se reconoce el pago, pero se hace la salvedad con costos o penalidades sea aplicado el sector financiero. Esa salvedad no la veo clara y por eso

¹⁰⁸ Gaceta del Congreso 349 del 1 de junio de 2018 del Senado *Votación de proyectos de ley o de acto legislativo * * * Con Informe de Conciliación, Proyecto de ley número 84 de 2016 Senado, 285 de 2017 Cámara, 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.*

quisiera que me explicaran con precisión de qué se trata esa salvedad en ese artículo de la conciliación. Gracias.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Jorge Enrique Robledo Castillo: \ \ Muchas gracias señor Presidente. No, para expresar el desacuerdo total del Polo Democrático Alternativo con esos artículos mencionados aquí. \ \ Yo quiero recordarle a la Plenaria del Senado que, esto ha sido una exigencia del señor Contralor General de la República, o sea, 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 financiero de los bancos, en el caso de clientes corruptos, transferirle ese riesgo a la Nación. Esto es inaudito y por lo que acabamos de oír aquí eso no se ha modificado, y ese el almendrón de este asunto. \ \ Además, es un proyecto diseñado favorecer a los banqueros del negocio de Odebrecht. Banqueros que además son socios en este escándalo de la corrupción. Yo le hago una pregunta a los colegas del Senado, hasta dónde vamos a llegar en este país con este capitalismo de amigotes en el cual le transfieren a la Nación los riesgos que deberían ser los riesgos de los negocios privados eso por completo inaceptable. \ \ Miren ustedes lo que dijo el Contralor oportunamente que ese proyecto de ley no se debería aprobar o esos artículos, se refiere a ellos particularmente, pero si eso hunde el proyecto entero, pues, que se hunda el proyecto entero. Que en caso de que se aprobaran y no se resolviera ese problema en la conciliación y no se está resolviendo que, entonces, el Presidente de la República debía objetar la ley. Miren ustedes la gravedad de lo que estamos hablando ese es el Contralor el que está pidiendo eso, no es la oposición al gobierno, es el Contralor y ha advertido el Contralor que, si ese despropósito sigue vigente él demandaría, demandaría esta ley ante la Corte Constitucional. \ \ Porque, quiero repetirle a los colombianos y a los colegas de qué se trata, se trata de que, en el caso de actos corruptos de contratistas del estado, el estado sea el que corra el riesgo del crédito a esos contratistas corruptos, de eso es de lo que estamos hablando, con retroactividad, además, al caso de Odebrecht. Y todos sabemos que el caso de Odebrecht. \ \ ¿Cuál es el lío del caso de Odebrecht? Un contratista ultra corrupto, demostrado hasta la saciedad, los señores de Odebrecht, el gerente de una de las empresas socias de Odebrecht, que es parte del grupo Aval, está en la cárcel por corrupto también por haber participado en los sobornos de Odebrecht, según las investigaciones. Eso, por supuesto, afecta los negocios del grupo Aval que le prestó plata a esa entidad corrupta que está empapelada como todos sabemos y ahora el riesgo financiero de ese negocio se lo van a transferir al Estado, se lo van a transferir al Estado, con retroactividad, como ha explicado, pero hacia adelante. \ \ Entonces, aquí está apareciendo un capitalismo de amiguetes, lo llaman en España,

o pareciendo no desarrollándose, un capitalismo de amigotes que consiste, en que aquí los mensores, las gentes comunes y corriente, si un negocio le sale mal pierden plata, pero que cuando se trata de ciertos negocios de ciertos encopetados el riesgo lo asume el Estado. \ \ Entonces, lo explicó muy bien el doctor José Roberto Acosta. 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; que entre otras cosas, es lo que estamos viendo con el caso del Viceministro del Transporte, el señor Gracia, que cae en sobornos por varios miles de millones de dólares y termina resolviendo ese asunto, pues, con una pena de menor cuantía que casi equiparable a las que les ponen a los delincuentes de ruana. \ \ No, el Polo Democrático Alternativo no acepta ese proyecto y exige que por lo menos se detenga, se detenga esta votación que se va ser hasta que tengamos un concepto preciso, otro concepto más del Contralor General de la República que nos diga cómo es que se están moviendo las aguas en este proyecto. \ \ Pero, esto votado a la carrera, un proyecto que, además, es ilegal o esos artículos porque no hizo los cuatro tránsitos, las cuatro aprobaciones que necesitaba, Senador Jimmy Chamorro, este fue un proyecto, ese artículo es un mico en el cuarto debate, todo el mundo sabe que ese es un orangután que no debe tramitarse porque, también por ese lado, el trámite es ilegal. Entonces, nosotros, el Polo anunciamos nuestro voto en contra de ese proyecto. Muchas gracias señor Presidente.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela la honorable Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella: \ \ Presidente, con relación a esta conciliación tengo dos preocupaciones. 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. \ \ Por eso, si pediría que se mire por qué prácticamente quedó como estaba antes y no se incluyó ninguna precisión para evitar que se caiga en prácticas inaceptables de corrupción y luego, como lo ha pasado con el caso del Río Magdalena o de la Ruta del Sol, el Estado colombiano termina asumiendo el costo, cuando los responsables son precisamente los privados.(...)

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Álvaro Uribe Vélez: \ \ Sí señor Presidente. Yo, lo primero que quiero decir es que, la corrupción no tiene

por qué afectar a la comunidad. Uno de los problemas que uno ve hoy con la parálisis de esos contratos de la Ruta del Sol es una gran afectación al país, al presupuesto y a las comunidades del vecindario. Toda esa comunidad del Magdalena medio volqueteros, subcontratistas, están en una quiebra. 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. \ \ Qué 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 excepcional 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 parecería 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. Sería esto honorable Senador Hernán ponente y señor Presidente.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela la honorable Senadora Sofía Gaviria Correa: \ \ Gracias Presidente. No, Luis Fernando Velasco no está, pero él ya había señalado el problema con este proyecto y varias veces hemos leído artículos de José Roberto Acosta que aquí ha citado el Senador Robledo, también. \ \ El resumen de este proyecto es así: socialicemos los riesgos y privaticemos los beneficios. Los bancos, en este proyecto se le está entregando todo el riesgo a la Nación para que se asuma en esas contrataciones, pero lo beneficios si son de los bancos. El Partido Liberal no puede apoyar este proyecto. \ \ Desafortunadamente, faltan muchos senadores Liberales, pero desde Luis Fernando Velasco, el doctor Guillermo Santos, Sofía Gaviria, rechazamos como viene en la conciliación. Gracias Presidente.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela la honorable Senadora Claudia Nayibe López Hernández: \ \ Gracias Presidente. No voy a ahondar en detalles porque sé que ya el Senador Navarro intervino en esta misma posición, pero la Alianza Verde no puede apoyar esta conciliación incluyendo el artículo 21, Senador Andrade. Es realmente un despropósito que nosotros pretendamos que con recursos públicos se cubra completamente el costo y riesgo financiero que asumió el

contratista, incluso el riesgo financiero de aquellos grupos o bancos que estuvieron asociados a la causal de nulidad que, en últimas están cubriendo aquí también, no se hace ninguna distinción, simplemente se dice que, en caso de que el banco o grupo financiero haya estado involucrado en la causa de nulidad le cobraremos una multa del 5% que se va a quedar unos años pendientes de pagarle a un tercero o algún lío jurídico que exista; eso es inadmisibles que con recursos públicos tengamos que cumplir todo el riesgo financiero, incluso, de aquel grupo que fue parte de la causal de nulidad o bien porque no ejecutó o bien por corrupción. \ \ Entonces, lo digo con toda claridad para un ejemplo que el país debe tener en mente. Entonces, con recursos públicos le ¿vamos a cubrir el riesgo financiero, las sanciones eventuales que haya habido al grupo Aval socio de Odebrecht?, eso es absurdo, es completamente absurdo Senador Andrade. \ \ Y yo lamento mucho que, pese a todas las discusiones públicas y en esta plenaria que se han dado al respecto, ustedes insistan en traer una conciliación que incluye semejante despropósito. Quitaron uno de los artículos, pues, porque el otro era todavía peor, no solamente el que quitaron, que era en la ley anterior el 20, no solamente les estábamos cubriendo con recursos públicos el total del riesgo financiero, las sanciones eventuales, incluso a los que causaron la nulidad, sino que, además, de ñapa les íbamos a decir que si siguieran con el contrato sin licitación. O sea, el grupo Aval se vuelve a quedar con, -para dar un ejemplo que tiene la gente reciente en la mente-, se vuelve a quedar con las obras de la Ruta del Sol, sin licitación, como premio a haber comprado ese contrato con corrupción, que fue la causa de la nulidad. Ese lo quitaron, pues, ya eso ya era absurdo, pues, era aún más absurdo, pero sigue estando el 21 con estas salvedades que, fíjense que no es un tema aquí ideológico de ninguna discusión. \ \ Yo, celebro que tengamos esta coincidencia con el Centro Democrático, es que realmente no tiene sentido cubrir con recursos públicos de los colombianos a los bancos, aun cuando han sido parte de la causal de nulidad y cubrirle todo el riesgo, los costos, las sanciones, etcétera, no tiene mucho sentido. \ \ Nosotros, si se retira el artículo 21 podríamos considera la votación de esta conciliación, de lo contrario es imposible apoyarla. Muchas gracias señor Presidente.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Luis Évelis Andrade Casama: \ \ Muchas gracias señor Presidente. También de manera muy breve, de acuerdo a los análisis y a los argumentos escuchados tenemos que decir que no respaldamos este proyecto. Nos parece como dicen algunos de manera escueta es ¿la ley del embudo? de alguna manera es favorecer lo que aquí se debe combatir, precisamente en una ley que es, la corrupción. Muchas gracias señor Presidente.

Dadas las desavenencias manifestadas por diversos senadores con el artículo 20 del proyecto, el Senador Hernán Andrade, ponente del proyecto, solicitó a la Presidencia del Senado que se aplazara la votación mientras se conformaba una comisión de trabajo que se reuniera con el Ministro de Transporte a fin de buscar la forma de solucionar los problemas identificados en el artículo sin afectar todo el proyecto de ley. Luego de un intenso debate al respecto, en el que se expusieron las múltiples herramientas del proyecto de ley para la lucha contra la corrupción en la contratación pública, y después de escuchar al Ministro de Transporte, la solicitud fue aceptada por la Presidencia del Senado y se conformó así una subcomisión con voceros de diferentes partidos.

Sobre el resultado del trabajo realizado por la subcomisión accidental creada para analizar el informe de conciliación del entonces proyecto de ley, en el Acta de Plenaria 46 del 14 de diciembre de 2017, quedó consignado el informe realizado y la votación que dio lugar a la aprobación de la conciliación, bajo compromisos por parte del Gobierno Nacional de reglamentar los límites máximos de los reconocimientos a que haya lugar, en particular la eliminación de reconocimiento de intereses de mora, y presentar un proyecto de ley para eliminar la salvedad a favor de las multas financieras y del efecto retroactivo de la norma.

Al respecto en la Gaceta del Congreso 365 se consignó lo siguiente:

“Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el señor Ministro de Transporte, Doctor Germán Cardona Gutiérrez:

(...) Muchas gracias señor presidente, quiero nuevamente saludar a todos los señores senadores, a la mesa directiva, a los funcionarios que me acompañan y ratificar lo que se habló ayer en la reunión de la subcomisión que se creó por parte de esta corporación para analizar este Proyecto de ley número 84, como se los manifesté el día anterior el Gobierno y en particular el Ministerio de Transporte y quien les está hablando, coincidimos plenamente en lo que ustedes han solicitado, todas las bancadas como lo mencionó también el Senador Andrade, y en consecuencia me permito dar lectura a esta proposición. \\\ Dice así: doctor Efraín Cepeda Presidente del Senado de la República, ciudad. \\\ El asunto: informe de la Subcomisión Accidental para la aclaración del informe de conciliación del Proyecto de ley número 84 de 2016 Senado, 285 de 2017 Cámara, *“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”*. \\\ Como consecuencia a las diversas opiniones que expusieron los honorables senadores en la plenaria del 13 de diciembre de 2017 sobre el 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 los honorables senadores: Germán Varón, Susana Correa, Paloma Valencia, Hernán Andrade, Luis

Emilio Sierra, Manuel Enríquez, Claudia López, Sénen Niño y Luis Fernando Velasco. Se reunió el 13 de diciembre a las 6:00 p. m. en donde 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 1º, 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.”¹⁰⁹

Sobre el informe presentado, se llevó a cabo un intenso debate, del cual resalta la manifestación del Senador Jorge Enrique Robledo Castillo quien solicitó la palabra para *“Precisar que el Polo Democrático alternativo no hizo parte de la comisión, nosotros no actuamos en la comisión, ni este Senador, ni el Senador Senén Niño, luego lo acordado no nos compromete de ninguna manera y anunciamos desde ya nuestro voto en contra a la conciliación (...)”*¹¹⁰

Finalmente, dados los compromisos del gobierno, el informe de conciliación fue sometido a votación y aprobado con 59 votos contra 4 en el Senado de la República, según consta en el acta.¹¹¹

7.2. Examen de constitucionalidad del primer inciso del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

El texto del inciso a examinar, es el siguiente:

¹⁰⁹ Acta 46 de la sesión ordinaria del 14 de diciembre de 2017 del Senado de la República. Gaceta del Congreso 365 de junio 2018. Subrayado fuera del original.

¹¹⁰ Ibidem

¹¹¹ Ibidem.

“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.”

El inciso fue demandado en su integralidad por el accionante y de los cargos presentados así como de la jurisprudencia antes reiterada se desprenden dos cuestiones a examinar: en primer lugar, si la norma por la cual se deben reconocer los costos, inversiones y pagos ejecutados por el contratista en la liquidación de un contrato declarado con nulidad absoluta es acorde con los principios de buena fe, licitud de la propiedad y protección del interés público que se desprenden de los artículos 1 y 58 de la Carta Política; y, en segundo lugar, si la actualización y pago de intereses a los que hace referencia la disposición se ajustan a los postulados constitucionales antes señalados.

7.2.1. El pago de lo ejecutado en un contrato estatal de APP declarado nulo absoluto

Al respecto, la norma impugnada fue incluida¹¹² en la ponencia para segundo debate del proyecto en la Cámara de Representantes por una observación del Ministerio de Transporte.¹¹³ Dicha norma, incluida en el primer inciso del

¹¹² Según consta en el Informe de Ponencia Segundo Debate Proyecto de Ley 285 de 2017 Cámara 84 de 2016 contenido en la Gaceta del Congreso 975 del 25 de octubre de 2017, el “El día 17 de mayo de 2017 se surtió el debate en la Plenaria de Senado, aprobando el proyecto bajo estudio, de conformidad con la ponencia presentada realizándose dos modificaciones: Se incluyó un artículo nuevo referido a los mecanismos de participación de la contratación pública, y cuyo objetivo es estimular la participación y la pluralidad de oferentes en los procesos de selección de contratistas con recursos públicos, y cuya cuantía no supere la menor de la entidad. De igual forma, se eliminó en su totalidad el artículo 17 del texto propuesto.” En dicha gaceta se deja la siguiente “CONSTANCIA El Senador Hernán Andrade dejó constancia de una proposición para modificar al artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 para viabilizar las obras de los proyectos en caso de caducidad o terminación del contrato.”

¹¹³ Según consta en la Gaceta 478 de junio de 2017, en el informe de Ponencia para primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes del Proyecto de ley número 285 de 2017 Cámara, 84 de 2016 Senado, *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.*

Señor Presidente Honorable Comisión Primera,

En cumplimiento del encargo encomendado por la Mesa Directiva de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes a través de Oficio número CPCP. 3.1 1213- 2017 de 7 de junio de 2017, y de acuerdo con los artículos 150 y 156 de la Ley 5ª de 1992, procedo a rendir ponencia para primer debate en Cámara, al Proyecto de ley número 285 de 2017 Cámara, 84 de 2017 Senado, *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.*”

“1. OBJETIVO DEL PROYECTO \ El presente proyecto de ley encuentra su fundamento en la creación de pliegos de condiciones tipo que serán aplicados para todos los contratos de obra pública que se celebren a nivel nacional, la iniciativa busca: Modificar aspectos precisos de las normas de contratación, con el fin de suscitar la sana competencia e igualdad de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales. Se pretende

parágrafo impugnado establece una regla general por la cual, frente a la declaratoria de nulidad de un contrato estatal de APP, en la liquidación del contrato “*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.*”

Esta primera regla fue demandada por el accionante por considerar que vulnera el principio de protección del interés general y la licitud como fundamento del derecho a la propiedad, porque, según él, la norma obliga al Estado a reconocer derechos patrimoniales a quienes han incurrido en un ilícito para la celebración de un contrato Estatal.

Como se pudo concluir en los considerandos de esta sentencia, en realidad la disposición demandada reproduce una norma que regula una materia similar a la contenida en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, que en su segundo inciso establece el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto y causa ilícita en tanto satisfagan el interés público:

“ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. (...) 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

implantar medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual que permitan aprovechar las grandes inversiones que en temas de infraestructura se están realizando en el país. \ Se parte de la base, que la normatividad actual necesita ajustes imprescindibles que confieran herramientas al aparato estatal en la lucha contra la corrupción, se busca fortalecer las empresas del sector, prescindir medidas de responsabilidad de los interventores que atentan contra el principio de igualdad, lograr organización en el tema de contratación y aprovechar el correcto desarrollo de los nuevos proyectos de infraestructura de transporte.\ Se procura aumentar el número de proponentes en los procesos de selección, a la vez que se intenta disminuir la concentración de la contratación en contadas empresas.

3. OBSERVACIONES ALLEGADAS AL PONENTE \ Culminado el trámite en el Senado de la República, el proyecto se remitió ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes el día 24 de mayo de la presente anualidad de conformidad con los artículos 142 y 143 de la Ley 5ª de 1992 y 150 de la Constitución Política. El día 7 de junio de 2017 se nombró al suscrito como ponente. \ Ahora bien, por la relación del articulado con diferentes entidades, se escucharon las opiniones de diferentes sectores, entre ellos el Ministerio de Minas, el Inviás, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Procuraduría General de la Nación; y se han recibido observaciones al proyecto por parte del Ministerio de Transporte, la Cámara Colombiana de la Infraestructura y la Sociedad Colombiana de Ingenieros: \ “Observaciones del Ministerio de Transporte:

- Que se incluya en el artículo 19 que de manera excepcional, de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 13 de la presente ley, sí procede la indemnización o compensación por mejoras realizadas en las fajas o zonas de reserva.
- Modificación al artículo 21 del texto aprobado en Senado. Sustitución del uso de las vías férreas para la construcción de sistemas de transporte. Incluye que aplicará si no se encuentran activas o forman parte de un proyecto de reactivación.

Artículo 22. Sustitución del uso de las vías férreas para la construcción de sistemas de transporte masivo. Las vías férreas municipales podrán ser usadas total o parcialmente para la construcción de infraestructura pública previa entrega de la totalidad del corredor férreo a entidad territorial por parte de la nación, siempre y cuando estos no se encuentren activos o formen parte de un proyecto de reactivación.

- Artículo nuevo que incluye un parágrafo 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. \ De las anteriores observaciones realizadas, se acogerán las dos últimas; no se comparte la primera en razón a que abre la puerta para que se deban compensar mejoras realizadas en las fajas o zonas de reserva de las vías, se considera inconveniente introducir dicha modificación que conllevaría a incentivar la ocupación ilegal de predios en estas zonas.”

prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

Sobre el asunto, es necesario señalar que la regla general en materia de efectos de la nulidad absoluta del contrato en materia civil está contenida en el artículo 1525 del Código Civil y establece que el reconocimiento de las restituciones mutuas depende del conocimiento que las partes (o una de ellas) tuvieran sobre la ilicitud del acto: “*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*”. La exigencia de la buena fe contractual, y en particular, la regla por la cual no es posible sacar provecho de la propia falta, se traducen en el derecho común en la regla por la cual quedan por fuera de las restituciones resultantes de la nulidad del contrato, aquellos elementos o pagos que se dieron “*a sabiendas*” de la ilicitud del contrato, porque en tal caso, no existe una buena fe contractual por proteger.

En efecto, el artículo 1525 Código Civil codifica la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado, principio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”. Este principio ha sido considerado por esta Corte como una regla aceptada desde la antigüedad, que sintetiza el principio de la *bona fides*, y que se traduce en que los tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, pues ello es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos con fundamento en el artículo 95 de la Carta Política.¹¹⁴

Al artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece una regla diferente, en la que el criterio principal para determinar las restituciones en caso de nulidad absoluta es la satisfacción del interés público. Sin embargo, dicha norma ha sido entendida y aplicada por la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia como una regla que debe compatibilizarse con las reglas especiales del Código Civil en la materia.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería). “La aplicación de la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* frente a la administración de justicia. La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERICIDAS dentro del ordenamiento jurídico. Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, lo cual conduce a que eventualmente una acción de tutela resulte improcedente cuando los hechos desfavorables los ha generado el mismo interesado, como cuando por ejemplo no es advertida la curia o diligencia exigible en un proceso judicial. \ \ Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél. \ \ Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la *bona fides*, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado. \ \ Dicha regla, materializada en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio” \ \ De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aun así, pretende suceder al causante. \ \ Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido. \ \ Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)”

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha concentrado en explicar de forma más detallada el margen de apreciación que el juez debe tener a la hora de decidir las restituciones a que pueda haber lugar en el caso de un contrato estatal viciado de nulidad absoluta, y en particular, respecto de aquellos casos en que el conocimiento previo de las partes pueda resultar comprometido.

La disposición bajo examen está planteada de forma general. El encabezado de la disposición señala:

“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 (...)”¹¹⁵

Dos cuestiones surgen del inciso revisado. En primer lugar, y tal como lo manifestaron algunos de los expertos invitados a la sesión técnica, la disposición se propone regular dos hipótesis diferentes, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido claramente en su origen y efectos: de un lado, la **nulidad absoluta del contrato** que debe ser declarada por el juez (o el tribunal arbitral) del contrato, por determinadas causales, evento en el cual se plantea una controversia judicial o arbitral que concluye con una providencia que tiene efectos retroactivos y en las cuales, según las circunstancias del caso, pueden hacerse **reconocimientos de restituciones mutuas**; y de otra parte, la **terminación unilateral del contrato** que se produce por medio de acto de la administración en ejercicio de sus potestades excepcionales y de forma obligatoria (artículo 45, inciso segundo Ley 80 de 1993), ante la ocurrencia de ciertas causales de nulidad absoluta (1, 2 y 4 del artículo 44, Ley 80 de 1993), evento en el cual la entidad deberá proceder a realizar la **liquidación del contrato**.¹¹⁶

En consecuencia, se trata de dos hipótesis distintas que además no pueden ser concurrentes por una cuestión de técnica jurídica puesto que la terminación unilateral y liquidación de un contrato estatal tiene como un requisito *sine qua non* que el contrato exista y no haya cesado, y de ninguna forma procedería frente a un contrato que ha sido judicial o arbitralmente declarado nulo, por la simple razón de que no se puede terminar lo que no existe. Además, la declaratoria judicial de nulidad del contrato es procedente tanto frente a los contratos de ejecución inmediata como aquellos de tracto sucesivo, y en ambos casos tiene el mismo efecto de eliminar de la vida jurídica al contrato y proceder únicamente al reconocimiento de las restituciones a que haya lugar. Así lo ha manifestado en su pacífica y reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado,

¹¹⁵ Ley 1502 de 2012, artículo 32, Parágrafo 1, adicionado por la Ley 1882 de 2018, artículo 20.

¹¹⁶ Al respecto se refirieron los expertos Mauricio Fajardo Gómez y Aida Patricia Hernández Silva en la sesión técnica de la Sala Plena de la Corte Constitucional realizada el día 30 de abril de 2019.

quien en una reciente sentencia en que tuvo la oportunidad de referirse al asunto sostuvo:

“57.1.2. Entonces no es cierto que una vez declarada judicialmente la nulidad absoluta de un contrato, tenga que proferir el representante legal de la entidad un acto administrativo declarando su terminación unilateral y ordenando su liquidación, puesto que –por sustracción de materia- no se puede terminar lo que ya no existe, por haber sido expulsado del ámbito jurídico mediante una sentencia judicial. En consecuencia, no faltó el tribunal de arbitramento a su deber de fallar en derecho respecto de este aspecto por desconocimiento de la normatividad aplicable, como lo adujo la recurrente respecto de los artículos 45, 48 y 60 de la Ley 80 de 1993, puesto que ninguna de ellas atribuye tal obligación a cargo de la administración.

57.1.3. En cuanto a la liquidación, específicamente el artículo 60 de la Ley 80, establece que los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación, operación que, tratándose de un corte de cuentas para definir el resultado final de la ejecución del contrato y establecer quién debe a quién y cuánto, presupone necesariamente la existencia del negocio jurídico, **la cual no se puede predicar respecto de un contrato que el juez ha declarado absolutamente nulo.**”¹¹⁷ (negrillas propias)

De aceptarse lo contrario se atentaría gravemente contra el interés general, la moralidad pública y el patrimonio público, pues se permitiría que el contratista reciba las sumas que se reconozcan en el proceso de nulidad a título de restituciones y adicionalmente a ello las sumas que la entidad administrativa ordene por concepto de liquidación del contrato, lo cual resulta abiertamente contrario a derecho.

Dicho esto y a la luz del derecho vigente, la Corte Constitucional encuentra que la norma no genera una confusión que haga necesario un condicionamiento. Si bien es evidente que en caso de que sea el juez del contrato quien declare la nulidad del mismo, no opera de ninguna forma una liquidación adicional, puesto que no se puede terminar y liquidar lo que en realidad nunca ha existido jurídicamente, **del texto de la disposición resulta suficientemente claro que la intención del legislador es regular la liquidación administrativa que surge de la terminación unilateral del contrato por nulidad absoluta, e igualmente la declaratoria judicial o arbitral del contrato por nulidad**

¹¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección B, Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá D.C, veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente 59836; Radicación:1100103260002017 00113 00 Convocante: Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S; Convocado: Instituto de Desarrollo Urbano IDU y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. ; Naturaleza: Recurso de anulación de laudo arbitral.

absoluta de forma que para estos últimos casos, le corresponde al juez del contrato realizar los reconocimientos por restituciones a que haya lugar teniendo en consideración lo dispuesto en los parágrafos 1 y 2 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Es esa la única forma posible en que el derecho colombiano permite leer la disposición analizada, sin que, de ninguna manera pueda darse por entendido que luego de la declaración de nulidad por parte del juez, procede una liquidación del contrato por parte de una autoridad administrativa.

En segundo lugar, nada indica la disposición sobre la regla común, aplicable a todo contrato civil, comercial o administrativo, referida al conocimiento de las partes sobre la ilicitud del acto, por lo que, siguiendo la jurisprudencia en la materia, se entendería que la misma no resulta aplicable de forma imperativa, aunque es un elemento a tomar en consideración por el juez en la solución del caso concreto.

Al respecto, la Corte concluye que en efecto existe una diferencia relevante entre los efectos de la nulidad absoluta según la razón en que se funde dicha declaratoria de nulidad. En particular porque frente a la nulidad por objeto y causa ilícita, el derecho colombiano ha establecido una excepción frente a la regla general de restituciones, consistente en excluirlas para aquellas partes que hayan actuado con conocimiento de la causa u objeto ilícitos (“a sabiendas”) que dio lugar a la nulidad.¹¹⁸ Esa regla, aunque anterior a la Carta Política de 1991, es reflejo de los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 de la CP) y prevalencia del interés general (artículo superior 1) y es acorde con la exigencia constitucional de la licitud de los actos para la consolidación de derechos de propiedad (artículos 4, 34 y 58 superiores).

En efecto, permitir que un contratista que actúa dolosamente, o con conocimiento de la ilicitud que da lugar a la nulidad de un contrato, reciba restituciones por los costos, gastos e inversiones que ejecutó en dicho contrato, significa permitir que saque provecho de su actuación ilícita, y darle a dicha ilicitud, que afecta el patrimonio público y el interés general, la capacidad de crear efectos jurídicos en materia de consolidación del derecho de propiedad.

Sobre este último aspecto, algunos de los intervinientes en el presente examen alegaron que dejar de pagar los costos, inversiones y gastos en que se haya incurrido para la ejecución de las obras efectivamente adelantadas luego de la nulidad absoluta sería desconocer el respeto por los derechos patrimoniales del contratista. Sobre este punto es menester recordar, que esta Corte ha sostenido en su jurisprudencia que la protección de los derechos de propiedad está condicionada a la licitud de los actos en que se funde. En otras palabras, se protegen los derechos adquiridos de manera lícita, en cambio, esa protección no se extiende a quien adquiere dominio por medios ilícitos, pues *“quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De*

¹¹⁸ Código Civil Colombiano, Artículo 1525 Acción de repetición por objeto o causa ilícita. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

allí que el dominio que llegue ejercer es solo un 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.”¹¹⁹

Al respecto ha indicado la Corte que:

“En efecto, no tendría ningún sentido la concepción del Estado como social de derecho y , en consecuencia, como Estado de Justicia; ni la inclusión del valor superior justicia en el Preámbulo de la Carta, ni la realización de un orden social justo como uno de los fines del Estado, ni la detenida regulación de la libertad y de la igualdad como contenidos de la justicia; si se permitiera, por una parte, que se adquirieran derechos mediante títulos ilegítimos y, por otra, que esos derechos ilícitamente adquiridos fueran protegidos por la Constitución misma. Por el contrario, la concepción del Estado, sus valores superiores, los principios, su régimen de derechos y deberes, imponen, de manera irrefutable, una concepción diferente: los derechos solo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y solo a estos se extiende la protección que aquel brinda.”¹²⁰

Por otra parte, al revisar la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, la Corte Constitucional pudo verificar que no se trata de una posición absolutamente irrestricta que desconozca las diferentes variables que pueden entrar en juego en la declaración de nulidad o en la liquidación de un contrato estatal, sino que básicamente, es una regla que refleja la conjunción de distintos principios de raigambre constitucional que entran en juego y que deben ser aplicados de forma ponderada y razonable. Al respecto el Alto Tribunal señaló:

“(…) la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido. Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo “*in pari causa turpitudinem cessat repetitio*” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.”¹²¹

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, (MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Exp. 37.566. En esta decisión, el Consejo de Estado explicó ampliamente el margen de

Así, ante todo, los reconocimientos en un contrato estatal declarado absolutamente nulo por objeto o causa ilícita en que se establezca que el concesionario, o sus socios o integrantes tuvieron conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad del contrato requiere del análisis de diferentes variables que, a la luz del sustento fáctico concreto, deben condicionar las posibles restituciones a que haya lugar. La gravedad de la ilicitud, en particular si se trata de un hecho punible y si el mismo constituye un acto de corrupción, el respeto por el principio de buena fe, así como las relaciones que existan entre la parte contratista y aquellos que intervienen como terceros en el contrato, son cuestiones que deben ser analizadas en cada caso, cuando esté demostrado que el contratista tenía conocimiento de la ilicitud en el momento en que se celebró el contrato de APP.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que los contratos de APP (como una especie de los contratos del tipo de proyecto financiado (*Project Finance*) para construcción de infraestructura) tienen unas características específicas que generan que el ahorro captado del público pueda ser el principal afectado por las decisiones respecto de restituciones en los casos de nulidad absoluta. En efecto, parte importante del diseño de estas asociaciones está en el apalancamiento financiero de los proyectos y en el traslado de riesgos y beneficios a particulares. Eso implica que el capital con que se cubren los gastos e inversiones del proyecto está apalancado principalmente en el sector financiero,¹²² de tal forma que el capital en riesgo de los contratistas resulta significativamente menor que el capital en riesgo del sector financiero. Además, la normatividad al respecto establece que los fondos de capital privado que participen deben incluir entre sus inversionistas a fondos de pensiones,¹²³

apreciación que el juez debe tener a la hora de decidir las restituciones a que pueda haber lugar en el caso de un contrato estatal viciado de nulidad absoluta, y en particular, respecto de aquellos casos en que el conocimiento previo de las partes pueda resultar comprometido. Así: “Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (“repetirse”), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio. En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injustam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor. Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*. Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que “*sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tornar*”. La sentencia continúa con el extracto citado.

¹²² Según indica Asobancaria en su intervención: “(...) debe tenerse en cuenta que los proyectos de infraestructura en Colombia y en el mundo siempre están fuertemente apalancados. Esto significa que siempre es muchísimo más grande la deuda que se contrae con el sector financiero que el equity o los aportes de capitalización que ponen los socios del concesionario para desarrollar el proyecto. De hecho, suele ser el caso que por cada peso que ponen los socios de una concesión existen 5 pesos de deuda de la concesión misma, lo que denota el apalancamiento antes descrito. Esto, pues se trata siempre de proyectos de gran tamaño donde no es posible realizarlos únicamente a partir de aportes de capital de los socios de una sociedad concesionaria. Luego, cuando se termina un contrato de concesión abruptamente, es cierto que los socios de una concesión pueden perder sus recursos de *equity* pero no es menos cierto que quienes tienen más en juego son las entidades financieras y los demás acreedores de la concesión. Como se dijo, los recursos de deuda corrientemente representan 5 veces los aportes de los socios a la sociedad concesionaria”.

¹²³ Decreto 1467 de 2012 *Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012*. “Artículo 3. Oferentes en proyectos de Asociación Público Privada. Pueden presentar propuestas para ejecutar proyectos de Asociación Público

de tal manera que la decisión sobre las restituciones en contratos de APP declarados con nulidad absoluta tiene repercusiones en una parte sensible del ahorro captado del público que, para el caso de los fondos de pensiones, tiene una especial trascendencia para el interés general, por su relación con el derecho a la seguridad social. Este punto debe ser observado con mucho detenimiento en cada caso para que no sean los terceros de buena fe y especialmente el ahorro pensional, quienes terminen siendo afectados por la conducta ilícita de los contratistas y la consecuente declaratoria de nulidad absoluta del contrato de APP.

Para esta Corte, una regla general y absoluta que excluya la discrecionalidad del órgano jurisdiccional o administrativo para evaluar las características de cada caso, en cuanto al conocimiento y la actuación de buena o mala fe de las partes o de supuestos terceros sobre la ilicitud del acto, así como sobre las posibles afectaciones a terceros de buena fe, al interés público y a otros principios constitucionales, a fin de determinar la viabilidad de las restituciones que surjan de un contrato de APP declarado nulo absoluto por objeto y causa ilícita, sería contraria a la Carta Política por cuanto resulta irrazonable y desproporcionada.

En conclusión, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, que se desprenden de los artículos 1, 4, 34, 58 y 83 de la Carta Política impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones.

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

Por otra parte, la norma establece que se deberá reconocer el valor *de los costos, las inversiones y los gastos* en que se incurrió para la ejecución del contrato

Privada con las entidades estatales competentes, las personas naturales y jurídicas. Parágrafo: Las personas jurídicas podrán presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado. Los Fondos de Capital Privado a los que se refiere el inciso anterior deberán contar entre sus inversionistas con Fondos de Pensiones. En el caso de Fondos extranjeros de Capital Privado deberán cumplir los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones.” (Subrayado fuera del original).

declarado nulo absoluto. Al respecto es menester señalar que el monto de los reconocimientos a realizar a título de restituciones tiene, en concordancia con la protección del interés general y del patrimonio público, una relación directa con el grado de satisfacción del interés público que las obras entregadas generan al Estado.

Según se pudo revisar a lo largo de la jurisprudencia constitucional, la interpretación de los artículos 1 y 58 respecto de la prevalencia del interés público y la protección del interés general redundan en la necesidad de proteger los recursos y administrarlos de forma justa y equitativa. En su jurisprudencia, el Consejo de Estado, al interpretar el artículo 48 de la Ley 80 de 1993,¹²⁴ claramente ha establecido que el grado de satisfacción del interés público es el único criterio para valorar el monto de las restituciones a cargo del Estado, y a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, dicha regla resulta ajustada a la Carta Política por cuanto, como se explicó en la fundamentación de esta sentencia, el contrato administrativo es una herramienta para la satisfacción del interés público, y solo en esa medida tiene legitimidad. Bajo esa misma premisa, el pago de obras adelantadas en un contrato estatal solo se justifica en cuanto las mismas contribuyen a satisfacer el interés público.

Finalmente, la Sala observa que el primer inciso del párrafo 1° demandado se refiere a la restitución de los costos, gastos o inversiones en que pudo incurrir o tuvo que hacer el contratista para el desarrollo del objeto de un contrato cuya terminación se ordena en razón de una nulidad por objeto o causa ilícita, pero que la norma no atiende en forma alguna a la procedencia de los recursos con los que se financiaron los mismos, ni a la buena o mala fe de quienes los aportaron. Al respecto, debe repararse en que los costos, gastos o inversiones en los contratos de APP se realizan con cargo al patrimonio autónomo que se constituye para ello (artículo 24 de la Ley 1508 de 2012)¹²⁵ y que integra todos los recursos con que se ejecutará el proyecto, incluyendo los recursos propios del contratista y recursos provenientes de endeudamiento, ya sea con terceros propiamente dichos, o con aquellos otros que son formalmente terceros pero que por estar jurídicamente relacionados con el contratista, para estos efectos se consideran la misma persona jurídica, y que son aquellos que hace referencia el artículo 2.1.2.1.10 del Decreto 2555 de 2010, *por el cual se recogen y*

¹²⁴ Ley 80 de 1993, “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.”

¹²⁵ Ley 1508 de 2012, “ARTÍCULO 24. PATRIMONIO AUTÓNOMO. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto. \\\ PARÁGRAFO. Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero “UIAF” el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera.”

*reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y de valores y se expiden otras disposiciones.*¹²⁶

Ahora bien, en todo empréstito nacional o internacional para la financiación de proyectos se establece un tope de endeudamiento relacionado con el monto del capital propio que aporte al proyecto la parte contratista (o sus terceros relacionados, a que se refiere el artículo 2.1.2.1.10 del decreto 2555 de 2010). Así, en la financiación de proyectos hay una proporción de recursos propios del contratista o de sus terceros relacionados, y otra proporción de recursos provenientes de terceros propiamente dichos, que pueden ser recursos suministrados por entidades financieras, provenientes de captación de ahorro del público (ahorro público, en el lenguaje de la Corte).

Hecha esta distinción, la Corte reitera que la regla constitucional implica que las restituciones a que haya lugar dependen del conocimiento de la ilicitud o de la buena o mala fe con que haya actuado cada uno de ellos. Para estos efectos, la autoridad judicial que declare la nulidad o la autoridad administrativa que liquida el contrato podrá ordenar el levantamiento del velo corporativo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 190 de 1995¹²⁷ y según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012,¹²⁸ a fin de establecer el grado de relación de los terceros con el contratista y el

¹²⁶ Artículo 2.1.2.1.10 (Artículo 10 del Decreto 2360 de 1993) Operaciones que se entienden realizadas con una misma persona jurídica. Para los efectos de los títulos 2 y 3 del presente Libro se entenderán efectuadas con una misma persona jurídica, además de las operaciones realizadas con ésta, las siguientes: 1. Las celebradas con las personas jurídicas en las cuales tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital o de los derechos de voto, o el derecho de nombrar más de la mitad de los miembros del órgano de administración. 2. Las celebradas con personas jurídicas en las cuales sea accionista o asociado y la mayoría de los miembros de los órganos de administración o control hayan sido designados por el ejercicio de su derecho de voto, salvo que otra persona tenga respecto de ella los derechos o atribuciones a que se refiere el numeral anterior. 3. Las celebradas con personas jurídicas de las cuales sea accionista o asociado, cuando por convenio con los demás accionistas de la sociedad controle más del cincuenta por ciento (50%) de los derechos de voto de la correspondiente entidad. 4. Las celebradas con personas jurídicas en las cuales, aquella o quienes la controlen, tengan una participación en el capital igual o superior al veinte por ciento (20%), siempre y cuando la entidad accionista como aquella de la cual es socia o asociada se encuentren colocadas bajo una dirección única o sus órganos de administración, de dirección o de control estén compuestos o se encuentren mayoritariamente controlados por las mismas personas. Parágrafo 1. Para la aplicación de lo dispuesto en este artículo se tendrán en cuenta, además de los derechos de voto o de nombramiento de la persona jurídica, los mismos derechos de una filial o subsidiaria suya y los de cualquier otra persona que obre en su nombre o de sus filiales o subsidiarias. Parágrafo 2. Para estos mismos efectos no se considerarán los derechos de voto o nombramiento que se deriven de acciones o derechos de voto poseídos por cuenta de terceros o en garantía, siempre que en este último caso los derechos de voto se ejerzan en interés de quien ofrece la garantía. Parágrafo 3. **En todo caso, el establecimiento de crédito deberá acumular las obligaciones de personas jurídicas que representen un riesgo común o singular cuando, por tener accionistas o asociados comunes, administradores comunes, garantías cruzadas o una interdependencia comercial directa que no puede sustituirse a corto plazo, en el evento en que se presentara una grave situación financiera para una de ellas se afectaría sustancialmente la condición financiera de la otra u otras, o cuando el mismo factor que pudiera determinar una difícil situación para una de ellas también afectaría en un grado semejante a las demás.** Parágrafo 4. (Adicionado por el artículo 4 del Decreto 2653 de 1993) Las personas jurídicas de derecho público y las entidades descentralizadas del sector público en sus diferentes órdenes no serán sujetos de la aplicación de lo previsto en el presente artículo. (Negrillas y subrayas fuera del original)

¹²⁷ Artículo 44°.- Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta.

¹²⁸ Ley 1508 de 2012, “ARTÍCULO 23. IDENTIFICACIÓN DEL BENEFICIARIO REAL DEL CONTRATO Y DEL ORIGEN DE LOS RECURSOS. Los proponentes que participen en procesos de precalificación a los que se refiere el artículo 10 de la presente ley y en general, en procesos de selección para el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada, deberán presentar declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar adjudicatarios del futuro contrato, así como el origen de sus recursos. Lo anterior con el fin de prevenir actividades u operaciones de lavado de activos.”

conocimiento que pudo tener sobre la ilicitud y con base en ello, si actuó o no con buena fe exenta de culpa.

En cuanto a los recursos financieros provenientes de endeudamiento del contratista con terceros propiamente dichos, especialmente con fondos de capital privado en que participen recursos de las Administradoras de Fondos de Pensiones, por provenir de ahorradores que son propiamente terceros de buena fe exenta de culpa, deben formar parte de las restituciones a que haya lugar.

Por lo tanto, el reconocimiento de las restituciones a que haya lugar no es un simple pago al contratista, sino que la autoridad competente de la declaratoria de nulidad del contrato debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las obligaciones con los acreedores de buena fe, incluyendo la protección del ahorro captado del público. Solo si luego de pagar todas las deudas del proyecto frente a los acreedores de buena fe quedan recursos disponibles, procede la apropiación de las mismas a título de restitución del capital invertido por el contratista o socio que haga parte de la persona contratista, que haya actuado sin dolo, mala fe o conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad.

En ese sentido, la Corte Constitucional considera que el primer inciso del párrafo 1º demandado debe ser declarado exequible de forma condicionada, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

7.2.2. El pago de intereses y corrección monetaria sobre el capital invertido por el contratista en obras del contrato declarado nulo absoluto

El primer inciso del párrafo demandado establece unas condiciones a los reconocimientos de los pagos a realizar, que incluyen intereses sobre los costos, inversiones y gastos.

Concretamente, la norma impugnada señala que:

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.¹²⁹

Al respecto, es necesario verificar si el párrafo demandado admite diversas interpretaciones posibles y de ser así, si es necesario restringir la interpretación a una sola de ellas a través de un condicionamiento.

7.2.2.1. Sobre la actualización de los valores.

En primer lugar, el párrafo hace inicialmente referencia a la indexación de los gastos, costos e inversiones realizadas por el contratista. Luego del punto seguido, la disposición establece una fórmula para la actualización a realizar.

Algunos intervinientes sostienen que existe una repetición de la actualización en la disposición y que ello implica una doble indexación lo cual resultaría abiertamente contrario a la equidad contractual y redundaría contra el interés general.

Sin embargo, al leer detenidamente el inciso, es evidente que la intención del Legislador no es la de establecer una doble indexación, sino la de explicar, en una regla secundaria, la forma y el alcance de la actualización ordenada.

Por su parte, en cuanto al análisis de la última parte del inciso, considera esta Corte que la indexación o actualización monetaria es una fórmula equitativa que resulta compatible cuando de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban al momento de realizar los costos, gastos e inversiones se trata. Al respecto, sobre el concepto de indexación la Corte Suprema de Justicia, en el marco de la rescisión de un contrato civil, (por lesión enorme) ha explicado que:

“La corrección monetaria -o indexación- es una remuneración equitativa y razonable para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación, es decir, una retribución para que la prestación económica tenga un valor igual -o similar- al que tuvo en el momento en que se ejecutaron las obligaciones del respectivo negocio, que fue cuando se pagó el precio pactado, o debió pagarse el justo.

Por eso debe atenderse, conforme a la doctrina de esta Corte para entronizar la corrección pecuniaria como una forma de justicia en las obligaciones que lo admiten, que cumplir estas sin ese mecanismo, impondría al acreedor la recepción de un dinero envilecido por la merma de su valor real o poder de compra, pues para que reine la equidad en el verdadero valor de esas cargas o restauraciones pecuniarias, es menester que la traída a valor presente de ellas cobije todo el tiempo en que estuvieron sujetas a la depreciación por causa de la inflación.”¹³⁰

¹²⁹ Resaltado fuera del original.

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 18 de julio de 2017, (MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo) sentencia SC10291-2017, Radicación N.º 73001-31-03-001-2008-00374-0.1

Resulta, por lo tanto, perfectamente compatible con los principios de equidad y buena fe contractual, que se realice la indexación o corrección monetaria tanto del valor de los costos, inversiones y gastos en que incurrió el contratista como de las remuneraciones y pagos que le dio la entidad pública para la ejecución de un contrato del cual resultan obras que contribuyen a satisfacer el interés público. De esta forma es posible establecer, luego de determinada la contribución al interés público de las obras y ejecuciones del contrato, y la buena fe de contratistas y terceros, los montos de las restituciones a reconocer.

De otra forma, si en la valoración de las obras ejecutadas se consideraran las sumas gastadas e invertidas (menos los pagos realizados) sin considerar su depreciación, se generaría una inequidad por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

7.2.2.2. Sobre el pago de intereses.

Por otra parte, el inciso primero del párrafo demandado dispone que dentro de las restituciones se deben incluir los intereses, así: *“en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses”*.

Al respecto caben dos interpretaciones posibles: la primera, según la cual el legislador estableció que el Estado debe pagar intereses al contratista por el dinero gastado e invertido en la ejecución de la obra. Al respecto, el Ministerio de Transporte señaló en su intervención que: *“No comparte (...) el reconocimiento de intereses sobre los costos, inversiones y gastos ejecutados por el contratista en los eventos de declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal o de su nulidad originada en causal de nulidad absoluta, por cuanto no existe término de equilibrio entre el proceso restitutorio propio de la bilateralidad del contrato Estatal y consecuencia de su balance dentro del mismo.”*

Los intereses son un concepto rentístico, que pretende generar una ganancia al inversionista y en donde el efecto no es recuperar la suma gastada, sino obtener un beneficio sobre el capital invertido. El pago de intereses sobre los gastos, implicaría el reconocimiento de las rentas producidas por un contrato pese a haber sido declarado nulo absoluto, lo que, especialmente en casos de nulidad por objeto y causa ilícita, terminaría dándole continuidad de reproducción de renta a un acto ilícito e incluso punible. Además, los intereses moratorios han sido entendidos como una forma de indemnización de perjuicios y, en el caso de una decisión judicial o arbitral de nulidad absoluta, lo que procede es únicamente el reconocimiento de restituciones mutuas, siendo incompatible el pago de perjuicios.¹³¹

¹³¹ Así lo señalaron los expertos Mauricio Fajardo y Aida Hernández en la Sesión Técnica realizada por la Corte Constitucional sobre el presente asunto. Al respecto ver Sentencia del Consejo de Estado SCA, SIII -B, 20 de marzo de 2018, Exp. 59836, (MP Danilo Rojas Betancourth).

Pero no encuentra la Corte razón a la interpretación que hace el Ministerio de Transporte, pues de la redacción del inciso no es posible desprender una lectura semejante.

La lectura que se puede hacer sobre la expresión es que los intereses a que hace referencia son aquellos que se han pagado o aquellos que se han causado y no pagado frente a los terceros por los dineros prestados para la conformación del patrimonio autónomo del proyecto, hasta la fecha en que se declare la nulidad del contrato o se termine el contrato por dicha causa.¹³²

Por supuesto, no puede entenderse que dentro del concepto de intereses que incluye la expresión analizada se encuentran aquellos que todavía no se hayan pagado o causado cuando se declare la nulidad del contrato, puesto que el inciso se refiere a los gastos, “*costos e inversiones, incluyendo los intereses, que hayan sido ejecutados por el contratista*”. Dentro del cálculo de las tasas de interés nominal que pactan las entidades financieras con los contratistas, la devaluación es una de las variables consideradas, como también lo son el riesgo, el plazo, los costos administrativos (o costo financiero estricto), entre otros, justamente a fin de mantener un margen de rendimiento financiero en el préstamo.¹³³ En consecuencia, al tenor literal de la expresión analizada, el monto de los intereses pactados, pagados y/o debidos al sector financiero en el momento en que se liquide o declare la nulidad del contrato hacen parte de los costos financieros que pueden ser objeto indexación monetaria del capital adeudado, sin que ello resulte contrario a la Carta Política.

Por otra parte, el término establecido por el legislador para la tasación de la actualización monetaria, esto es: “*desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación*” resulta válido igualmente para el cálculo de los intereses causados, por cuanto constituye un criterio que resguarda la equidad contractual y garantiza, en todo caso la protección a los terceros de buena fe. Por supuesto, pese a la falta de rigor técnico de la expresión *liquidación*, la misma solo puede ser entendida en el marco sistemático del párrafo en que se inserta. Por lo tanto, es claro que la expresión no se entiende únicamente como la liquidación propiamente dicha que es la que realiza la entidad administrativa al terminar el contrato por encontrar una nulidad absoluta, sino que la misma se refiere también a la decisión del juez del contrato que declara la nulidad absoluta del mismo y ordena el pago de las restituciones a que haya lugar frente a quienes hayan actuado de buena fe, puesto que así lo determinó el legislador desde el primer inciso del párrafo 1 del artículo 20 de la ley 1882 de 2018.

¹³² Sobre el punto, los economistas Juan Ricardo Ortega, Andrés Escobar y Clemente del Valle coincidieron en establecer que en términos económicos todos los gastos pasados deben actualizarse a momento presente para determinar su valor real. Lo mismo sucede con los intereses que ya se pagaron,

¹³³ Al respecto, por ejemplo, en los reportes del emisor del Banco de la República se indica: “II. Interpretaciones de la curva de rendimientos A. Expectativas de inflación Las expectativas de inflación son una variable no observable, por lo cual se busca estimarlas a partir de otras variables observables como la estructura a plazo de las tasas de interés, debido a que las tasas de interés nominales incorporan, entre otros posibles elementos, una prima que representa el pronóstico del mercado sobre la inflación futura.” Consultado en: <https://publicaciones.banrepultural.org/index.php/emisor/article/view/7746/8126>

7.2.3. Conclusiones sobre el primer inciso del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018

Atendiendo a los criterios antes descritos, la Corte Constitucional encuentra que el inciso primero del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 se ajusta a lo dispuesto por los artículos 1, 4, 58 y 83, bajo el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

7.3. *Examen de constitucionalidad del segundo inciso del párrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.*

El segundo inciso del párrafo 1º se complementa con cuatro numerales y su texto es el siguiente:

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.

La regla general dispuesta en el condicionamiento que se realizará sobre el inciso primero, es que los reconocimientos están condicionados por la buena fé de los contratistas o acreedores y es en ese sentido en que, sistemáticamente tiene sentido la lectura de este segundo inciso, ante lo cual no es necesario realizar ningún condicionamiento.

La norma por la cual es un experto independiente o la interventoría quienes deberán validar el cumplimiento de los requisitos para que haya lugar a las restituciones no genera en esta Corte ningún cuestionamiento de

constitucionalidad, como tampoco sobre los numerales 2 y 3, que no fueron impugnados y que establecen condiciones razonables para el reconocimiento de las restituciones de que trata el párrafo.

Por otra parte, al considerar la relación que tiene el primer inciso del párrafo demandado con el numeral 1 del mismo, la Corte ve necesario examinar la exequibilidad de este último en tanto es una condición de la regla analizada que en cualquier caso será directamente afectada por la decisión que esta Corporación tomará respecto del primer inciso.

Así, la expresión integrada en el examen de constitucionalidad establece el primero de los criterios para determinar los reconocimientos a realizar, pues determina que deben reconocerse las obras que: “1. *Hayan sido ejecutadas total o parcialmente para contribuir a satisfacer el interés público*”.

Al respecto es fundamental reseñar que, tal como se pudo verificar en la parte de los fundamentos jurídicos, la Corte Constitucional ha remarcado la inescindible relación entre la contratación estatal, el interés público y la protección del patrimonio público, de tal forma que el legislador los tiene como límites a su facultad normativa en materia de contratación administrativa. Por su parte, el Consejo de Estado tiene una pacífica jurisprudencia al interpretar las normas de contratación estatal en la que ha señalado que los reconocimientos a que haya lugar en casos de nulidad absoluta, son los que corresponden a la satisfacción del interés público.

Para la Corte Constitucional es claro que la normatividad vigente y la interpretación que el Consejo de Estado le ha dado a la materia es acorde a la Carta Política pues condiciona el reconocimiento de pagos a cargo del Estado en caso de nulidades absolutas del contrato, a que exista satisfacción del interés público. En ese sentido, tomando en consideración la complejidad de la valoración de las ejecuciones en este tipo de contratos, así como la importancia de la protección del ahorro público comprometido en el financiamiento de estos proyectos, la fórmula por la cual se calculan las restituciones a partir de los costos, gastos e inversiones ejecutados total o parcialmente para satisfacer el interés público, relacionados con el objeto del contrato y que correspondan como máximo a precios de mercado, resulta razonable y adecuada desde la perspectiva constitucional.

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional considera que, frente a los cargos analizados en esta decisión, el segundo inciso y los numerales 1, 2 y 3 del párrafo 1° de la Ley 1882 de 2018 no presentan ningún problema de constitucionalidad.

7.4. Examen de constitucionalidad del numeral 4 del párrafo 1° de la Ley 1508 de 2012. El reconocimiento de restituciones por el pago de las sanciones y cláusulas penales pactadas o no con el sector financiero

La disposición demandada señala los criterios que deben cumplir los reconocimientos por los costos, inversiones y gastos incurridos en la ejecución

de las obras o actividades del contrato declarado con nulidad absoluta, y en el numeral 4 establece una regla general de exclusión frente a penalidades pactadas con terceros, a lo cual hace una salvedad frente a la cobertura financiera, así:

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

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 (SIC) derivados de cobertura financiera del proyecto.”

En el caso concreto, la acusación de inconstitucionalidad se plantea porque la disposición acusada pone a cargo del Estado la asunción de todos los riesgos financieros del contrato, pues además de reconocer el valor de las obras adelantadas que satisfagan el interés público, debería reconocer el valor actualizado de las penalidades acordadas con el sector financiero.

Esta disposición implica por lo tanto que el Estado debe responder por las multas, cláusulas penales, intereses moratorios y otras penalidades que el contratista haya pactado “o no” con el sector financiero, en razón de la terminación anticipada del contrato, sin que el Estado haya intervenido en la negociación de dichas cláusulas, y sin importar si el contratista hubiese o no contribuido con su actuar a la causal que dio lugar a la nulidad del contrato y a las consecuencias que de ello se derivan.

Tal como lo advirtió el Ministerio Público en su concepto y se revisó en el apartado 7.1 de la presente decisión, esta disposición fue objeto de gran controversia en el trámite legislativo, especialmente en el Senado de la República que, según consta en las actas, advirtió en ella un problema de equidad en cuanto a la distribución de los riesgos del contrato de APP, pues convierte al Estado en el deudor de las cargas financieras asumidas por el contratista. En vista de las dificultades identificadas por varios partidos y expresadas por numerosos senadores, ante el eventual hundimiento de todo el proyecto conciliado, se creó una subcomisión accidental, concretamente para revisar la forma en que se pudiera excluir la expresión sin tener que rechazar la totalidad del texto del proyecto, que tenía varios puntos importantes. Viendo la imposibilidad para hacerlo, la subcomisión realizó un acuerdo con el Ministro de Transporte de la época, para que a través de la reglamentación y de un nuevo proyecto de ley, se hicieran los ajustes que excluyeran los efectos de las disposiciones controversiales identificadas por las bancadas.¹³⁴

¹³⁴ Al respecto ver Gaceta del Congreso 365 del martes 5 de junio de 2018, página 23. Citada en el numeral 7.1 de esta sentencia.

Tal como se verifica de las Actas 45 y 46 de 2018¹³⁵ de las sesiones plenarios del Senado de la República para el estudio del informe de conciliación sobre el proyecto de ley, varios partidos políticos y senadores se manifestaron en contra de la disposición por considerar que constituía una inequidad en contra del patrimonio público al pasar todos los riesgos financieros del contrato en cabeza del Estado.

Como ya se ha indicado, en materia de derecho administrativo, la regla general relativa a los efectos de la nulidad del contrato estatal establece la obligación de reconocer el valor de las obras que satisfagan el interés público. En otras palabras, es la satisfacción del interés público lo que justifica el pago de las obras adelantadas, y es la medida para establecer el pago a realizar.

Así, el pago de las multas financieras, los intereses moratorios y otras sanciones que se apliquen al contratista como efecto de la nulidad del contrato no satisfacen en ningún grado al interés público, de forma que no podría alegarse que el Estado está recibiendo un enriquecimiento sin justa causa a cargo del patrimonio del contratista por no pagar las sanciones financieras que este último haya pactado. En cambio, imputar al Estado el pago de dichas sanciones financieras, pese a que no recibe ninguna contraprestación que redunde en beneficio público, sería atentar contra el patrimonio público y por antonomasia contra el interés general (CP arts. 1º, 58).

Por otro lado, se debe señalar que dentro de los principios axiales de la contratación administrativa irrigados por la Constitución, están los principios de buena fe, reciprocidad de las obligaciones e igualdad. Por supuesto, el alcance del principio de buena fe en materia contractual, reconocido como un principio constitucional, implica que el Estado debe cubrir todos los perjuicios que haya ocasionado al contratista en una relación contractual, e incluso de ajustar las compensaciones y el precio cuando las circunstancias del contrato varíen de forma que no se vea afectado el patrimonio del contratista.¹³⁶ Sin embargo, una norma que determina una regla absoluta de responsabilidad a cargo del Estado por las sanciones financieras que el contratista haya pactado y que se impongan al mismo como efecto de la nulidad absoluta de un contrato de APP resulta claramente inequitativa y contraria al principio de buena fe, en tanto desconoce que la imputación de esos costos al Estado solo puede provenir del hecho y en la medida en que sea el Estado quien dio lugar al incumplimiento por el cual se aplican dichas sanciones, con la evidente exclusión de la responsabilidad del Estado en aquellas situaciones en que el contratista haya causado o contribuido con su actuar a generar la nulidad del contrato.

Resultaría contrario a la lealtad y honestidad que se debe observar obligatoriamente por las partes de un contrato, ejecutar cláusulas penales o

¹³⁵ Ver numeral 7.1 de la presente decisión.

¹³⁶ Al respecto ha sostenido esta Corporación que: *“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico.”*

sanciones moratorias pactadas con el sector financiero a sabiendas de que el contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta, y luego pretender que sea el Estado quien debe pagar dichos costos, sin asumir ninguna responsabilidad por lo sucedido.

Por otra parte, un objetivo fundamental de los contratos de APP es justamente la distribución de riesgos del contrato, de tal manera que la equidad y reciprocidad en las prestaciones, implica justamente que las ganancias que podría recibir el contratista se equilibran con los riesgos financieros que debe asumir, de forma que, trasladar todo el riesgo financiero al Estado para los casos de nulidad absoluta, desechando la relevancia del origen de la nulidad, se torna absolutamente inequitativo.

Tal como lo señala el Ministerio Público en su concepto, *“resulta 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”*.

Así, para la Sala Plena de la Corporación, disponer que sea el Estado quien debe pagar las multas y sanciones financieras adquiridas por el contratista en un contrato declarado nulo absoluto es una violación de los principios de igualdad y buena fe, que redundaría finalmente en un atentado contra el interés general para dar protección a los intereses particulares de los contratistas. Esta disposición resulta aún más adversa a la Carta Política en aquellos casos en que la nulidad provenga de un objeto o causa ilícita que fue conocida por el contratista, por sus asociados, o por las entidades financieras con quienes se pactaron las cláusulas sancionatorias, ya sea que dicho conocimiento fuera previo al momento en que se pactaron las cláusulas del crédito, o aun cuando siendo posterior no fue denunciado a las autoridades ni les impidió continuar con la ejecución contractual.

Por supuesto esto no significa que el contratista no deba responder por sus obligaciones ante el sector financiero, pero no puede aludirse a la buena fe de las entidades financieras como justificación suficiente para imputar a cargo del Estado todas las deudas que por sanciones moratorias se impongan al contratista, liberando a este último de toda obligación.

Ahora, en cuanto al posible alegato de que la norma está destinada a proteger la buena fe de las entidades financieras que serían beneficiarias de las cláusulas penales, es necesario recordar que esta Corte ha sido enfática en señalar que el principio de la buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el

Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos.¹³⁷

En la sección técnica realizada por la Sala Plena, frente a las preguntas realizadas por los magistrados a propósito de este punto, los expertos coincidieron en considerar que lo que genera confianza a los inversionistas y en particular al sector financiero es contar con unas reglas claras del contrato, una carta de navegación que les permita calcular claramente los riesgos, de forma que la fórmula determinada en esta cláusula no resulta esencial para dar confianza al sector financiero.

La protección del ahorro captado del público, que ha sido un *leitmotiv* de esta decisión, se garantiza con el pago del capital y de los intereses corrientes causados frente a los créditos adquiridos con entidades financieras que actuaron como terceros de buena fe, sin ningún conocimiento de la ilicitud del contrato. El pago de intereses moratorios o cláusulas penales a cargo del Estado resulta en cambio injustificado y desproporcionado frente a la protección del interés público, por lo que desborda las finalidades que esta Corte persigue en esta decisión frente a la protección del ahorro captado del público y especialmente del ahorro pensional.

Por esta razón la Corte Constitucional declarará la inexecutable de la expresión salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto contenida en el numeral 4, del parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, adicionado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, por cuanto dichos costos o penalidades no tienen relación con el interés público y con la prevalencia del interés general (Art. 1 CP) y por cuanto no responden a los principios de buena fe y equidad contractual, sino que avalarían el ejercicio abusivo de los derechos del contratista (Art. 95 CP).

¹³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2000 (Fabio Morón Díaz). En dicha decisión, refiriéndose a la demanda contra el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, que se refería a la obligación de responder con el patrimonio de los funcionarios públicos y contratistas que hubiesen participado en un contrato estatal en que se hubiere pagado más de lo debido, la Sala Plena manifestó: “Esta Corte ha sido enfática en señalar que, el principio de la buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos. \ En efecto, desde su sentencia T-460 de 1992, de la que fue ponente el H. M. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte puso de presente que, so pretexto de la vigencia de este principio, no puede hacerse nugatorio el deber de sancionar los actos contrarios a la Constitución y a la Ley. \ Dijo entonces la Corporación: “(...) el mencionado principio también tiene sus límites y condicionamientos, derivados de otro postulado fundamental como es el de la prevalencia del interés común. En modo alguno puede pensarse que el principio de la buena fe se levante como barrera infranqueable que impida a las autoridades el cumplimiento de su función, pues, mientras la ley las faculta para hacerlo, pueden y deben exigir los requisitos en ella indicados para determinados fines, sin que tal actitud se oponga a la preceptiva constitucional. En nuestro Estado de Derecho, las leyes gozan de aptitud constitucional para imponer a la administración o a los jueces la obligación de verificar lo manifestado por los particulares y para establecer procedimientos con arreglo a los cuales pueda desvirtuarse en casos concretos la presunción de la buena fe, de tal manera que si así ocurre, con sujeción a sus preceptos, se haga responder al particular implicado, tanto desde el punto de vista del proceso o actuación de que se trata, como en el campo penal, si fuere del caso.”

7.5. Examen de constitucionalidad del inciso tercero y en particular del literal (ii) del párrafo 1º de la Ley 1882 de 2018. El término limitado para el pago de las restituciones y la prevalencia del interés público

La norma demandada establece como fórmula de pago las siguientes reglas:

“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.”

En cuanto al encabezado del inciso tercero, la Sala Plena considera indispensable recordar que la norma analizada no regula únicamente la hipótesis de la liquidación administrativa del contrato, sino también los efectos de la declaratoria judicial o arbitral de nulidad del contrato. En ese sentido es claro que las reglas a que se refiere el inciso analizado son igualmente aplicables a la decisión que sobre restituciones haya de tomar el juez o arbitro que declare la nulidad del contrato cuando no exista una liquidación administrativa del contrato que haya sido dictada previamente.

Por otro lado, respecto del reconocimiento sobre restituciones mutuas en casos de nulidad absoluta de contratos de APP, la Corte recuerda que están condicionados por el interés público, la gravedad de la ilicitud, el respeto por la buena fe y el conocimiento que los contratistas o los terceros hayan tenido sobre la causal de nulidad. En ese sentido, la expresión “[e]l reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así: (...)” se lee sistemáticamente bajo los condicionamientos que sobre las restituciones se hace en esta decisión respecto del primer inciso del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, sin que sea necesario establecer ningún condicionamiento.

El literal (i) no ofrece ninguna duda respecto de su constitucionalidad ni fue objeto de alegato alguno por parte del demandante o los intervinientes del presente proceso.

En cuanto al literal (ii), el mismo fue demandado por el accionante por considerar que el limitado plazo establecido para el pago de las restituciones no

tenía relación con las fórmulas pactadas en el contrato y atenta contra el patrimonio público.

Para el análisis constitucional del literal (ii) del párrafo, es necesario recordar que los contratos de APP están diseñados justamente para que el Estado pueda concentrar sus recursos en otras tareas mientras se adelantan obras de infraestructura con patrimonio privado, comprometiendo su explotación a futuro para el pago de las mismas. Así, al analizar la Ley 1508 de 2012, la Corte Constitucional resumió las características de los contratos APP de la siguiente forma:

“En resumen, la 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.”¹³⁸

En efecto, una de las principales características de estos contratos es, justamente, que la remuneración de la obra de infraestructura, o al menos la mayor parte de ella, consiste en el derecho a la explotación (concesión) por plazos que pueden llegar a ser de hasta 30 años o más en casos excepcionales.

Estos contratos permiten, a través de la transferencia de riesgos entre las partes, desarrollar grandes obras de infraestructura y de servicios públicos, sin que sea necesario para ello una erogación presupuestal del patrimonio público, porque la remuneración de la obra proviene de la concesión de la misma para su explotación. La disposición acusada ordena al Estado a pagar en un plazo determinado de cinco anualidades la suma que faltare luego de descontar los pagos que ya se hubieren realizado.

Para el análisis del asunto, la Corte Constitucional decidió convocar a una audiencia con expertos y respecto de esta cuestión, preguntó a un grupo de

¹³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

economistas y a funcionarios de las entidades públicas relacionadas con la cuestión, y a partir de sus conceptos pudo concluir que la fórmula de pago en cinco pagos anuales resulta razonable, en particular porque se constituye en una fórmula general que difiere el pago en un plazo que permite al Estado realizar las apropiaciones presupuestales necesarias y evita de esta forma la causación de intereses moratorios que hagan excesivamente onerosas las obligaciones a cargo del Estado.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que dichos pagos solo serían procedentes frente a quienes hayan actuado con buena fe, la disposición, entendida como norma especial aplicable exclusivamente a este tipo de contratos y dirigida a proteger el patrimonio público y al mismo tiempo el patrimonio de quienes han actuado de buena fe, la orden dada en la norma resulta acorde con la Carta Política, puesto que, contrario a lo que sostiene el demandante, la disposición permite proteger el patrimonio público y responde equitativamente ante quienes hayan actuado lícitamente y con buena fe.

Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que, frente a los cargos examinados, el tercer inciso y los literales (i) e (ii) del párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 resultan acordes con la Carta Política.

7.6. Examen de constitucionalidad del último inciso del párrafo 1° de la Ley 1508 de 2012. La retroactividad de la disposición para los contratos de contratos de concesión de infraestructura de transporte

La disposición demandada, establece en su último inciso una regla de aplicación retroactiva al siguiente tenor: “*Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012*”.

El accionante, el Ministerio Público y el Ministerio de Transporte, entre otros, acusan la expresión señalada por considerar que atenta contra la seguridad jurídica en materia contractual y, contra la protección de los derechos adquiridos en vigencia de normas anteriores. Otros intervinientes acusan además la norma por considerar que generaría un privilegio injustificado respecto de los contratistas a quienes se les aplicaría una normatividad más favorable de forma retroactiva en detrimento de otros contratistas del Estado que serían tratados con el régimen común de contratación pública, esto por cuanto la regla general en materia contractual sostiene que “*en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*”¹³⁹

En efecto, tal como se revisó en los considerandos de esta decisión, esta Corporación ha sostenido que la regla general en materia de efectos de las leyes en el tiempo es que las normas proyectan sus efectos hacia el futuro, y solo excepcionalmente se pueden aplicar para el pasado, bien sea para el caso de la

¹³⁹ Ley 153 de 1887, artículo 38.

retroactividad en materia penal de la norma más favorable, o bien cuando se trate de situaciones jurídicas no consolidadas.

En el caso bajo examen, la cuestión que se regula el párrafo 1 adicionado, y a la que se pretende dar efectos retroactivos, es la fórmula de restituciones en casos de nulidad absoluta de contratos de APP y de los contratos de concesión para construcción de infraestructura para el transporte. La norma dispone los mecanismos y medidas para calcular y efectuar la liquidación de contratos estatales declarados judicialmente nulos o terminados unilateralmente por afectación de vicio de nulidad absoluta. Dicha fórmula, tal como estaba inicialmente descrita en la norma, establece que se deberá hacer reconocimientos a la parte contratista (o concesionaria) sin consideración alguna respecto de la buena o mala fe, o el conocimiento sobre la ilicitud con que hubiese actuado.

En ese sentido, por el cual se hacía retroactiva una fórmula que reconocimientos sobre restituciones inmune a las reglas de la buena fé y la protección del interés general, la retroactividad requeriría de una justificación suficiente por parte del legislador, pero por el contrario, la disposición fue objeto de varias objeciones señaladas en el trámite legislativo ante el Senado que, como llevó a un compromiso por parte del Gobierno Nacional de derogar dicha fórmula y fue esa la condición a partir de la cual la Plenaria del Senado aceptó aprobar el proyecto conciliado. Lo que consta en el acta, es que el Ministerio de Transporte se comprometió con la subcomisión del Senado a que:

“(...) 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 párrafo. Adicionalmente, se eliminará el último inciso del párrafo 1º, 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.”

Por otro lado, como se pudo verificar en los considerandos de esta decisión, la contratación estatal, por los intereses y principios que envuelve, es una materia que debe contar con reglas claras, objetivas, precisas y estables que cumplan su objetivo de brindar transparencia a la regulación que rodea la situación jurídica del contrato, y en particular, en tratándose de contratos de APP y construcción de infraestructura para el transporte con alto apalancamiento financiero, es necesario que los financiadores e inversionistas cuenten con reglas claras que les permitan medir el riesgo de su inversión, de forma que se incentive su participación y se puedan llevar a cabo proyectos de vital importancia para el desarrollo del país.

En efecto, las concesiones para la construcción de infraestructura de transporte, al igual que los contratos de Asociación Público Privada, permiten que se puedan adelantar grandes proyectos de infraestructura que no podrían ser

costeados sin un alto apalancamiento financiero obtenido por concesionarios con capacidad técnica suficiente para conseguir el respaldo necesario. Pero la viabilidad de este tipo de contratos radica, principalmente, en la confianza del sector financiero, que es, justamente, quien asume los mayores riesgos al poner la mayor parte del capital con que se ejecuta el proyecto. Por lo tanto, la confianza de los inversionistas que se traduce en la seguridad jurídica del contrato es la clave para hacer viables los más grandes y costosos proyectos de infraestructura que requiere el país para su desarrollo.

Las concesiones de segunda, tercera y cuarta generación para la construcción de infraestructura pública guardan características similares en cuanto son proyectos altamente apalancados por el sector financiero, de forma que resulta razonable que una norma que pretenda regular a los contratos de APP también regule a las concesiones que se firmaron con anterioridad a la Ley 1508 de 2012.

Ahora bien, habida cuenta de que el numeral 4 de la norma impugnada será declarado inexecutable y en especial, que el inciso primero del párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 será condicionado a que los reconocimientos a realizar quedan sujetos a la actuación de buena fe del contratista o sus integrantes, la Corte encuentra que el efecto de la retroactividad del párrafo así condicionado no resulta contrario a los principios constitucionales de buena fe y prevalencia del interés público, sino que contribuye justamente a desarrollarlos. Esto por cuanto, la fórmula y condicionamientos establecidos en la disposición para efectos del pago de las restituciones a que haya lugar, constituye una regla clara y concreta, que genera seguridad jurídica a las partes y especialmente a los inversionistas, y que protege en todo momento las actuaciones apegadas a la legalidad, al principio de buena fe y al interés general.

Habiéndose transformado en virtud del condicionamiento a realizar, el párrafo 1° del artículo 20 de la ley 1882 de 2018 se constituye a partir de esta decisión en una regla adecuada para fijar la fórmula de restituciones en caso de nulidad absoluta para los contratos de APP e igualmente a aquellos contratos de concesión de infraestructura para el transporte, por cuanto ambos son especies del mismo género de contratos altamente apalancados por el sector financiero (*Project Finance*), en que las fórmulas más seguras para el cálculo de las restituciones se basa en la suma de los gastos e inversiones ejecutados para la realización del contrato, y las garantías para los terceros de buena fe, resultan de vital importancia. En ese sentido, la fórmula resultante de la modificación realizada por esta sentencia, permite incentivar la inversión, al tiempo que respeta y protege los principios constitucionales de la buena fe y el interés general, razón por la cual esta Corte encuentra que la retroactividad de la norma encuentra justificación suficiente y no atenta contra la Carta Política.

En conclusión, la Corte Constitucional considera que la expresión atacada no irrumpe con los postulados del artículo 58 de la Carta Política, y por lo tanto será declarada executable por los cargos analizados en la presente decisión.

7.7. Examen de constitucionalidad sobre los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2° del artículo 20 de la ley 1882 de 2018.

Finalmente, la Corte Constitucional encontró necesario integrar al examen los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2° del artículo, por cuanto en dichos párrafos se reitera la regla que será excluida vía condicionamiento del párrafo 1° del mismo artículo, y que consiste en que al contratista o sus integrantes que hayan actuado con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad del contrato, pese a dicha conducta, serán objeto de reconocimientos a título de restituciones.

En efecto, el texto del párrafo 2° del artículo 1882 de 2018 es el siguiente:

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

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

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

La autoridad judicial o administrativa competente podrá decretar como medida preventiva la aplicación de los incisos anteriores a investigaciones en curso. En este supuesto, la penalidad mencionada en el presente párrafo, descontada de los remanentes de la liquidación en los términos del mismo, se mantendrá a disposición dicha autoridad administrativa o

judicial en tanto se resuelva de manera definitiva la investigación. Al momento de decretar la medida preventiva, la autoridad administrativa o judicial deberá individualizar las personas afectas a la ilicitud o infracción administrativa, a quienes se les aplicarán las sanciones y efectos señalados en los incisos anteriores.

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

En cuanto al primer y último inciso, la Corte Constitucional no encontró que existiera una conexidad necesaria con el párrafo 1° demandado, por cuanto dichas disposiciones encierran un contenido normativo autónomo e independiente de lo establecido en el párrafo anterior, de forma tal que no existe una justificación para hacer la excepción que implica integrarlos en la unidad normativa que se analiza en este proceso.

Por otra parte, los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2° parten del supuesto según el cual en los casos en que el contratista hubiese actuado de forma dolosa en la comisión del ilícito que da lugar a la nulidad del contrato, debía ser objeto de restituciones, de las cuales se descontaría la cláusula penal prevista o la sanción del 5% del valor del contrato.

Así, en el segundo inciso se establece justamente la fórmula para el cobro de la sanción, y para ello se indica que: *“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 (...)”*. En cuanto al inciso tercero se trata de una idéntica cuestión, por cuanto la disposición regula exclusivamente *“los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o de, integrante o integrantes del concesionario que dieron lugar a la causal de nulidad, (...)”*. Finalmente, en el cuarto inciso, la disposición reitera expresamente la regla usando una redacción similar: *“(...) En este supuesto, la penalidad mencionada en el presente párrafo, descontada de los remanentes de la liquidación en los términos del mismo, se mantendrá a disposición dicha autoridad administrativa o judicial en tanto se resuelva de manera definitiva la investigación (...)”*

Para la Corte Constitucional, la fórmula prevista en los incisos explicados padece dos graves problemas, un vicio de inconstitucionalidad y un problema de coherencia y sistematicidad con el resto de la disposición. En efecto, existe un vicio de inconstitucionalidad por cuanto reitera la regla por la cual quien actúa dolosamente o a sabiendas de la ilicitud que da lugar a la nulidad puede ser objeto de restituciones, lo cual atenta contra la obligación de actuar de acuerdo al principio de buena fe (artículo 83 superior), contra la protección del interés público (artículo 1 superior) y de la legalidad de los actos como condición para la consolidación de la propiedad (artículos 4, 58 y 64), tal como

fue ampliamente explicado en el análisis del primer inciso del párrafo 1° de la misma norma.

Pero además de la inconstitucionalidad, la disposición resulta incoherente frente a lo dispuesto por esta Corte en cuanto al condicionamiento al párrafo 1° del mismo artículo. En consecuencia, y como efecto sobreviniente del condicionamiento que hará esta sentencia, los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2°, que establecen la fórmula para cobrar la sanción a que se refiere el primer inciso del mismo párrafo, no solamente resultan inaplicables por sí mismos, sino que su existencia conllevaría la inaplicabilidad de todo el párrafo.

En efecto, en el primer inciso del párrafo 2° el legislador decidió fijar una sanción pecuniaria a quien actúe dolosamente causando la nulidad absoluta a un contrato de APP. En los incisos subsiguientes, el legislador estableció la fórmula para el cobro de dicha sanción, pero al hacerlo estableció como condición un supuesto que surgía del párrafo 1° que, a su vez, será declarado contrario a la Carta Política y que en consecuencia no podrá hacerse efectivo. En efecto, en los incisos estudiados, la fórmula establece que el monto de la sanción será descontado de los reconocimientos a título de restituciones que se haga a los contratistas que actuaron dolosamente o de mala fe, pero la interpretación hecha por esta decisión, es que quienes actuaron de esa forma, no serán objeto de restituciones. En consecuencia, puesto que no habrán pagos al contratista de mala fe, no será posible descontar de dicho pago la sanción pecuniaria.

Ahora bien, en vista de que la fórmula prevista en los incisos 2, 3 y 4 es inaplicable, si la Corte deja vigentes dichos incisos, el inciso primero, que plasma la voluntad del legislador de sancionar pecuniariamente la actuación dolosa o de mala fe, quedará ligado a ellos y consecuentemente resultará también inaplicable.

En consecuencia, y teniendo además en cuenta que la redacción de los incisos no permite una interpretación que se adecue a la Carta Política, ni le corresponde a la Corte Constitucional establecer la fórmula concreta que reemplace aquella dispuesta por dichas disposiciones para el cobro de la sanción pecuniaria, se declarará la inexequibilidad de los incisos 2, 3 y 4 del párrafo 2° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 porque se encontró que resultaban contrarios a los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política y generaban una contradicción con el condicionamiento que se hace en la sentencia al primer inciso del Párrafo 1° a fin de adecuarlo a la Constitución.

Adicionalmente, la Corte Constitucional recalca que frente a la nulidad absoluta de un contrato de APP o de concesión para construcción de infraestructura desencadenada por la comisión de un delito por parte de los contratistas, el Estado tiene la potestad para adelantar todas las acciones fiscales, penales y disciplinarias a que haya lugar, no solo frente al contratista y sus miembros, sino frente a cualquier persona o entidad responsable.

8. Síntesis de la decisión

Al examinar la demanda contra algunas expresiones del párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, la Corte Constitucional llegó a las siguientes conclusiones:

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

La Corte inició su examen verificando que la disposición está dirigida a regular dos hipótesis diferentes: la declaración de nulidad por parte del juez del contrato, en cuyo caso se procede a realizar los reconocimientos por restituciones; y la liquidación como fruto de la terminación unilateral del contrato como consecuencia de una nulidad absoluta. La Corte encontró que, pese a la falta de precisión por utilizar repetidamente la expresión *“liquidación”* sin distinguir entre una y otra hipótesis, la norma no da lugar a equívocos, pues claramente y desde su primer inciso, el legislador expresamente incluye la declaración judicial de nulidad, sin que se haga necesario realizar ningún condicionamiento. Por lo tanto, es evidente que las disposiciones analizadas regulan el reconocimiento de restituciones que acompañan la declaración judicial o arbitral de nulidad absoluta del contrato y, así mismo, la liquidación por terminación unilateral del contrato decretada por la autoridad administrativa competente para ello, sin que de ninguna forma se desprenda del texto de las disposiciones que luego de la declaratoria de nulidad del contrato pueda proceder la terminación y/o liquidación administrativa del mismo.

Para la Corte Constitucional, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, que se desprenden de los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado, la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones.

En ese sentido, la Corte Constitucional consideró que, dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, sus miembros o los terceros aparentes (para

lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones.

La Corte Constitucional encontró que no era necesario realizar condicionamientos respecto de las expresiones “*el valor actualizado*” o “*los intereses*” incluidas en el inciso primero de la disposición demandada, por cuanto de una lectura sistemática y comprensiva del texto, resulta claro que la norma no establece una doble indexación del capital de los costos, gastos e inversiones ejecutados por el contratista, ni se trata de pagar intereses por los gastos ejecutados, sino únicamente de reconocer el valor presente de todos los gastos, costos e inversiones, incluyendo en ellos los intereses que se hayan pagado o se hayan causado y no pagado hasta el momento de la declaratoria de nulidad del contrato o de su liquidación, según corresponda.

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

En cuanto al tercer inciso, la Corte encontró que bajo la lectura sistemática de la norma que protege el principio de buena fe y licitud de las actuaciones el texto se ajusta a la constitución y sus reglas son aplicables tanto a la liquidación administrativa del contrato como a la decisión que sobre restituciones haya de tomar el juez o arbitro que declare la nulidad absoluta del contrato, siempre que no exista una liquidación administrativa que haya sido dictada previamente. La Corte encontró que el literal (i) se ajusta a la Carta, y frente al literal (ii) que establece un plazo de cinco pagos anuales para el pago de las restituciones, la Corte encontró que dicha fórmula resulta razonable teniendo en cuenta las características especiales de financiación de este tipo de proyectos, y que se constituye como una norma especial que no contraría la Carta Política.

La Corte Constitucional decidió declarar executable el último inciso del párrafo demandado, por el cual el Parágrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 tendrá efectos retroactivos. La Corte encontró que, luego del condicionamiento que la Corporación hace en la decisión respecto de la executibilidad del primer inciso, por el cual quienes hayan actuado de forma dolosa o con conocimiento de la ilicitud que da lugar a la nulidad no serán objeto de restituciones, la retroactividad de la norma se adecua a la Constitución, y la intención del legislador de proteger a los terceros de buena fe que financian mayoritariamente los proyectos de concesiones de

infraestructura y APP resulta ser una justificación suficiente, a la luz de la Carta Política.

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

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

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

- a) El inciso primero, que se declara **EXEQUIBLE**, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.
- b) La expresión “*salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto*” contenida en el numeral 4 del inciso segundo, que se declara **INEXEQUIBLE**.

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA C-207/19**

RESTITUCION CONTRACTUAL-Condicionamiento carece de fundamento constitucional (Salvamento parcial de voto)

INTERPRETACION SISTEMATICA RESPECTO DE NORMA ACUSADA-Procedencia (Salvamento parcial de voto)

Referencia:
Expediente D-12877

Magistrada
Ponente: Cristina Pardo Schlesinger

En atención a las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional el 16 de mayo de 2019 en este asunto, presento Salvamento Parcial de Voto, por las siguientes razones:

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

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

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

primero del párrafo 1° y no del hecho de existir una verdadera unidad normativa, exigencia jurisprudencial para no incurrir en un control de constitucionalidad oficioso.

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

(iii) Una interpretación sistemática de los contenidos normativos de estos dos párrafos habría sido suficiente para lograr la coherencia que se pretendió alcanzar con la declaratoria de inexecutable de los mencionados incisos del párrafo 2°. Esta hubiese sido una alternativa más idónea y menos gravosa para garantizar el principio de conservación del derecho, la libertad de configuración del legislador y la seguridad jurídica.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO DE LOS MAGISTRADOS
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Y
ALEJANDRO LINARES CANTILLO
A LA SENTENCIA C-207/19**

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ausencia de certeza y suficiencia en cargo de inconstitucionalidad (Salvamento de voto)

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Reglas jurisprudenciales para la procedencia excepcional (Salvamento de voto)

REGIMEN DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Competencia general del legislador (Salvamento de voto)

INTERES GENERAL-Prevalencia (Salvamento de voto)

RESTITUCION CONTRACTUAL-Condicionamiento carece de fundamento constitucional (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE LA BUENA FE E INTERES GENERAL-Protección derechos colectivos a la moralidad administrativa e integridad del patrimonio público (Salvamento de voto)

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Rigurosidad (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-12877

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 1° (parcial) 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”*.

Magistrada Ponente:
Cristina Pardo Schlesinger

En la Sentencia C-207 de 2019, la mayoría de la Sala Plena declaró la exequibilidad del párrafo primero del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, con excepción (i) del condicionamiento que se introdujo al inciso primero¹⁴⁰, y (ii) la inexecuibilidad de la expresión *“salvo que se trate de aquellos asociados a*

¹⁴⁰ En particular, en la parte resolutive se dispone que: *“El inciso primero, que se declara EXEQUIBLE, en el entendido de que los reconocimientos a título de restitución estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud”*.

los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto” contenida en el numeral 4 del inciso segundo. Asimismo, decidió declarar la inexecuibilidad de los incisos segundo, tercero y cuarto del párrafo 2° del mismo artículo.

Con el acostumbrado respeto, nos permitimos conjuntamente salvar el voto en relación con la sentencia de la referencia, postura que se explicará frente a cada uno de los asuntos que se plantean en este documento, siguiendo para el efecto la misma estructura temática planteada en el citado fallo.

a. *Sobre la aptitud de los cargos formulados en la demanda*

1. Al respecto, en la Sentencia C-207 de 2019, la Sala Plena consideró que la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente, y no sobre una norma deducida por la interpretación subjetiva del actor. A renglón seguido, la decisión de la mayoría alude a los cargos formulados por el demandante, concluyendo que existían argumentos suficientes para crear una duda sobre la constitucionalidad de la norma, por lo cual decidió estudiar de fondo el asunto sometido a su consideración.

2. Para los suscritos magistrados, en este punto cabe formular un salvamento de voto, pues la demanda no cumplió con los requisitos de certeza y suficiencia, por lo que la Sala Plena debió declararse inhibida para pronunciarse de fondo, por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, la referencia que se hace al cumplimiento de las cargas en general y, en particular, a las de certeza y suficiencia, se hace sin demostrar, con el rigor y el detalle necesarios, si se cumplen o no con los requisitos señalados para adelantar un examen de fondo. En efecto, por una parte, simplemente se manifiesta que se está en presencia de una proposición jurídica real y existente, y por la otra, que los argumentos presentados son suficientes. Pero, en ningún momento, se contrasta el alcance de dichas exigencias frente a lo manifestado por el actor, en los términos indicados por la jurisprudencia constitucional. Es decir, sin comprobación alguna, se toman sus alegaciones como ciertas, reales y aptas para dar inicio a un juicio de fondo.

(ii) En segundo lugar, la apreciación sobre la infracción al interés general y al patrimonio público que expuso el actor, no cuenta con un respaldo objetivo y concreto que la sustente en los textos del precepto legal acusado, conforme lo dispone la carga de certeza. Al respecto, se advierte que los apartes cuestionados refieren a la liquidación de un contrato de asociación público privada cuando se declara su terminación o nulidad absoluta, sin que en ellos se consagre algún derecho originado por la contravención a los postulados por él invocados o que, en su concreción legal, se excluya la aplicación de la figura del enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, como herramienta a la que apela para dar contenido a las cláusulas que se invocan como vulneradas. En realidad, el reparo se aproxima en su concepción general a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018,

en el que expresamente se alude a la terminación o nulidad por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa, disposición que **no** fue objeto de demanda.

(iii) En tercer lugar, cabe señalar que la lectura de la norma realizada por el actor no responde a la lógica y estructura de los contratos de concesión en general y de los contratos de asociación público privada en particular, ya que omite tener en cuenta que el concesionario actúa como un colaborador de la administración, y que, es a partir de dicho rol, como deben examinarse los efectos que provienen de la declaratoria de nulidad del contrato. En particular, a juicio del actor, no es posible que de un contrato declarado nulo por causa u objeto ilícito puedan surgir “derechos”, hipótesis que, además de no estar incluida en la norma demandada en contravención a la carga de certeza, pues ella se refiere al reconocimiento de prestaciones que el concesionario haya ejecutado, no realiza una lectura integral del marco jurídico aplicable a la materia, ni siquiera al supuesto sobre el cual operan las APP, como lo exige la carga de suficiencia.

(iv) Finalmente, refuerza el señalamiento de la procedencia de una decisión inhibitoria en este caso, la circunstancia de que la mayoría de la Sala Plena por entrar al fondo del asunto, altamente influenciada por casos particulares que son de conocimiento público, terminó analizando la demanda a la luz de lo dispuesto en los artículos 83, 95, 209 y 366 de la Constitución, entre otros cargos que no fueron propuestos en la demanda, cuando, por regla general, la Corte ha sostenido que su examen se circunscribe a las acusaciones debidamente planteadas, en aras de garantizar el debido proceso de las autoridades que participaron en la expedición de la norma, así como de quienes concurren al juicio abstracto y del Ministerio Público, cuyo concepto se articula sobre la base de los cargos formulados¹⁴¹. En línea con lo anterior, las consideraciones que se esbozan en la providencia, lejos de referirse a los argumentos del actor, se basan en la exposición de quienes intervinieron en la audiencia o sesión técnica celebrada dentro del proceso, supuesto que no constituye el soporte de la competencia para realizar un juicio abstracto de constitucionalidad. Por lo demás, el hecho de que la ponencia hubiera terminado analizando los efectos de la nulidad de un contrato estatal, tema de rango legal y propio del juez del contrato, es un importante indicador, junto con los demás que han sido expuestos, de que la demanda que se presentó ante la Corte no resultaba apta para su estudio de fondo y que, en consecuencia, para no asumir un control oficioso de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, lo procedente era inhibirse de proferir una decisión.

b. *Sobre la integración normativa y fijación de las normas objeto de control de constitucionalidad*

¹⁴¹ Las normas que fueron invocadas como vulneradas fueron los artículos 1, 4, 34 y 58 del Texto Superior, en tanto, a juicio del actor, “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”.

3. La decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, conllevó a una integración total de lo previsto en el párrafo primero, así como de lo dispuesto en los incisos 2, 3 y 4 del párrafo segundo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018. Como ha sido ampliamente reiterado en la jurisprudencia constitucional, la integración de la unidad normativa, además de ser excepcional, dado el carácter rogado que tiene el juicio de constitucionalidad, sólo es procedente cuando se configura alguno de los supuestos que autorizan a la Corte para ampliar el objeto de dicho juicio, esto es, (i) cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta *absolutamente* imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) en aquellos casos en los cuales el precepto legal cuestionado se encuentra reproducido en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, con el propósito de evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo; o (iii) cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad.

4. En este caso, para los suscritos magistrados, es claro que la integración de la unidad normativa no se sustentó en la expresa configuración de los supuestos establecidos por la jurisprudencia, particularmente en lo que atañe a los incisos 2, 3 y 4 del párrafo segundo del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, sino que ella surgió convenientemente del condicionamiento impuesto en el resolutorio primero (a) de la sentencia, decisión por la cual también expresamos nuestro salvamento de voto, puesto que no compartimos el proceder aceptado por esta Corporación.

Precisamente, lejos de tratarse de una actuación respaldada en las causales que permiten ampliar el pronunciamiento de la Corte a disposiciones que no fueron inicialmente demandadas, lo que ocurrió fue que, sin que se haya invocado un claro respaldo legal o jurisprudencial, se decidió adelantar un juicio sobre la base de un condicionamiento previamente proyectado por la mayoría de la Sala, ampliando, sin un debate particular sobre la materia, las hipótesis excepcionales de control oficioso de este Tribunal¹⁴². Por lo demás, a partir de la lectura del párrafo 1° y el párrafo 2° del artículo 20, como ya se mencionó, se observa con claridad que los dos contemplan supuestos jurídicos diferentes y, por ende, no presentaban contradicción alguna; el primero regula el reconocimiento general de las prestaciones ejecutadas por el concesionario en virtud de una APP y el segundo, por su parte, sobre la base de la terminación o nulidad de un vínculo por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa, prevé el pago de una cláusula penal pecuniaria, como dice la norma, sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

¹⁴² Expresamente se dice que la integración normativa se sustenta, en esencia, en la circunstancia que de declarar la exequibilidad condicionada en sus efectos del párrafo 1, respecto de quien haya actuado de mala fe, los incisos señalados del párrafo 2, contendrían una norma contraria a lo dispuesto por la Corte.

c. *Sobre la prevalencia del interés general como límite del margen de configuración del legislador en materia de contratación estatal*

5. En desarrollo del parámetro de control, la mayoría de la Sala Plena señaló lo siguiente (i) “*el legislador, en desarrollo de su potestad legislativa en materia de contratación estatal, debe tener en cuenta que el interés general, no solo es un objetivo principal de dicha materia, sino un parámetro para establecer la constitucionalidad de las normas que la regulen*”; (ii) la defensa del patrimonio público corresponde a un asunto de interés general; y (iii) el ahorro público, en especial el ahorro pensional, y su trascendencia como interés público, constituyen límites a la potestad de configuración del legislador en materia de contratación estatal. Lo anterior, en opinión de los suscritos magistrados, aun cuando, desde una perspectiva general, no admite reproche alguno, al tratarse de soportes válidos que pueden delimitar el marco de actuación del legislador, nos permitimos salvar el voto, en la consideración de que su comprobación no puede realizarse desde un examen soportado en una comparación netamente legal con otros regímenes preexistentes (como ocurre con los contratistas que se regulan por la legislación civil, comercial o administrativa), tal como se realizó en la sentencia que nos apartamos, sin tener en cuenta que el legislador dispone de una amplia potestad de configuración para delinear la manera como un mecanismo puede operar en un esquema determinado de contratación (como sucede con los contratos de asociación público privada suscritos en materia de infraestructura), en aras de satisfacer un interés público o de realizar el mandato de interés general, como se deriva no sólo de la cláusula general prevista en el numeral 1 del artículo 150 de la Constitución, sino también del último inciso de esa misma norma, en la que se autoriza al Congreso para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

6. Precisamente, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la Constitución estableció a cargo del legislador la competencia para expedir normas relacionadas con la contratación estatal. De suerte que, en el marco de dicha atribución, podrá optar por diferentes modelos de contratación, de acuerdo con la identificación de la problemática, finalidades y necesidades que impacten en su creación, salvo en aquellos casos en los que existe un parámetro constitucional que impone un determinado procedimiento administrativo, y bajo la condición de que el mecanismo que se adopte responda a los principios que rigen la función administrativa (art. 209 Superior). De esta manera, teniendo presente que la norma demandada contenía una refinación de un mecanismo ya previsto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993¹⁴³, el cual tiene como propósito impulsar la ejecución de proyectos de interés general, que comprometen ingentes cantidades de recursos a través de una serie de contratos

¹⁴³ “**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.”

coligados¹⁴⁴, en nuestra opinión, no era irrazonable ni desproporcionado que se dispusiera reconocer todos aquellos valores que efectivamente se hubiesen invertido en desarrollo del objeto del contrato y con el propósito de contribuir a satisfacer el interés público, excluyendo la remuneración y los pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual.

7. La amplia potestad de configuración del legislador en esta materia ha sido acogida, entre otras, en la Sentencia C-300 de 2012, en la que señaló que (i) los contratos de concesión son instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines, y permiten la realización de importantes obras de infraestructura con el apoyo de los recursos y conocimientos de los privados; al mismo tiempo que se mencionó que (ii) los principios de racionalidad de la intervención del Estado en la economía, celeridad y economía, deben guiar la contratación estatal, de modo que cualquier limitación desproporcionada, debe traer como consecuencia la inconstitucionalidad de la respectiva medida. En el mismo sentido, en la Sentencia C-499 de 2015, se reiteró que el legislador tiene amplias competencias para regular el contrato estatal, en general, como un medio y un instrumento para la consecución de los objetivos del Estado.

8. En estos términos, en el caso objeto de examen, la intervención de la Corte no sólo no era necesaria, dado que la norma acusada no afectaba ni el patrimonio público ni la moralidad administrativa, pues allí se consagraba un mecanismo particular para realizar dichos principios, acorde con el tipo de contrato al cual se dirigía, caracterizado por el compromiso de amplias sumas de dinero y de complejas estructuras organizativas, sino que, además, interfirió en el ejercicio de la potestad de configuración, al asumir como válido un único esquema de respuesta legal a la ocurrencia de una nulidad absoluta por causa y objeto ilícito, cuando lo que la Constitución garantiza es la libertad para adoptar mecanismos distintos, sobre la base de los límites ya expuestos, ninguno de los cuales fue vulnerado en el *sub-judice*. La intervención de la Corte, en nuestro criterio, debió ser deferente con la decisión adoptada por el legislador, toda vez que a este Tribunal le compete juzgar la constitucionalidad y no la continuidad legal de un régimen predispuesto para resolver un problema determinado.

d. Sobre los efectos de la nulidad del contrato en derecho administrativo colombiano, y el examen de constitucionalidad del primer inciso del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018

9. Con relación a la decisión de declarar la exequibilidad del parágrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en el entendido de que *“los reconocimientos a títulos de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa,*

¹⁴⁴ Ver CNUDMI, Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Pág.211 a 230.

dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud”, los suscritos magistrados nos permitimos salvar el voto, al advertir que el condicionamiento se enfrenta a objeciones muy serias, desde el punto de vista constitucional, que han debido ser consideradas por la mayoría. En general, en nuestro criterio, la decisión que fue adoptada (i) carece de fundamento constitucional; (ii) invade seriamente las competencias del juez del contrato y de las entidades estatales; y (iii) omite considerar las consecuencias fácticas y jurídicas que pueden seguirse de la determinación acogida, así como de su relevancia hacia el futuro.

A continuación, se procederá a explicar las razones por las cuales ocurre lo anterior.

10. En primer lugar, el condicionamiento adoptado carece de fundamento constitucional. De esta forma, la sentencia, a pesar de señalar a lo largo de su fundamentación los artículos 1, 4, 34, 58, 83, 95, 209 y 366 de la Constitución, en realidad terminó confrontando el contenido de la disposición acusada con los artículos 1525 y 1741 del Código Civil, esto es, *les otorgó valor constitucional* a normas de *carácter legal*, sin competencia para ello. Así, los razonamientos del fallo son fundamentalmente legales y se soportan en interpretaciones jurisprudenciales, no siempre bien comprendidas en la decisión de la mayoría, principalmente de la jurisprudencia del Consejo de Estado que, además de no ser uniforme, se caracteriza, por lo general, por haber sido expedida en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983; sin advertir que no existe una jurisprudencia específica y uniforme en contratos de tracto sucesivo y, menos aún, que no se han proferido precedentes respecto de contratos de asociación público privada, para los cuales la mayor parte de la jurisprudencia es arbitral. Dichas reflexiones de este Tribunal, de resorte privatista, sobre los artículos 1525 así como las referencias al artículo 1741 del Código Civil y 48 de la Ley 80 de 1993, se evidencian en la larga explicación sobre el parámetro de control (fundamento jurídico número 5 de la sentencia), y se hace tangible cuando se desciende al examen de constitucionalidad de las normas demandadas.

Por lo demás, el vínculo que se pretende construir entre los citados preceptos legales y las normas constitucionales se funda en una simple concordancia de fines, pues nunca se explica el por qué para definir un asunto constitucional se quiere recurrir a un soporte legal, y peor aún, por qué sus mandatos hacen parte de un condicionamiento cuya expedición debe, en su lugar, reflejar lo que dispone la Constitución. Ello se evidencia, principalmente, con la incorporación de la expresión “*a sabiendas*”, propia del artículo 1525 del Código Civil.

11. En segundo lugar, luego de extensas disquisiciones que consideramos propias del juez del contrato, el fallo se remonta a los antecedentes legislativos, advirtiendo que no pretende hacer un examen sobre la constitucionalidad del trámite adelantado, pero, sin proponérselo, lo que hizo fue un análisis de conveniencia y oportunidad ajeno a todo pronunciamiento judicial y, por consiguiente, al que compete a la Corte como guardiana de la integridad de la Constitución. Un estudio sobre la norma requería, por lo menos, referir a la explicación técnica que la soportaba como parte de un régimen especial,

necesario para que el Estado pudiese adelantar proyectos que demandan una alta inversión privada.

12. En tercer lugar, la decisión adoptada por la mayoría invade seriamente las competencias del juez del contrato y de las entidades estatales. Lo anterior, por cuanto, a través de referencias legales y jurisprudenciales, buscó determinar los efectos de la nulidad en derecho administrativo, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil. En este sentido, surge la duda sobre las razones que llevaron a la decisión de la mayoría a realizar un análisis del derecho vigente, a partir de valoraciones, a nuestro juicio, impropias del control constitucional y que, en últimas, llevaron a la determinación de avocar una controversia que es, y debe ser, ajena al ámbito de este Tribunal.

Respecto de la autoridad judicial, estimamos que, con la decisión adoptada en esta ocasión, se puede terminar limitando las competencias del juez natural del contrato pues, aunque el juez de lo contencioso administrativo cuenta con la facultad de decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato estatal, aun si se trata de nulidades por objeto y causa ilícita, existen en el condicionamiento elementos de carácter penal cuyo conocimiento no es propio de su competencia. En efecto, al referir al remanente, la decisión de la que nos apartamos establece que: “(...) *se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa (...)*”. En nuestro criterio, con el proceder de la mayoría se modificó el esquema que rige el actuar del juez del contrato y la forma cómo debe desempeñar sus competencias, pues una vez declarada la nulidad absoluta, éste debe proceder a remitir copia de los documentos pertinentes a las autoridades penales para efectos de que éstas investiguen, si es del caso, las conductas constitutivas de delitos en que hayan incurrido tanto los funcionarios, el concesionario, como las demás personas que hayan intervenido en el contrato. De igual forma, en nuestra opinión, es importante resaltar que la declaratoria de nulidad absoluta tampoco impide que se adelanten las demás acciones de responsabilidad a que hubiera lugar, por razón de la conducta de quienes participaron en la configuración de la causal de nulidad (v.gr. fiscal o disciplinaria).

Por lo demás, el condicionamiento adoptado en la sentencia también tiene implicaciones de cara a las competencias legales que el ordenamiento jurídico ha asignado a las entidades estatales, toda vez que la mala fe y el dolo no se presumen y deben ser objeto de declaración judicial. De esta manera, el debilitamiento de esta competencia, podría crear eventuales contingencias en materia de responsabilidad, toda vez que dichas entidades responden por las omisiones antijurídicas que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas/concesionarios. En tal contexto, la entidad estatal se vería avocada a esperar la sentencia condenatoria del juez penal mediante la cual se juzgue la ilicitud de la conducta para proceder con los respectivos pagos, paralizando potencialmente aquellos correspondientes a terceros de buena fe y contrariando los principios de la función administrativa, en particular los de eficacia, eficiencia y celeridad.

Desde una perspectiva práctica, en sus considerandos como en el resuelve, el fallo asume como propias materias ajenas a la labor de definición del juez constitucional, cuyo efecto podría limitar discusiones que corresponden al juez del contrato, como, por ejemplo, definir la fuente de las obligaciones, esto es, si corresponde o no a un enriquecimiento sin justa causa que tendría el Estado con el empobrecimiento correlativo del concesionario, al beneficiarse de las obras construidas sin pagar por las mismas o favorecerse de prestaciones cumplidas en fase pre-operativa y de construcción; si las restituciones se fundamentan en lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, norma que no regula de forma específica el dolo derivado de actos de corrupción respecto de un contrato que persigue un fin legítimo y, en últimas, definir cuál es el régimen legal aplicable para los contratos de asociación pública privada en casos de nulidad absoluta del contrato por objeto y causa ilícita.

13. En cuarto lugar, la Sentencia C-207 de 2019 omite considerar las consecuencias fácticas y jurídicas que se siguen de la determinación adoptada, así como la relevancia de tales consecuencias. Así, por ejemplo, el fallo suscita cuestionamientos que no fueron abordados, ni resueltos, sobre quiénes se entienden como terceros de buena fe, terceros aparentes o el procedimiento a seguir para efectos de levantar el velo corporativo. Adicionalmente, la decisión de la cual nos apartamos subsumió en una misma categoría jurídica dos situaciones que la norma prevé. Por un lado, la declaración judicial de nulidad absoluta del contrato y sus efectos y, por otro lado, la terminación unilateral del contrato, obligatoria para la entidad estatal y procedente solamente en los casos contemplados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, actuación que no equivale, ni implica, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, la cual tiene reserva judicial. Lo anterior es relevante, entre otras, pues la sentencia parece dar a la terminación unilateral del contrato los mismos efectos de la nulidad, cuando su objeto es la finalización anticipada del vínculo, en aras de preservar el orden jurídico y proteger el interés público, evitando que el contrato siga produciendo obligaciones. En este sentido, la terminación unilateral por la entidad estatal no podría tener los efectos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y menos aún los del artículo 1525 del Código Civil.

Para finalizar este acápite, cabe señalar que el condicionamiento confunde tres instituciones jurídicas que, si bien pueden ser asimilables, técnicamente son diferentes, en cuanto a su definición, condiciones, prueba y efectos, como lo son, (i) la noción de terceros de buena fe; (ii) las conductas dolosas en la comisión de un delito o de una infracción administrativa; y (iii) las actuaciones *a sabiendas*. Esto evidencia que la decisión adoptada por la mayoría invade esferas propias del legislador y del juez natural del contrato, y conlleva a estándares probatorios que podrían no estar al alcance de dicho juez, ni de la entidad estatal, quienes deberán definir su competencia para juzgar la ilicitud de la conducta, aspecto que resulta complejo a la luz de la salvaguarda del principio de legalidad.

e. Sobre la inexecutable de la expresión contenida en el numeral 4 del inciso segundo del parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018

14. La inexecutable de la expresión “*salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de créditos, leasing financiero o la terminación de contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto*”, en opinión de los magistrados que acá salvamos el voto, omite tener en cuenta que la Ley 1508 de 2012 es, en esencia, una ley de incentivos y que dicha determinación podría generar el indeseado efecto de encarecer los costos asociados a esta clase de proyectos. Asimismo, el artículo 334 de la Constitución faculta al legislador para intervenir en la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

15. De otra parte, no es clara la tensión constitucional y, en consecuencia, las razones de inexecutable de la expresión contenida en el numeral 4 del inciso segundo del mencionado párrafo, considerando que quienes suscriben los contratos contenidos en dicha expresión, pueden ser efectivamente terceros de buena fe. Asimismo, no existe en la Constitución Política un parámetro o mandato expreso que conlleve a restringir la facultad de distribución de riesgos en la ejecución de un contrato, cuando se trata de un aspecto que es esencialmente negocial y propio de la autonomía de la voluntad. En efecto, la entidad estatal puede asumir riesgos sobre la base de las dinámicas de mercado y del negocio mismo (por ejemplo: fuerzas mayores, cambios tributarios, reubicación de estaciones de peaje, entre otros). Por lo demás, la terminación anticipada de una financiación a largo plazo, aún si el deudor es público, tiene unos costos por deshacer el negocio financiero que, en todo caso, deben ser asumidos por el ente público.

16. Así pues, la norma no afectaba el patrimonio público, ni la moralidad administrativa, lo que además debe definirse en cada caso concreto. Por el contrario, la decisión de inexecutable interfiere con un mecanismo desarrollado por el legislador como parte de una política pública de creación de incentivos a la inversión privada en proyectos para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que coadyuvan en el no menos importante y legítimo interés de conservar una banca y sector financiero estable. Esto bajo el entendido de que se trata de costos usuales de una financiación, que permiten, en últimas, un esquema de inversión privada de largo plazo a menores costos. En la práctica, no incluir dichos valores en la fórmula matemática, podría conllevar al encarecimiento del proyecto para los usuarios, desprotegiendo justamente lo que la decisión buscaba amparar, esto es, el interés general, el patrimonio público y el ahorro público.

f. *Sobre la inexecutable de los incisos segundo, tercero y cuarto del párrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018*

17. La decisión de inexecutable de los incisos segundo, tercero y cuarto del párrafo 2º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, adoptada por la mayoría, no estuvo acompañada del rigor que exigen las decisiones judiciales y en particular, el juicio de constitucionalidad, entre otras razones, porque la integración normativa surgió, sin más, del condicionamiento realizado en el

inciso primero. En tal sentido, la decisión de inexecutable carece de suficiente motivación, y demuestra, en la práctica, la incongruencia de la determinación adoptada, al excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, sin mayores consideraciones de naturaleza constitucional. En efecto, no son claras las razones que justifican la vulneración del principio de la buena fe (art. 83 de la Carta), el interés general (art. 1 superior), la licitud de la propiedad privada (arts. 4, 58 y 64 superiores), el patrimonio público y la moralidad administrativa (art. 209 superior). Por el contrario, en nuestra opinión, (i) la garantía de pago de 5 años de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario; (ii) las posibilidades de ir directamente contra las personas naturales y jurídicas responsables por el saldo de la cláusula penal; y (iii) la facultad de decretar medidas preventivas, individualizando a las personas responsables de la ilicitud, constituían instrumentos que fueron creados por el legislador, precisamente, para proteger el patrimonio público.

18. En nuestro criterio, en este punto también salvamos el voto, pues la Sala Plena confundió el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas como consecuencia de la nulidad con la imposición de una sanción legal. Ambos obedecen a fenómenos diferentes, el primero busca el reconocimiento de inversiones no amortizadas, mientras el segundo pretende establecer una tasación anticipada de perjuicios por mandato legal y no en virtud del contrato.

19. Por lo demás, con la decisión adoptada no queda claro cómo se aplica la cláusula penal, esto es, cómo se descuenta la misma. Dicho de otro modo, si ello se hace de los reconocimientos a los terceros de buena fe (categoría no definida en la sentencia) o si el concesionario debe pagar esos recursos en otro momento y con otra fuente de recursos, generando un nuevo riesgo para esta clase de negocios. Ante este escenario, lo que se imponía a la Corte no sólo era proteger el principio de conservación del derecho y la libertad de configuración del legislador, sino también salvaguardar la seguridad jurídica, sin desconocer que la imposición de la cláusula penal de la que trata el segundo inciso de la disposición demandada, operaba sin perjuicio de las responsabilidades penales, fiscales y disciplinarias a que hubiere lugar.

20. En síntesis, era de esperarse por parte del juez constitucional una mayor deferencia con las competencias del legislador, dado que la finalidad del órgano democrático era dar certeza a los terceros (externos e internos) sobre la fórmula para proceder a la terminación anticipada de contratos de asociación público privada en casos de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita. No hay herramientas contractuales perfectas, ni infalibles, como tampoco soluciones únicas para sancionar hechos de corrupción en contratación estatal, máxime cuando deben ser aplicables a un contrato que tiene por objeto la satisfacción de un interés general. Asimismo, con esta decisión queda la duda de si en realidad la Corte se enfrentó a un problema abstracto de constitucionalidad, o si, por el contrario, intentó resolver por dicha vía una controversia contractual aún vigente y de impacto en la opinión pública.

En los anteriores términos, con el debido respeto por la decisión mayoritaria, dejamos expuesto nuestro desacuerdo con la Sentencia C-207 de 2019,

Fecha ut Supra,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA
DIANA FAJARDO RIVERA
A LA SENTENCIA C-207/19**

Referencia: expediente D-12877

Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 1 (parcial) 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.”*

Magistrada ponente:
Cristina Pardo Schlesinger

1. Con el respeto acostumbrado por las decisiones adoptadas por la Sala Plena me permito argumentar el porqué, aunque compartí la determinación adoptada en la Sentencia C-207 de 2019, estimé necesario aclarar mi voto. En tal sentido, considero que el régimen de restituciones en el marco contractual de una Asociación Público Privada debe dar cuenta de manera diferencial de aquellos casos en los que la nulidad judicial o la terminación anticipada de la relación es consecuencia de la configuración de los supuestos de objeto y causa ilícitos, con miras a no efectuar reconocimientos que deriven de una situación contraria al ordenamiento jurídico por dolo o mala fe del contratista, tal como lo concluyó la Corte Constitucional en esta providencia.¹⁴⁵

2. En mi concepto, no obstante, en la exposición de las razones que llevaron a justificar algunas determinaciones no se realizaron, o no con suficiente detenimiento, precisiones que para mí fueron concluyentes para acompañar la decisión adoptada. En concreto, este voto particular se dirige a evidenciar (i) por qué sí había un cargo de inconstitucionalidad apto para que la Corporación profiriera una decisión de mérito, el cual, además, involucraba o impactaba otros enunciados no demandados y que debían integrarse al estudio por constituir unidad normativa; y, (ii) por qué, pese al margen de configuración del Congreso de la República en materia de contratación y, además, de comprender claramente la finalidad de acudir a asociaciones público privadas

¹⁴⁵ La Corte Constitucional decidió: (i) condicionar el inciso primero del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en el entendido de que *“los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud”*, (ii) declarar la inexecutable de la expresión *“salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos derivados de cobertura financiera del proyecto”* prevista en el numeral 4 del inciso segundo del mismo párrafo 1, y (iii) declarar la inexecutable de los incisos segundo, tercero y cuarto del párrafo 2 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018.

para la provisión de bienes públicos y de servicios relacionados,¹⁴⁶ las disposiciones normativas que fueron objeto de condicionamiento o de inexequibilidad se oponían específicamente a la Constitución.

3. En cuanto a lo primero, valoré que la lectura que la demanda realizó del párrafo 1 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 era plenamente predicable de su literalidad y que, además, en el escrito se presentaron los elementos necesarios para el estudio que realizó la corporación. En este sentido, una lectura integral del artículo 20 demandado, a través del cual se modificó el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012,¹⁴⁷ evidencia una regulación específica sobre la *terminación anticipada* de los contratos que desarrollan proyectos de Asociación Público Privada. En este contexto, el párrafo 1 se refiere al **régimen de restituciones** cuando quiera que (i) se declare su nulidad absoluta, a través de una autoridad judicial, o (ii) se termine anticipadamente, por orden de autoridad administrativa o judicial o por decisión de la entidad comprometida en la relación, como consecuencia de la configuración de una causal de **nulidad absoluta**. Aunado a lo anterior, el párrafo 2 regula la **cláusula penal pecuniaria** que, en aquellos casos en los que se declara la nulidad o se termina el contrato -según el párrafo 1- se impone sobre “*el concesionario responsable de la conducta*” que da lugar a la configuración de la causal de nulidad, “*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*”. Este párrafo, además, preveía en sus incisos 2 a 4 la manera de hacer efectiva esta cláusula penal con cargo al régimen de restituciones estipulado en el párrafo 1.

4. En este contexto, la demanda recayó sobre el párrafo 1 en cuanto el régimen de restituciones no excluía la posibilidad de restituir al **contratista** que, por su conducta dolosa o de mala fe, daba lugar a la configuración de una causal de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos. En este caso, según la demanda, una posible restitución conllevaba “*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.*” Para la demanda era claro que tal párrafo 1 no regulaba solamente tales supuestos, pues la cláusula era general y, por lo tanto, cubría cualquier supuesto de nulidad absoluta de un contrato estatal; sin embargo, se reitera, cuestionó que en tal generalidad estuvieran comprendidos casos o supuestos que, en su consideración, lesionaban de manera directa los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución:

¹⁴⁶ La Ley 1508 de 2012, “*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*” definió las APP en su artículo 1 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.*” Al respecto también puede consultarse el Conpes 3615 de 2009, “*Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos*”.

¹⁴⁷ “*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.*”

“Son situaciones que, por su quebranto doloso y punible a normas imperativas de la contratación con recursos públicos, se circunscriben en las causales de nulidad por objeto ilícito o causa ilícita, tanto en cuanto incurran en las situaciones reprochadas por los mentados artículos constitucionales, y que estarían subsumidas por las previsiones de reconocimientos contenidas en el párrafo primero del artículo 20 demandado. // Así mismo, recordemos que el mismo párrafo establece las fuentes y el procedimiento de pagos de manera prioritaria sin excluir situaciones de ilicitud en la celebración y/o ejecución del contrato, a las que se hace referencia de cara a lo establecido en las dos normas constitucionales invocadas.”

5. Al respecto, es evidente que este párrafo 1 no hace mención expresa a los eventos en los que el contratista origina la configuración de la causal de nulidad absoluta por su conducta reprochable, como sí lo hizo el párrafo 2 al regular la cláusula penal pecuniaria, pero precisamente el reparo de la demanda era que al no excluir esos eventos del régimen de restituciones que reguló la normativa de manera general, el Legislador había lesionado la Constitución.

6. Una prueba adicional de que el párrafo 1 sí permitía las restituciones que reprochaba la demanda, es la regulación contenida en el párrafo 2. En efecto, esta segunda disposición previó la cláusula penal pecuniaria para los concesionarios que hubieran dado lugar a que se declarara la nulidad o la terminación del contrato de asociación, en los términos del párrafo 1, cuando quiera que hubiera sido consecuencia de su “*conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa*”. En estos casos, los incisos 2 a 4 agregaron que la efectividad de la cláusula penal tendría impacto sobre las restituciones que, por virtud del párrafo 1, se hicieran en su favor. Esto es, para el legislador era indiscutible que, incluso en tales casos de conducta reprochable, el sujeto contratista sí tenía derecho a recibir una restitución. En esta línea argumentativa, en conclusión, de manera cierta la demanda partió de una lectura que sí se derivaba del texto del párrafo 1 demandado y permitió el inicio de un debate constitucional participativo que culminó con la adopción de una decisión de fondo en la Sentencia C-207 de 2019.

7. La segunda verificación, es decir, la conexión existente entre el objeto de reproche contra el párrafo 1 y la regulación del párrafo 2 condujo de manera justificada a integrar al estudio de constitucionalidad este último, que si bien no fue demandado inicialmente, regulaba un aspecto relacionado con la terminación anticipada del contrato de asociación. Esta integración, analizada en la Sentencia C-207 de 2019 en el acápite 2.2., estuvo amparada, en mi concepto, en el supuesto que la jurisprudencia de esta Corte ha considerado como el de aquellos casos en los que el o los otros enunciados (i) están estrechamente ligados a aquél que fue demandado y, además, (ii) presentan a primera vista serias dudas de inconstitucionalidad.¹⁴⁸

¹⁴⁸ La Corte Constitucional ha considerado los siguientes eventos que exigen la conformación de la unidad normativa: “(i) Cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderla y aplicarla, es imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. Esta causal busca delimitar la materia objeto de

8. Así, sin desconocer que el uso de la facultad de integración es excepcional, en este caso era claro que el cuestionamiento sobre el reconocimiento de restituciones a los contratistas que actuaron reprochablemente y originaron la configuración de la causal de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos, impactaba la forma en la que el Legislador consideró que la cláusula penal pecuniaria se haría efectiva, dado que en tales supuestos jugaba un papel fundamental las restituciones obtenidas en tales circunstancias, las que, reitero, fueron cuestionadas por la demanda. Por lo anterior, la integración normativa no solo era posible a partir de lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991¹⁴⁹ y en la jurisprudencia de la Corte, sino necesaria con el ánimo de dotar de consistencia y coherencia esta regulación. Por último, en relación con este aspecto, era tan inequívoca la conexión entre tales párrafos, que el condicionamiento del párrafo 1, inciso primero, constituyó el fundamento para la inexecutable de los incisos 2 a 4 del párrafo 2. Esto es, eliminada la posibilidad de restitución para quienes con su conducta reprochable dieran lugar a la configuración de la causal de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos, era apenas lógico que la cláusula penal pecuniaria no pudiera hacerse efectiva a partir de unas restituciones que por virtud de la sentencia de la Corte se excluyeron del ordenamiento jurídico. En este sentido, nótese que la Corte no afectó en su decisión la configuración de la cláusula penal pecuniaria como tal, sino la regulación sobre la forma de hacerla efectiva con cargo a unas restituciones que, reitero, se consideraron contrarias a la Constitución.

9. En conclusión, a mi juicio, la comprensión integral del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 permitía extraer la interpretación del párrafo 1 que fue cuestionada por la demanda que originó la Sentencia C-207 de 2019 y, además, debido a los nexos entre la regulación del párrafo 1 y el párrafo 2 de la misma, era necesaria la integración normativa, también acogida en la misma providencia.

10. El segundo aspecto sobre el que estimé imprescindible realizar esta aclaración recae sobre el porqué considero que, aunque en la configuración de un régimen de contratación estatal el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración, en este caso la materialización de su labor se realizó, parcialmente, por fuera de los mandatos de la Constitución. En esta dirección, lo primero que destaco es que el análisis realizado por la Corte tuvo como punto de partida las disposiciones que de manera expresa mencionó la demanda y,

juzgamiento, en aras de que este Tribunal pueda adoptar una decisión de mérito. (ii) En aquellos casos en los que la disposición cuestionada está reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo y es una medida para lograr la coherencia del sistema jurídico. (iii) Cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que a primera vista, presenta serias dudas sobre su constitucionalidad. Para que proceda la integración normativa en esta última hipótesis es preciso que concurren dos circunstancias: (a) que la norma demandada tenga estrecha relación con las disposiciones que no fueron cuestionadas y que conformarían la unidad normativa; y (b) que las disposiciones no acusadas parezcan inconstitucionales.” Ver, recientemente, la Sentencia C-111 de 2018. M.P. Alejandro Linares Cantillo, que reitera la jurisprudencia de esta Corporación al respecto.

¹⁴⁹ “...La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.”

además, aquellas que se podían integrar a la discusión a partir del debate promovido por el escrito inicial y por los diferentes intervinientes.

11. En concreto, en la demanda se invocó la lesión de los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución, mientras que al condicionarse la comprensión del inciso primero del párrafo 1 demandado por la Corte, por ejemplo, se consideró que esto obedecía a la aplicación de lo regulado en los artículos 1, 4, 58 y 83, tal como se señaló en la Sentencia C-207 de 2019 en el acápite 7.2.3. *“Conclusiones sobre el primer inciso del párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018”*:

“Atendiendo a los criterios antes descritos, la Corte Constitucional encuentra que el inciso primero del párrafo 1° del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 se ajusta a lo dispuesto por los artículos 1, 4, 58 y 83, bajo el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas.”

12. Ahora bien, un segundo aspecto que, pese a la obviedad de su punto de partida, valoro necesario destacar, consiste en que las cláusulas constitucionales no necesariamente, e incluso no en su generalidad, están previstas en términos de reglas sino de principios o mandatos amplios, que, para su concreción, exigen ejercicios interpretativos que lleven a establecer si en cada caso son aplicables y, de serlo, en qué sentido o con cuál alcance. Esto constituye el presupuesto para afirmar que, aunque la Constitución no establece de qué forma particular debe preverse un régimen de restituciones en el marco de una relación contractual en la que lo público está de por medio, no por ello la norma superior no tiene algo que decir.

13. En este sentido, estimo que de manera adecuada la Sentencia C-207 de 2019 se ocupó en su primera parte de establecer cuáles eran los parámetros constitucionales que debía tener en cuenta el Legislador al desempeñar su competencia regulativa, incluyendo la prevalencia del interés general. Para este análisis, en la providencia también se acudió -como referencia- a la forma en la que esta materia de las restituciones se ha previsto en otro tipo de contratos, no con el objeto de considerar a tales normas de carácter legal como un parámetro, sino para tratar de establecer igualmente qué tipo de principios constitucionales subyacen a aquellas y, por supuesto, si son predicables del evento que en concreto se analizaba.

14. A partir de tal estudio, era innegable que aquellos principios invocados por la demanda y luego acogidos por la Corte, a partir de las mismas disposiciones invocadas y de otras con un contenido complementario como el principio de buena fe establecido en el artículo 83 Superior, eran exigibles al Legislador en

un escenario como el ahora examinado; por lo cual, no era válido que, en atención al interés general y a los derechos adquiridos “con justo título”, se *premiara* a contratistas que producen un daño incalculable al Estado y, por supuesto, a la población con sus conductas reprochables. Y es que, como insistí en reiteradas ocasiones, la realización de actos contrarios al ordenamiento jurídico por quienes suscriben un contrato afecta de manera directa al objeto contractual, pero el detrimento para el Estado no para allí, traspasa las fronteras de la relación y se extiende a otros gastos asociados, como aquellos que tienen que ver con la estructuración de un nuevo proyecto, las consecuencias del rezago en el ritmo de inversión, entre otros.

15. Por lo anterior, pese a considerar la importancia de las Asociaciones Público Privadas en la materialización de los fines esenciales del Estado y de la admisión de incentivos alrededor de este tipo de contratos, no puede ponerse en riesgo el interés general ni desconocer que hay límites aplicables a la actividad legislativa, como aquellos que constituyeron el eje central de la decisión de la Corte Constitucional.

16. En los anteriores términos dejo expuestas las razones que justifican mi determinación de aclarar el voto a la Sentencia C-207 de 2019.

Fecha ut supra

Diana Fajardo Rivera
Magistrada