

ACTO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Naturaleza jurídica / ACTO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Efectos

La adjudicación del contrato estatal ha sido entendida jurisprudencial y doctrinalmente como el acto (administrativo) mediante el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado. Tal decisión implica la escogencia o selección definitiva de dicho oferente, con base en el respectivo informe de evaluación y calificación de las propuestas, descartando, por lo tanto, a los demás oferentes y a las demás propuestas. En esa medida, el acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado, con la diferencia de que en estos, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad, la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general, salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo, mientras que en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley (artículo 41 de la Ley 80 de 1993), estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones. Consecuencia de lo anterior es que el acto de adjudicación no da lugar, por sí mismo, al nacimiento de las obligaciones y los derechos que genera el contrato, sino a otra clase de obligaciones y derechos recíprocos entre la entidad estatal y el adjudicatario, esto es, a la obligación y al derecho que ambas partes adquieren de suscribir el contrato proyectado, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones y con las previsiones contenidas en dicho documento, en sus modificaciones, adendas, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada (siempre que no contradiga aquellos documentos). La jurisprudencia y la doctrina, de tiempo atrás, han distinguido tres notas características del acto de adjudicación del contrato estatal, a saber: (i) es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular; (ii) es irrevocable, por regla general, y (iii) es obligatorio, tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario.

ACTO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Características

A la adjudicación del contrato estatal se refieren, entre otras normas, los artículos 24, numeral 7º; 25, numeral 8º; 30, numerales 9º, 10º y 12º, y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, de todos los cuales se infiere que la adjudicación del contrato es: (i) Un acto administrativo, razón por la cual debe ser motivado en forma razonada y suficiente, y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos. (ii) Un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado. En esa medida, el acto de adjudicación debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes, y puede ser controlado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo permite expresamente el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Si bien no proceden contra dicho acto los recursos propios del procedimiento administrativo (reposición, apelación y queja), esto obedece a que así lo dispuso expresamente el artículo 77 de la Ley 80, y no a que la adjudicación carezca de la condición de acto administrativo definitivo. (...) (iii) Un acto administrativo de alcance particular, razón por la cual debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás oferentes y, en principio, solo puede ser demandado judicialmente por quien demuestre tener un interés directo y personal en dicho acto.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 24 NUMERAL 7 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 25 NUMERAL 8 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 30 / LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 9

ACTO DE ADJUDICACIÓN – Revocabilidad excepcional

Aunque el numeral citado fue derogado expresamente por la Ley 1150 de 2007 (artículo 32), la misma norma o regla de derecho contenida allí fue reproducida, con algunas modificaciones importantes, por el artículo 9º de la Ley 1150. (...) El cambio principal que trajo esta norma, frente al numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80, consiste en prever dos excepciones a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, que antes estaba consagrada en términos absolutos. Tales salvedades son: (i) cuando el adjudicatario incurre en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, esto es, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato, y (ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación “se obtuvo por medios ilegales”. Vale la pena recordar que en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó que uno de los casos en los que podría afirmarse que la adjudicación del contrato estatal se obtuvo por “medios ilegales”, es cuando el adjudicatario haya ocultado dolosamente algún hecho o circunstancia que configure una inhabilidad o incompatibilidad para contratar, al momento de la adjudicación, ya sea por haberse abstenido de suministrar oportunamente la información pertinente a la entidad pública, o bien por haberle entregado información o documentos falsos, inexactos o incompletos. Por otro lado, conviene aclarar que el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, al cual remite el artículo 9º de la Ley 1150, permite que las entidades estatales, mediante acto administrativo debidamente motivado, puedan adjudicar el contrato al “proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad”, cuando el oferente inicialmente seleccionado, y al cual se le haya adjudicado el contrato, no lo suscribe dentro del término previsto para el efecto en el pliego de condiciones. En consecuencia, la integración de estas dos normas permite deducir que cuando una entidad estatal revoque el acto de adjudicación de un contrato estatal, por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, puede adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente que haya quedado calificado en segundo lugar dentro del respectivo proceso de selección, siempre y cuando su oferta sea igualmente favorable para los intereses de la entidad contratante. Aclara la Sala que, en este caso, debe entenderse que el referido plazo de 15 días empieza a correr el día siguiente al de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se haya revocado la adjudicación inicial. (...) Se concluye claramente que, en la actualidad, dicho acto administrativo solamente puede ser revocado cuando se presente alguna de las dos situaciones descritas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, o ambas causales simultáneamente, razón por la cual podría afirmarse, en principio, que únicamente en esos casos la entidad estatal que ha hecho la adjudicación no estaría obligada a celebrar el respectivo contrato. Con todo, para la Sala de Consulta es dable preguntarse si no pueden existir razones o circunstancias adicionales que pudieran liberar a una entidad pública de suscribir un contrato previamente adjudicado y la exoneren, por lo tanto, de la responsabilidad correspondiente. (...) La Sala considera que no solamente en las dos hipótesis previstas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, que dan lugar a la revocatoria del acto de adjudicación, sino además en cualquier evento en que la celebración y ejecución del contrato se vuelvan imposibles, de manera absoluta y definitiva, por el acaecimiento de un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, después

de adjudicado el contrato y antes de su celebración, la entidad estatal quedaría eximida o liberada de su obligación de suscribir el respectivo contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 9 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 30

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO – Interpretación restrictiva

La Sala de Consulta, en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, el primero de ellos en respuesta a una consulta formulada por el Ministerio de Transporte, tuvo ocasión de referirse in extenso y detalladamente a este asunto, habiendo abordado problemáticas tales como el concepto de inhabilidad e incompatibilidad, las finalidades que se persigue con tales instituciones en la contratación pública, las diferentes causales de inhabilidad previstas en la Constitución Política y en la ley, los efectos jurídicos que las inhabilidades producen en las diferentes etapas de la actividad contractual (incluyendo las inhabilidades sobrevinientes), la forma como operan las inhabilidades cuando interviene un proponente o contratista plural (consorcios o uniones temporales), la interpretación de ciertas causales de inhabilidad frente a investigaciones, medidas de aseguramiento y sentencias condenatorias penales dictadas por autoridades judiciales del exterior, y la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las entidades públicas exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, modificada y adicionada por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011), entre otros asuntos. En consecuencia, por razones de economía y coherencia, la Sala remite a lo explicado integralmente en dichos conceptos, teniendo en cuenta, además, que no se han presentado modificaciones sustanciales en la normatividad que regula esta materia, desde las fechas en que se emitieron las citadas opiniones. (...) En relación con la interpretación de las normas que contienen las causales de inhabilidad e incompatibilidad enunciadas, la Sala manifestó en el citado concepto, y ahora lo reitera, que dichas normas, en la medida en que implican una restricción o limitación al derecho de las personas a contratar con el Estado o, según el caso, a ingresar a la función pública (como servidor), deben interpretarse de manera estricta y no pueden aplicarse de forma analógica; es decir, que no pueden aplicarse a hipótesis o situaciones de hecho que no correspondan exactamente y en todos sus términos con el supuesto fáctico que cada disposición contiene. Sin embargo, en el mismo documento, la Sala aclaró que la proscripción anterior no impide interpretar las respectivas normas de acuerdo con las reglas de interpretación que la ley establece y con los métodos hermenéuticos que la jurisprudencia y la doctrina admiten mayoritariamente, como sucede con cualquier otro precepto, con el fin de desentrañar su verdadero o auténtico sentido y, de esta forma, establecer el significado y el alcance precisos de cada una de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en tales disposiciones.

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO – Necesidad de revisión, actualización, sistematización y racionalización

Tanto en esta ocasión como en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala ha observado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado presenta graves y profundas deficiencias, que lo hacen confuso, contradictorio y difícil de aplicar, y debilitan, por lo tanto, su eficacia como instrumento para efectivizar, entre otros, los principios de transparencia, imparcialidad, buena fe y moralidad en la contratación pública. Entre tales

deficiencias, podemos resaltar las siguientes: (a) En primer lugar, la enorme dispersión de las normas que consagran inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. En efecto, como atrás se mencionó, las referidas inhabilidades e incompatibilidades están previstas en la Constitución Política, en varias disposiciones de la Ley 80 de 1993 y en más de diez (10) leyes diferentes, que regulan temas tan disímiles como los servicios públicos domiciliarios, la responsabilidad fiscal, el régimen disciplinario, el pago de aportes parafiscales y el régimen político-electoral de los alcaldes, gobernadores y otros funcionarios públicos. (b) El hecho de que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no distingue ni separa los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, sino que, bajo el título de “inhabilidades e incompatibilidades para contratar” (artículo 8º de la Ley 80), regula indistintamente una serie de situaciones que podrían constituir inhabilidades, en algunos casos; incompatibilidades, en otros, o, incluso, podrían ser clasificadas en ambas categorías. (c) Existe una serie de conductas que pueden vulnerar o amenazar en forma grave la vigencia efectiva de los principios generales de la contratación pública y de la función pública, y que no están consideradas actualmente como inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, tal como se ha demostrado en este documento y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015. Al mismo tiempo, se presentan algunas circunstancias que la ley tipifica hoy en día como inhabilidades o incompatibilidades y que, si bien constituyen incumplimientos a ciertas obligaciones o deberes que la ley impone a los empresarios en diversos campos, no tienen necesariamente, a nuestro juicio, la entidad suficiente ni la potencialidad de afectar en forma grave la aplicación de los principios mencionados, lo que permitiría reevaluar si deben seguir siendo consideradas como hechos que impiden contratar con el Estado. (d) Varias de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas actualmente están redactadas en forma confusa, insuficiente, contradictoria o poco técnica, desde el punto de vista jurídico, lo que dificulta su interpretación y, por lo tanto, su aplicación en casos concretos. Por las razones anteriores, entre otras, la Sala se permite exhortar respetuosamente al Gobierno Nacional para que haga una revisión cuidadosa, detallada, racional y sistemática del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado colombiano. Como resultado de dicho ejercicio, y luego de establecer finalidades y criterios claros y previamente consensuados con los diferentes actores involucrados en este asunto (entidades públicas, contratistas del Estado, organismos de control, universidades, gremios y oenegés, entre otros), podría prepararse un proyecto de ley que regule de manera organizada, sistemática, clara, lógica y técnica esta materia, ya sea que tal regulación se consigne en un “estatuto general de inhabilidades e incompatibilidades”, o que simplemente se refleje en la modificación o sustitución de las normas pertinentes del Estatuto General de Contratación Pública y en la derogación de las disposiciones contenidas en otras leyes que establecen inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

RIESGO DE CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Medidas para su prevención. Reiteración

En los conceptos 2260 y 2264 de 2015, antes citados, la Sala afirmó que, independientemente de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley, las entidades públicas pueden y deben utilizar otros instrumentos jurídicos, legalmente viables y apropiados para prevenir, mitigar y controlar el riesgo de corrupción en la actividad contractual, empezando por reconocer expresamente dicho riesgo, en desarrollo de los principios que gobiernan la función pública, en general, y la contratación estatal, en particular, y especialmente los principios de moralidad, transparencia, buena fe, planeación y

precaución. Así, por ejemplo, en el concepto 2260 se dijo, sobre el principio de buena fe, que este “impone al oferente responsabilidades dentro del contexto de los deberes de rectitud y honestidad como son: (i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad (Ley 80, artículo 26, num. 7); (ii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (ibídem)...” (...) En el mismo concepto, la Sala manifestó que estas mismas consecuencias jurídicas se derivan también de los principios de planeación, precaución y moralidad administrativa y, en consecuencia, refuerzan la utilización de mecanismos por parte de las entidades estatales tendientes a conocer plenamente a los oferentes y contratistas, a identificar el origen de los fondos que pretendan utilizar para la ejecución del contrato y, en general, a prevenir actos de corrupción u otras conductas ilícitas, como el lavado de activos. (...) En los conceptos citados, la Sala sostuvo que la corrupción es uno de los riesgos que pueden afectar la contratación estatal, y que dicho riesgo es previsible, motivo por el cual las entidades estatales deben reconocerlo, asignarlo, en los términos del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, y gestionarlo.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 4

ESQUEMAS DE ASOCIACION PUBLICO PRIVADAS APP – Regulación y finalidad

La Ley 1508 de 2012 regula los esquemas de asociación público privada (APP), que su artículo 1º define como “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”. (...) Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial, y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros. El artículo 2º de la Ley 1508 señala que las concesiones, de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP, lo que significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas, aunque estas últimas podrían estructurarse mediante contratos distintos al de concesión. En todo caso, el inciso segundo de la misma norma dispone que los contratos de concesión que estuvieran vigentes al momento de promulgarse la Ley 1508 de 2012, seguirían rigiéndose por las normas que regían en la fecha de su celebración. (...) El párrafo 1º de la misma norma condiciona la realización de proyectos por el esquema de APP, al hecho de que el “monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv”, y el inciso segundo del artículo 4º ejusdem agrega que esta clase de esquemas solo podrá utilizarse “cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución”, con lo cual resalta, de paso, la importancia del principio de planeación en esta clase de contratos. (...) El artículo 24 ibídem exige que todos los recursos financieros, ya sea de origen público o privado, que se requieran para la ejecución de proyectos estructurados por el sistema de

asociación público privada, deben ser administrados por medio de un patrimonio autónomo, con lo cual se busca proteger tales fondos de terceros (por ejemplo, de los acreedores del contratista) o de la desviación o uso indebido que este pueda darle a los mismos, y garantizar que se destinen exclusivamente a la ejecución del contrato. (...) Igualmente, para los efectos de esta consulta, es pertinente resaltar que el artículo 23 ibídem impone el deber de identificar plenamente a los beneficiarios reales del contrato que se ejecute, así como el origen de los fondos que vayan a utilizarse. (...) Otro aspecto importante a tener en cuenta, en relación con esta clase de contratos, es que la Ley 1508 de 2012 permite expresamente que la ejecución de los mismos sea asumida por los financiadores del proyecto, hasta su terminación, ya sea directamente o por intermedio de terceros, cuando el contratista incumpla sus obligaciones (artículo 30). Esto implica, a juicio de la Sala, que en esta clase de contratos, antes de declararse la caducidad o la terminación unilateral y anticipada, en las hipótesis previstas en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, debe evaluarse la posibilidad de que el contrato sea cedido a los prestamistas, o a quienes estos designen, para continuar con su ejecución, como ya lo preveía, en parte, el inciso segundo de la norma citada (para la terminación unilateral, por las causales señaladas en los numerales 2º y 3º). Asimismo, la Ley 1508 dispone que en estos contratos debe incluirse una fórmula matemática que permita determinar el valor de las eventuales prestaciones recíprocas que surjan entre las partes por la terminación anticipada del contrato, ya sea por mutuo acuerdo o de forma unilateral (artículo 32). Esta obligación aparece reiterada en el artículo 13 de la Ley 1682 de 2013 para todos los contratos (correspondientes a esquemas de APP o no) que se celebren con posterioridad a la promulgación de dicha ley para desarrollar proyectos de infraestructura de transporte. Por otra parte, el artículo 31 de la misma normatividad establece la necesidad de identificar plenamente los bienes públicos y privados que se entregarán al contratista para la ejecución del proyecto de asociación público privada, así como la obligación de revertir la propiedad de dichos bienes al Estado, a la finalización del contrato, en las condiciones que se pacten en el respectivo documento contractual.

FUENTE FORMAL: LEY 1508 DE 2014

ESQUEMAS DE ASOCIACION PUBLICO PRIVADAS APP – Clases

La Ley 1508 de 2012 establece dos clases de esquemas de asociación público privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada, y dispone que en cualquiera de las dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública que pretenda celebrar el contrato, según la forma como se estructure el proyecto. En relación con las asociaciones público privadas de iniciativa privada, el artículo 14 de la citada ley dispone que “[l]os particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes”. (...) En cuanto a los principios que deben regir estos procesos de selección y contratos, el artículo 4º ibídem señala que les serán aplicables los principios generales de la función administrativa y de la contratación pública, así como el criterio de sostenibilidad fiscal. Asimismo, dispone que en estos esquemas debe haber una asignación eficiente de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que tenga mejor capacidad para administrarlos y buscando “mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”. Con respecto a la duración de los contratos que instrumenten esquemas de APP, el artículo 6º de la Ley 1508 estatuye que tales contratos podrán tener un plazo máximo de 30 años,

incluidas sus prórrogas. Sin embargo, como excepción a esta regla general, el inciso segundo del mismo artículo dispone que el plazo de tales contratos podrá ser mayor, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, “cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior”. Sobre las adiciones y prórrogas, el artículo 7º de la misma ley prescribe lo siguiente, de manera general, sin perjuicio de algunas reglas especiales que trae dicha ley para las APP de iniciativa pública (artículo 13) y para las APP de iniciativa privada que impliquen el desembolso de recursos públicos (artículo 18).

FUENTE FORMAL: LEY 1508 DE 2014

MODIFICACIÓN DE CONTRATOS ESTATALES – Eventos en los que se pueden realizar válidamente

Cualquier modificación que se haga a un contrato estatal debe respetar los principios generales de la función pública (artículo 209 de la Constitución Política) y los principios de la contratación estatal, señalados en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. En esa medida, tales variaciones no pueden hacerse con la finalidad ni con el efecto de desproteger los derechos e intereses del Estado, representado por la entidad pública contratante, ni pueden vulnerar los derechos de los proponentes y demás participantes en el proceso de selección. Por lo tanto, la Sala entiende que los cambios o ajustes a los contratos estatales que reúnan las siguientes condiciones pueden ser realizados válidamente, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y dando primacía al fin del contrato: (i) que resulten necesarios para la adecuada ejecución del contrato y el logro de la finalidad perseguida con el mismo, debido a hechos sobrevinientes y no previstos al momento de su celebración; (ii) que mejoren o amplíen la protección de los derechos, activos e intereses del Estado, sin generar un desequilibrio económico en contra del contratista; (iii) que no resulten contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres; (iv) que no modifiquen sustancialmente las condiciones esenciales del proceso de contratación y del contrato a celebrar, tales como el objeto principal del contrato (o “núcleo del objeto”), los factores de evaluación y selección, la clase o modalidad del contrato, etc., y (v) que no supongan para el contratista una situación más ventajosa de la que tenía frente a los otros interesados (por ejemplo, los precalificados) y oferentes durante el proceso de contratación. Esta última situación podría darse si pudiera inferirse razonablemente que la modificación contractual que se pretenda efectuar, de haberse hecho durante el proceso de selección, hubiera implicado la participación de oferentes adicionales, o una variación en las condiciones de participación de los proponentes y/o en el orden de elegibilidad de sus ofertas, en relación con la que se tuvo en cuenta para la adjudicación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346)

Actor: MINISTERIO DE TRANSPORTE

El Ministro de Transporte solicita a la Sala su concepto sobre la procedencia o improcedencia de que el Aeropuerto Internacional Matecaña (establecimiento público) suscriba un contrato de concesión con la sociedad a la cual le fue adjudicado, CSS Constructores S.A., teniendo en cuenta que, “*al parecer*”, sus socios son también accionistas de la compañía CASS Constructores S.C.A., que ejecutó un contrato con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (en adelante, EAB E.S.P.), en asocio con la firma extranjera Odebrecht, la cual está siendo objeto de investigaciones por presuntas contrataciones irregulares llevadas a cabo en Colombia y en otros países.

En relación con esta consulta, es necesario aclarar, desde ya, que el pasado 27 de junio se realizó en el Consejo de Estado una audiencia, a la cual asistieron funcionarios del Ministerio de Transporte y del Aeropuerto Internacional Matecaña, en la cual se informó que el contrato de concesión que da origen a esta consulta ya había sido suscrito, desde el 17 de abril del año en curso. A pesar de lo anterior, se manifestó el interés de conocer el concepto de la Sala, especialmente sobre las medidas adicionales que fuera posible adoptar para prevenir y minimizar los riesgos a los que está expuesta la entidad pública contratante, debido a la particular situación del contratista.

I. ANTECEDENTES

El Ministro de Transporte, en su consulta, expone ante la Sala los siguientes hechos y consideraciones relevantes:

1. El Aeropuerto Internacional Matecaña es un establecimiento público del orden municipal, perteneciente al Municipio de Pereira.

2. Dicha entidad estructuró un proceso de contratación para la realización de una alianza público-privada (APP), conforme a las normas de la Ley 1508 de 2012¹, para “*garantizar la financiación de obras del ‘lado tierra’ del Aeropuerto (terminal de pasajeros) y el mejoramiento, operación y mantenimiento del ‘lado aire’*”.

3. Para tal efecto, se llevó a cabo una licitación pública, utilizando previamente el sistema de “precalificación”. Esta etapa se cumplió durante el año 2014 y, como resultado de la misma, se preseleccionaron doce (12) posibles proponentes, de los cuales solo dos (2) presentaron oferta, uno de los cuales fue la sociedad CSS Constructores S.A., que, a la postre, resultó adjudicataria del contrato de concesión.

4. No obstante, el referido proceso de contratación ha venido siendo cuestionado, por el hecho de que CSS Constructores S.A. participó en el proyecto de la “Ruta del Sol, Sector 2”, y porque sus socios, al parecer, son también accionistas de CASS Constructores S.C.A., compañía que, en asocio con Odebrecht, ejecutó el

¹ “*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*”.

contrato de construcción del “interconector de aguas negras entre el Río Tunjuelito y la planta de Canoas”, celebrado con la EAB E.S.P.

5. Comenta el Ministro que los contratos celebrados por varias entidades públicas colombianas con Odebrecht, a pesar de que están siendo cuestionados en los medios de comunicación social, se encuentran terminados y liquidados, y en la actualidad no se llevan a cabo actuaciones administrativas dirigidas a imponer sanciones a dicha firma, que pudieran generarle inhabilidades para contratar con el Estado, a excepción de las investigaciones penales que hasta ahora se están iniciando.

6. El Aeropuerto Internacional Matecaña solicitó explicaciones sobre este asunto a CSS Constructores S.A., pero esta le manifestó que dicha sociedad no había “*sido partícipe de ningún negocio jurídico con la firma investigada*”, ni conocía de las presuntas irregularidades que la compañía multinacional hubiera podido cometer “*en el desarrollo de los contratos que han sido ejecutados en asociación con esta firma*”.

7. Finalmente, el funcionario consultante cita un extracto de una sentencia de la Corte Constitucional que se refiere a la aplicación del principio de la buena fe en la contratación estatal², así como las disposiciones legales que considera aplicables, de las cuales se destacan los artículos 2 y 9 de la Ley 1150 de 2007³. La primera de dichas normas se refiere a las modalidades de selección que pueden utilizarse en la contratación estatal, entre las cuales está la licitación pública, y la segunda de las normas citadas regula los efectos de la adjudicación de los contratos estatales, en relación con lo cual dispone, entre otras cosas, que “*el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario*”.

En atención a los hechos y las consideraciones anteriores, el Ministro consultante formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

“1. *En cuanto a la situación explicada en precedencia, sobre las actuaciones ejercidas por la empresa adjudicataria CSS CONSTRUCTORES S.A. –con antelación a ostentar la calidad de adjudicataria frente a la entidad pública AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA–, se deberá cumplir con la obligación de suscribir el contrato de concesión con la mencionada adjudicataria, resaltando que ocupó el primer lugar de elegibilidad atendiendo las normas que regulan este tipo de contratación, no obstante considerar el evento, que sus socios llegaren a ser vinculados penalmente por la celebración de contratos en el pasado con la empresa ODEBRECHT?*

2. *En consideración a las investigaciones que recaen sobre la firma ODEBRECHT y bajo el entendido de ser ajenas al proceso licitatorio desarrollado por el AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA, se presenta viabilidad legal para continuar con el mencionado proceso contractual, o por el contrario, dicho establecimiento público debe sustraerse atendiendo posibles riesgos en las resultas de investigaciones penales y/o administrativas relacionadas con la firma brasilera?*

3. *En el evento de suscribirse el contrato de concesión entre el establecimiento público AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA y la empresa adjudicataria CSS CONSTRUCTORES S.A., que (sic) acciones legales debería adoptar la entidad estatal para mitigar posibles riesgos generados por continuar*

² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006, expediente T-1220297.

³ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

con el proceso contractual en curso, subrayando el vínculo que tuvo la adjudicataria con la empresa CONSTRUCCIONES SCA –la cual en asocio con la empresa ODEBRECHT ejecutaron tiempo atrás un contrato con la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ?”

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados, la Sala analizará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) el acto de adjudicación del contrato estatal: naturaleza y efectos jurídicos; (ii) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado; (iii) medidas que las entidades públicas pueden tomar para prevenir, controlar y mitigar el riesgo de corrupción en la contratación estatal; (iv) los contratos estatales bajo el esquema de asociación público privada, APP, y (v) análisis del caso concreto.

A. El acto de adjudicación del contrato estatal: naturaleza y efectos jurídicos

La adjudicación del contrato estatal ha sido entendida jurisprudencial y doctrinalmente como el acto (administrativo) mediante el cual una entidad pública manifiesta su aceptación a la propuesta u oferta presentada por alguno de los participantes en un proceso de selección, y se obliga a suscribir con este el contrato proyectado. Tal decisión implica la escogencia o selección definitiva de dicho oferente, con base en el respectivo informe de evaluación y calificación de las propuestas, descartando, por lo tanto, a los demás oferentes y a las demás propuestas.

En esa medida, el acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado⁴, con la diferencia de que en estos, en virtud de los principios de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad⁵, la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general⁶, salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo, mientras que en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley (artículo 41 de la Ley 80 de 1993), estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones⁷.

Consecuencia de lo anterior es que el acto de adjudicación no da lugar, por sí mismo, al nacimiento de las obligaciones y los derechos que genera el contrato, sino a otra clase de obligaciones y derechos recíprocos entre la entidad estatal y el adjudicatario, esto es, a la obligación y al derecho que ambas partes adquieren

⁴ Artículos 850 y siguientes del Código de Comercio.

⁵ Artículo 824 del mismo código.

⁶ Artículo 864 ibídem.

⁷ Como cuando el contrato estatal se celebra en el exterior, caso en el cual se rige por las leyes del país en donde se perfecciona (“*lex loci contractus*”), en cuanto a su existencia y validez, y también en cuanto a su ejecución, si así se estipula, a menos que deba cumplirse en Colombia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. También podría prescindirse del documento escrito en la hipótesis prevista en el inciso cuarto del artículo 41 de la misma ley: “*En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante*” (subrayamos).

de suscribir el contrato proyectado⁸, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones y con las previsiones contenidas en dicho documento, en sus modificaciones, adendas, anexos y en la propuesta que haya sido aceptada (siempre que no contradiga aquellos documentos).

La jurisprudencia y la doctrina, de tiempo atrás, han distinguido tres notas características del acto de adjudicación del contrato estatal, a saber: (i) es un acto administrativo de carácter definitivo y de alcance particular; (ii) es irrevocable, por regla general, y (iii) es obligatorio, tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario.

1. Su naturaleza de acto administrativo definitivo y de contenido o alcance particular se deduce de varias normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que se refieren al mismo, así como de la calidad de las entidades que lo expiden y de la naturaleza de la función pública en virtud de la cual se produce.

En efecto, a la adjudicación del contrato estatal se refieren, entre otras normas, los artículos 24, numeral 7º; 25, numeral 8º; 30, numerales 9º, 10º y 12º, y 77 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, de todos los cuales se infiere que la adjudicación del contrato es:

- (i) Un acto administrativo, razón por la cual debe ser motivado en forma razonada y suficiente, y expedirse con las formalidades propias de este tipo de actos jurídicos.
- (ii) Un acto de carácter definitivo, porque con él termina el proceso de selección y la administración adopta una decisión definitiva sobre la futura celebración del contrato proyectado. En esa medida, el acto de adjudicación debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás proponentes⁹, y puede ser controlado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo permite expresamente el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Si bien no proceden contra dicho acto los recursos propios del procedimiento administrativo (reposición, apelación y queja), esto obedece a que así lo dispuso expresamente el artículo 77 de la Ley 80, y no a que la adjudicación carezca de la condición de acto administrativo definitivo.

Sobre esta característica del acto de adjudicación como acto definitivo, a diferencia del informe de evaluación y calificación de las ofertas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado¹⁰:

“...Así las cosas, tampoco puede entenderse que el informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité

⁸ En el mismo sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de junio de 2011 (expediente 19936), en la cual se explicó que, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones foráneas, en nuestro derecho la adjudicación del contrato estatal no perfecciona el respectivo contrato, sino que para ello se exige el cumplimiento de una formalidad adicional y posterior, consistente en la suscripción del correspondiente documento o minuta por las dos partes.

⁹ Según el artículo 11, inciso primero, de la Ley 1150 de 2007, “*en el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia”.* (Resaltamos).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2015, expediente 45498.

asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o arbitraria...

No obstante lo anterior, dicho informe no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación¹¹.

(...)

En éste (sic) orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección." (Se resalta).

- (iii) Un acto administrativo de alcance particular, razón por la cual debe ser notificado al adjudicatario y comunicado a los demás oferentes y, en principio, solo puede ser demandado judicialmente por quien demuestre tener un interés directo y personal en dicho acto¹².

A este respecto, por ejemplo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho¹³:

"Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico.

En tal virtud, serán los oferentes no favorecidos así como la misma administración, quienes en realidad de verdad ostentan un interés legítimo para demandar el acto de adjudicación, en tanto podrían alegar que fueron privados injustamente del derecho a ser adjudicatarios, o se vieron afectados con la adjudicación, en orden a proteger un derecho subjetivo que se estima vulnerado por el acto demandado."

Y la misma sección ha precisado que quien solicite la declaratoria de nulidad y el restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación de un contrato estatal tiene la doble carga de probar, por una parte, que dicho acto es efectivamente ilegal y, por la otra, que el demandante debió haber sido el adjudicatario, porque cumplía las condiciones y los requisitos exigidos en la ley y en el respectivo pliego

¹¹ "[24] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Exp. 13.790".

¹² A menos que se hiciera uso del medio de control de simple nulidad, en los casos previstos en el artículo 137, inciso cuarto, del CPACA, según lo dispuesto por el artículo 141, inciso segundo, del mismo código.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936.

de condiciones y porque su propuesta era objetivamente la más favorable para la entidad pública contratante¹⁴.

2. y 3. Ahora bien, en cuanto a la obligatoriedad y la irrevocabilidad del acto de adjudicación del contrato estatal, vale la pena mencionar, en primer lugar, que el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (referente a la “estructura de los procedimientos de selección”) preceptuaba originalmente lo que sigue:

“11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. (Se resalta).

(i) Revocabilidad excepcional del acto de adjudicación

Aunque el numeral citado fue derogado expresamente por la Ley 1150 de 2007 (artículo 32), la misma norma o regla de derecho contenida allí fue reproducida, con algunas modificaciones importantes, por el artículo 9º de la Ley 1150, que dispone, en su inciso tercero, lo siguiente:

“Artículo 9o. De la adjudicación. (...) (...)

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.
(...)” (Resalta la Sala).

Como se observa, el cambio principal que trajo esta norma, frente al numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80, consiste en prever dos excepciones a la irrevocabilidad del acto de adjudicación, que antes estaba consagrada en términos absolutos. Tales salvedades son: (i) cuando el adjudicatario incurre en una inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, esto es, posterior a la adjudicación y anterior a la celebración del contrato, y (ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación “se obtuvo por medios ilegales”.

Vale la pena recordar que en los conceptos 2260 y 2264 de 2015¹⁵, la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó que uno de los casos en los que podría afirmarse que la adjudicación del contrato estatal se obtuvo por “medios ilegales”, es cuando el adjudicatario haya ocultado dolosamente algún hecho o circunstancia que configure una inhabilidad o incompatibilidad para contratar, al momento de la adjudicación, ya sea por haberse abstenido de suministrar oportunamente la información pertinente a la entidad pública, o bien por haberle entregado información o documentos falsos, inexactos o incompletos.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 1 de marzo de 2006, expediente 14576; del 12 de noviembre de 2014, expediente 27986, y del 14 de septiembre de 2016, expediente 51045, entre otras.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2260 y 2264 del 10 de agosto y el 27 de agosto de 2015, respectivamente.

Por otro lado, conviene aclarar que el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, al cual remite el artículo 9º de la Ley 1150, permite que las entidades estatales, mediante acto administrativo debidamente motivado, puedan adjudicar el contrato al “*proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad*”, cuando el oferente inicialmente seleccionado, y al cual se le haya adjudicado el contrato, no lo suscribe dentro del término previsto para el efecto en el pliego de condiciones.

En consecuencia, la integración de estas dos normas permite deducir que cuando una entidad estatal revoque el acto de adjudicación de un contrato estatal, por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, puede adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente que haya quedado calificado en segundo lugar dentro del respectivo proceso de selección, siempre y cuando su oferta sea igualmente favorable para los intereses de la entidad contratante. Aclara la Sala que, en este caso, debe entenderse que el referido plazo de 15 días empieza a correr el día siguiente al de ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se haya revocado la adjudicación inicial.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha manifestado, de vieja data, sobre la obligatoriedad y la irrevocabilidad del acto de adjudicación. Así, por ejemplo, en sentencia del 13 de junio de 2011¹⁶, la Sección Tercera sostuvo:

“... el acto de adjudicación supone -desde una faceta positiva- la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y -desde una faceta negativa- la no adjudicación a los otros proponentes.

Sin embargo, conviene precisar que el acto de adjudicación, en tanto por él se acepta la oferta del oferente favorecido y se concluye el procedimiento licitatorio, en el derecho nacional¹⁷ aunque no perfecciona el vínculo jurídico en tratándose del contrato estatal, es presupuesto sine qua non para la ulterior celebración del respectivo contrato, como que crea la obligación tanto para la administración como para el adjudicatario de elevar a escrito el acuerdo de voluntades.

De modo que la suscripción no es sino la formalización de la voluntad administrativa de la entidad licitante expresada a lo largo de ese proceso y de la del co-contratante que formuló la oferta seleccionada, en lo que Alessi llama “fase integrativa”¹⁸, con el fin de lograr el perfeccionamiento del contrato en los términos del artículo 41 de la Ley 80. Con esta perspectiva, el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007 establece que el

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente 19936.

¹⁷ “[14] Aunque en otras latitudes se entiende que por la adjudicación se perfecciona y celebra el contrato (De las Solas Rafecas, José María, *Contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración*, Madrid, Tecnos, 1990, p.166), en tanto éste sólo existe jurídicamente cuando la autoridad pública competente ha tomado su decisión de celebrarlo, poniendo su firma y notificando la decisión de adjudicarlo (Jèze, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 113). O lo que es igual, luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado (Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Montevideo, 1974, pp. 565 y 566). En definitiva, en derecho comparado la adjudicación debe notificarse al proponente cuya oferta se acepta, momento desde el cual el contrato queda concluido sin necesidad de ninguna otra formalidad (Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 19080, p. 328)”.

¹⁸ “[15] Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 292”.

acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.¹⁹

Así lo había reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación: “Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal”²⁰.

Por manera que, el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones, entre otros, directamente entroncados con la celebración misma del negocio jurídico”. (Se destaca).

En el mismo sentido, la referida sección explicó lo siguiente, en sentencia del 13 de mayo de 2015²¹:

“...4.1. Acto de adjudicación

Es un acto administrativo por medio del cual se produce la escogencia del futuro contratista y que justifica todo el proceso de selección que inició con el acto de apertura del proceso de selección. Esta manifestación de voluntad debe materializarse a través de un acto motivado... A partir de la notificación de la Resolución de Adjudicación, nacen obligaciones y derechos correlativos entre la Administración y el futuro contratista. Así lo ha reconocido, de antaño, la jurisprudencia de esta Corporación:

...Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que el contrato no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal”²².

Véase como el acto administrativo de adjudicación produce una serie de consecuencias jurídicas respecto de las partes intervinientes en el procedimiento de selección: i) el derecho subjetivo del adjudicatario, como situación excluyente para contratar con el Estado; ii) deber jurídico correlativo del licitante de contratar con el adjudicatario -irrevocabilidad de la oferta; iii) mantenimiento inalterable de los pliegos de condiciones o términos de referencia, entre otros, directamente relacionados con la celebración misma del negocio jurídico²³.
(...)

Al respecto, debemos remitirnos a lo afirmado en líneas anteriores cuando la Sala manifestó que una vez se ha proferido el acto o resolución de adjudicación, surge el deber correlativo entre la Administración y el adjudicatario de celebrar y perfeccionar el contrato, por lo que dicha manifestación de voluntad no puede ser revocada de forma unilateral por la Administración. En efecto, el acto de adjudicación, en los términos del numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993... es irrevocable, evidenciándose, entonces, una ilegalidad dentro de la actuación, pues la

¹⁹ “[16] El ordinal 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 en este punto tenía una previsión idéntica”.

²⁰ “[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, exp. 1503, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez”.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 28647.

²² “[15] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de enero de 1975, exp. 1503, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez”.

²³ “[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de junio de 2011, exp. 19.936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

Administración no podía revocar de forma unilateral un acto administrativo de carácter particular y concreto, sin el consentimiento del beneficiario²⁴.” (Subrayas añadidas).

Ahora bien, del recuento legal y jurisprudencial efectuado hasta ahora en relación con el acto de adjudicación del contrato estatal, se concluye claramente que, en la actualidad, dicho acto administrativo solamente puede ser revocado cuando se presente alguna de las dos situaciones descritas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, o ambas causales simultáneamente, razón por la cual podría afirmarse, en principio, que únicamente en esos casos la entidad estatal que ha hecho la adjudicación no estaría obligada a celebrar el respectivo contrato.

(ii) Otras situaciones que pueden impedir la celebración del contrato adjudicado

Con todo, para la Sala de Consulta es dable preguntarse si no pueden existir razones o circunstancias adicionales que pudieran liberar a una entidad pública de suscribir un contrato previamente adjudicado y la exoneren, por lo tanto, de la responsabilidad correspondiente.

A este respecto, recuerda la Sala que un principio de derecho universalmente aceptado es que *“a lo imposible nadie está obligado”*. Este principio es el fundamento, entre otros, de la institución del caso fortuito o la fuerza mayor, como circunstancia que extingue las obligaciones y exonera de responsabilidad civil al deudor.

Como se sabe, el caso fortuito o fuerza mayor está definido en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que subrogó el artículo 64 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Igualmente, debe recordarse que el artículo 1625 del mismo código establece las causales o modos de extinción de las obligaciones, entre las cuales incluye *“la pérdida de la cosa que se debe”* (numeral 7º). Para la doctrina en materia de obligaciones, esta forma de extinción debe entenderse referida a toda situación que haga imposible, de modo absoluto, el cumplimiento o la ejecución de la obligación, incluyendo no solo las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto (a las cuales pareciera referirse la norma citada), sino también las obligaciones de hacer y no hacer²⁵.

Asimismo, el artículo 1604 ibídem estatuye que *“el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”*, y el artículo 1606 de la misma obra dispone que *“la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”*.

²⁴ “[18] Al respecto PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, en su libro *La Contratación de las Entidades Estatales*, enseña: “La irrevocabilidad de la adjudicación hace que ni aun en los casos de una adjudicación contraria a la ley, pueda la Administración unilateralmente dejar sin efectos su acto, lo cual excepciona la facultad que concede el artículo 73 del decreto 01 de 1984 para hacerlo en dichos eventos”. *Sexta Edición. 2010. Ed. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. Pág. 307*”.

²⁵ URIBE Holguín, Ricardo. *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980, página 228.

De este conjunto de normas, derivadas del principio de que “*a lo imposible nadie está obligado*”, se infiere que cuando el cumplimiento de una obligación, cualquiera que ella sea, deviene absoluta y permanentemente imposible por un hecho ajeno a la voluntad del deudor (ajenidad) que, además, no puede ser previsto (imprevisibilidad) ni controlado o superado (irresistibilidad) en condiciones normales, el deudor de dicha obligación debe entenderse liberado o exonerado de la misma y, por contera, no es responsable de los perjuicios que la inejecución de la obligación pueda causar al acreedor.

Resalta la Sala que puede haber circunstancias que, aun teniendo las características anotadas de ajenidad, imprevisibilidad e irresistibilidad, no hagan imposible el cumplimiento de la obligación, sino que solamente la hagan más difícil y onerosa de ejecutar por parte del deudor. En tales eventos, el deudor no puede entenderse librado o exonerado de la obligación, aunque el ordenamiento jurídico, en algunos casos, le otorga otros remedios, sobre todo cuando la obligación se origina en un contrato bilateral, oneroso y conmutativo (por ejemplo, por la vía de la “*teoría de la imprevisión*”, en los contratos de derecho privado, o del “*restablecimiento del equilibrio económico*”, en los contratos estatales).

Asimismo, pueden existir hechos que, a pesar de ser susceptibles de calificarse como constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, no hagan imposible el cumplimiento de la obligación en forma permanente, sino tan solo de manera transitoria. En tales casos, el deudor no puede entenderse liberado o eximido definitivamente de la obligación, sino que tan solo puede considerarse dispensado temporalmente de su ejecución, y no puede estimarse responsable de los perjuicios que la demora o tardanza en el cumplimiento de la misma puedan ocasionar al acreedor (perjuicios moratorios), aunque sí los generados por su inejecución definitiva, total o parcial.

En razón a lo anterior, la Sala aclara que solamente los acontecimientos que, cumpliendo los requisitos o condiciones para ser calificados como “caso fortuito o fuerza mayor”, hagan imposible el cumplimiento de la obligación, de forma absoluta y permanente, pueden exonerar al deudor de la respectiva obligación, de manera definitiva, y eximirlo, por ende, de la respectiva obligación.

Ahora bien, dado que la adjudicación del contrato estatal genera la obligación recíproca (para la entidad estatal y para el adjudicatario) de suscribir el contrato proyectado, como ya se explicó, la Sala considera que dicha obligación podría extinguirse, de acuerdo con lo que se viene explicando, cuando la ejecución del contrato adjudicado se vuelva imposible por un hecho sobreviniente y, en consecuencia, también resulte imposible (y además, sin sentido) su celebración.

Piénsese, por ejemplo, en que, después de adjudicado el contrato (de obra, de arrendamiento, de compraventa, entre otros) y antes de su celebración, el bien material sobre el cual debía recaer dicho contrato desaparezca por una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor (un terremoto, un alud etc.) y no sea posible sustituirlo por otro, debido a que se trate de una especie o cuerpo cierto o de otro bien que reúna determinadas características específicas requeridas por la entidad estatal.

También podría ocurrir que, después de adjudicado el contrato y antes de su celebración, se suprimieran las funciones en relación con las cuales la entidad estatal había adjudicado el contrato y no se reasignaran o transfirieran a ninguna otra entidad u organismo, o se suprimiera y se ordenara la liquidación de la

entidad que hubiera adjudicado el contrato, sin que se trasladaran sus funciones a otra entidad pública o privada, o que una autoridad judicial ordenara de manera definitiva no suscribir el contrato.

Asimismo podría suceder que el adjudicatario se extinguiera, ya sea por muerte, en el caso de las personas naturales, o por liquidación, en el caso de las personas jurídicas, después de que se le haya adjudicado el contrato y antes de su perfeccionamiento. En tales eventos, dado que los contratos estatales son calificados como *intuitu personae* (en relación con el contratista), como lo dice expresamente el artículo 41, inciso 3º, de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal que haya adjudicado el contrato no podría ser obligada a suscribirlo con otra persona natural o jurídica distinta (por ejemplo, con los herederos de la persona natural adjudicataria, o los socios de la persona jurídica liquidada).

Como se aprecia, en todos estos casos y en otros similares, se trata de circunstancias sobrevinientes a la adjudicación del contrato y anteriores a su celebración, que tendrían las características propias del caso fortuito o fuerza mayor y harían imposible, en forma absoluta y definitiva, el cumplimiento de la obligación de suscribir el contrato estatal.

En conclusión, la Sala considera que no solamente en las dos hipótesis previstas en el artículo 9º de la Ley 1150 de 2007, que dan lugar a la revocatoria del acto de adjudicación, sino además en cualquier evento en que la celebración y ejecución del contrato se vuelvan imposibles, de manera absoluta y definitiva, por el acaecimiento de un hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, después de adjudicado el contrato y antes de su celebración, la entidad estatal quedaría eximida o liberada de su obligación de suscribir el respectivo contrato.

B. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado

La Sala de Consulta, en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, el primero de ellos en respuesta a una consulta formulada por el Ministerio de Transporte, tuvo ocasión de referirse *in extenso* y detalladamente a este asunto, habiendo abordado problemáticas tales como el concepto de inhabilidad e incompatibilidad, las finalidades que se persigue con tales instituciones en la contratación pública, las diferentes causales de inhabilidad previstas en la Constitución Política y en la ley, los efectos jurídicos que las inhabilidades producen en las diferentes etapas de la actividad contractual (incluyendo las inhabilidades sobrevinientes), la forma como operan las inhabilidades cuando interviene un proponente o contratista plural (consorcios o uniones temporales), la interpretación de ciertas causales de inhabilidad frente a investigaciones, medidas de aseguramiento y sentencias condenatorias penales dictadas por autoridades judiciales del exterior, y la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las entidades públicas exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, modificada y adicionada por las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011²⁶), entre otros asuntos.

En consecuencia, por razones de economía y coherencia, la Sala remite a lo explicado integralmente en dichos conceptos, teniendo en cuenta, además, que no

²⁶ "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

se han presentado modificaciones sustanciales en la normatividad que regula esta materia, desde las fechas en que se emitieron las citadas opiniones.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos útil transcribir algunos apartes del concepto 2260, que están relacionados directamente con la consulta formulada en esta oportunidad. Tales apartes conciernen a las causales de inhabilidad para contratar con el Estado; a la interpretación de las causales contenidas en el artículo 122 de la Constitución Política y en los artículos 8º, numeral 1º, literal j, y 58, numeral 6º, de la Ley 80 de 1993, y a los efectos de tales inhabilidades, según la etapa de la actividad contractual en la cual se presenten.

1. Las causales de inhabilidad para contratar con el Estado

En relación con este punto, la Sala explicó lo siguiente en el citado documento:

“En el ámbito legal, la norma que agrupa de manera sistemática los diferentes supuestos de hecho constitutivos de inhabilidades e incompatibilidades es el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual ha sido objeto de diferentes modificaciones a lo largo de su vigencia, así como de pronunciamientos relacionados con la constitucionalidad de sus disposiciones. En la actualidad el referido régimen se integra de la siguiente forma:

“Artículo 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos²⁷ y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos²⁸ o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas²⁹ y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución³⁰.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes³¹ y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso^{32,33}.

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso^{34,35}.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

²⁷ “[79] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007”.

²⁸ “[80] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007”.

²⁹ “[81] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 1996”.

³⁰ “[82] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-178 de 1996”.

³¹ “[83] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009”.

³² “[84] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007”.

³³ “[85] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994”.

³⁴ “[86] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007”.

³⁵ “[87] Texto declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 1994”.

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad (o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior³⁶), o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en la que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años³⁷.

k) Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales³⁸.

l) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente³⁹⁴⁰.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos⁴¹ ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante⁴².

c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal⁴³.

d. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo⁴⁴.

³⁶ “[88] Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-630 de 2012”.

³⁷ “[89] Adicionado por la Ley 1150 de 2007, artículo 18. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 1”.

³⁸ “[90] Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 2”.

³⁹ “[91] Adicionado por la Ley 1474 de 2011, artículo 84, párrafo 2”.

⁴⁰ “[92] Texto declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434 de 2013”.

⁴¹ “[93] Los concursos fueron derogados por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007”.

⁴² “[94] Texto declarado executable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-429 de 1997”.

⁴³ “[95] Texto declarado executable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009”.

⁴⁴ “[96] Texto declarado executable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-029 de 2009”.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público⁴⁵.

Parágrafo 1.- La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio⁴⁶.

Parágrafo 2.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas".

Con base en la norma transcrita, la Sala encuentra indispensable puntualizar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas. Puede tener origen en conductas punibles, delictivas o disciplinarias, como consecuencia de la pena o sanción, o en diferentes circunstancias tales como la calidad de servidor público, el parentesco, los lazos de amistad, las relaciones negociales, etc.

La Sala observa, en primer lugar, que el listado incorpora bajo un mismo texto, hipótesis susceptibles de ser tipificadas como inhabilidades o como incompatibilidades, puesto que no se da a la tarea de diferenciar entre unas y otras, no obstante que, tal y como se ha explicado hasta el momento, las inhabilidades y las incompatibilidades tienen nociones y naturaleza diferentes. Al respecto, la jurisprudencia indica que la agrupación bajo una sola norma de tales supuestos de hecho radica en que la finalidad del régimen y sus consecuencias jurídicas son idénticas y, en tal sentido, el legislador no encontró razón para darles un trato diferencial⁴⁷.

(...)

En torno a las disposiciones legales, se observa que la propia Ley 80 de 1993 añade supuestos a los comprendidos en su artículo 8, cuando en los numerales 3 y 6 del artículo 58 inhabilita a los servidores públicos, contratistas, interventores, consultores y asesores "como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política"⁴⁸.

En el ordenamiento jurídico colombiano, entre otras normas que contienen inhabilidades e incompatibilidades, se encuentran las siguientes:

⁴⁵ "[97] Adicionado por el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011".

⁴⁶ "[98] Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007".

⁴⁷ "[99] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646".

⁴⁸ "[100] J. SANTOFIMIO, Tratado de Derecho Administrativo. T. IV. Contratación indebida, Externado, 2004, p. 408 "El artículo 58.6 de la Ley 80 de 1993 contiene, en nuestra opinión, una muy interesante inhabilidad de carácter contractual, que se inspira en razones jurídicas estrictamente preventivas". Esto es, comparte naturaleza de medida preventiva. Podemos sostener que nos encontramos ante una inhabilidad cautelar, tendiente a evitar que aquellas personas jurídicas a cuyo representante legal le hubiere sido dictada medida de aseguramiento, en razón de situaciones surgidas de una actuación contractual estatal, puedan presentar propuestas, es decir, participar en cualquier proceso de selección de contratistas o celebrar contratos durante el término de duración de la medida de aseguramiento".

- La Ley 142 de 1994 regula los “conflictos de intereses, inhabilidades e incompatibilidades” en materia “del funcionamiento de las empresas de servicios públicos” (artículo 44);
- La Ley 472 de 1998, dispone que los peritos que no declaren sus impedimentos para acceder al cargo, podrán ser sancionados con inhabilidad para contratar con el Estado (artículo 32);
- La Ley 489 de 1998 ordena que las inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación se aplican a los representantes legales y a los miembros de juntas directivas u órganos de decisión, de las personas jurídicas privadas encargadas del ejercicio de funciones administrativas (artículo 113);
- La Ley 617 de 2000 contiene normas en relación con las incompatibilidades de los gobernadores (artículo 31), diputados (artículo 34), alcaldes (artículo 38), concejales (artículo 45), miembros de Juntas Administradoras Locales (artículos 44.8 y 45);
- La Ley 689 de 2001 comprende incompatibilidades e inhabilidades respecto de los vocales de control y parientes en materia de servicios públicos (artículo 11);
- La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, prescribe incompatibilidad de autoridades locales y departamentales para intervenir en actuaciones contractuales (artículo 39) y conflicto de intereses (artículo 40);
- La Ley 828 de 2003 establece que las personas que no paguen las multas relacionadas con las sanciones por elusión o evasión de los pagos parafiscales, estarán inhabilitadas para contratar con el Estado, mientras persista la deuda (artículo 5);
- La Ley 1148 de 2007 expresa inhabilidades e incompatibilidades en relación con los parientes de funcionarios departamentales y locales (artículo 49);
(...)
- La Ley 1474 de 2011 agregó al ordenamiento jurídico un supuesto de hecho de inhabilidad frente al incumplimiento reiterado (artículo 90) y otro respecto de la celebración de los contratos de interventoría (artículo 5); modificó y adicionó algunas de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (numeral 1, literales j y k; numeral 2, literal f) y modificó una de las prohibiciones a los servidores públicos comprendidas en la Ley 734 de 2002 (artículo 35, numeral 22);
- La Ley 1150 de 2007, en el artículo 6º, numeral 6.3 (mod. Art. 221 del Decreto 019 de 2012), prescribe que está inhabilitada por cinco años la persona cuya inscripción en el Registro Único de Proponentes sea cancelada como consecuencia de graves inconsistencias y que en caso de reincidencia la inhabilidad será permanente.

En ese orden de ideas, la Sala reitera que las fuentes jurídicas en virtud de las cuales se restringe la libertad de contratación en materia estatal son: (i) la Constitución Política, (ii) la Ley 80 de 1993 y (iii) un número plural de leyes que disponen lo propio en los diferentes sectores de la contratación del Estado, en el régimen disciplinario de los servidores públicos, en las medidas que prescriben respecto de los actos de corrupción y en otros campos del espectro normativo nacional.(...)”. (Subraya la Sala en esta ocasión).

2. Interpretación y aplicación de las normas que contienen inhabilidades e incompatibilidades para contratar

En relación con la interpretación de las normas que contienen las causales de inhabilidad e incompatibilidad enunciadas, la Sala manifestó en el citado concepto, y ahora lo reitera, que dichas normas, en la medida en que implican una restricción o limitación al derecho de las personas a contratar con el Estado o, según el caso, a ingresar a la función pública (como servidor), deben interpretarse de manera estricta y no pueden aplicarse de forma analógica; es decir, que no pueden aplicarse a hipótesis o situaciones de hecho que no correspondan

exactamente y en todos sus términos con el supuesto fáctico que cada disposición contiene.

Sin embargo, en el mismo documento, la Sala aclaró que la proscripción anterior no impide interpretar las respectivas normas de acuerdo con las reglas de interpretación que la ley establece y con los métodos hermenéuticos que la jurisprudencia y la doctrina admiten mayoritariamente, como sucede con cualquier otro precepto, con el fin de desentrañar su verdadero o auténtico sentido y, de esta forma, establecer el significado y el alcance precisos de cada una de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en tales disposiciones.

En todo caso, la Sala advirtió que cualquiera que sea la causal de inhabilidad en la que pueda estar incurso el proponente, adjudicatario o contratista, así como el momento en el cual se presente, su declaratoria por parte de la entidad estatal contratante debe estar precedida de un procedimiento mínimo que respete las reglas del principio-derecho del debido proceso.

3. Efectos jurídicos de las inhabilidades e incompatibilidades, de acuerdo con la etapa en la cual se presentan

Por otro lado, en cuanto a los efectos jurídicos que pueden generar las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, dependiendo del momento en el cual se presenten, la Sala explicó lo siguiente en el mismo concepto, luego de citar lo dispuesto por los artículos 9º de la Ley 80 de 1993⁴⁹ y 9º, inciso tercero, de la Ley 1150 de 2007:

“En ese orden de ideas, la Sala clasifica los casos en que las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes se pueden presentar, en función de los momentos en que tienen lugar y de las consecuencias que generan, así:

- *La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene una vez iniciado el proceso de contratación y antes de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato. En este caso, se entenderá que el proponente “renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo” (inciso 2 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993)⁵⁰. En tal sentido, la propuesta en su totalidad se afecta por la inhabilidad referida, lo que imposibilita que el consorcio o unión temporal del cual hace parte el proponente respecto del cual se ha configurado la inhabilidad, continúe en el proceso de selección.*
- *La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene durante el período comprendido entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, lo cual da lugar a la revocatoria del acto de adjudicación proferido (artículo 9, Ley 1150 de 2007) y posibilita a la entidad estatal “adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su*

⁴⁹ “Artículo 9º. De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007). Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal. (Subrayas añadidas).

⁵⁰ “[117] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646”.

propuesta sea igualmente favorable para la entidad” (inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).

- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato celebrado con un contratista individual. En tal evento, el contratista individual deberá, previa autorización de la entidad estatal, ceder el contrato a un tercero, y si no resultare posible habrá de renunciar a la ejecución respectiva (inciso primero del artículo 9 de la Ley 80 de 1993).
- La inhabilidad o incompatibilidad sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato celebrado con un consorcio o unión temporal. Frente a este supuesto de hecho, el contratista que hiciera parte de un consorcio o unión temporal y que se viere afectado por la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, deberá ceder su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad; la norma indica que no es jurídicamente viable ceder el contrato a los demás miembros del consorcio o unión temporal (inciso 3 del artículo 9 de la Ley 80 de 1993) y la jurisprudencia ha expresado que tampoco es posible renunciar a su ejecución, puesto que acrecería la participación de los otros miembros⁵¹.
- Lo anterior se predica de las sociedades que se hubieren constituido con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal... puesto que en tales casos surgirán los efectos previstos para los consorcios (parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993)⁵².

Es importante resaltar que estas normas tendrán aplicación cuando quiera que sobrevenga la inhabilidad o incompatibilidad, es decir, de conformidad con el significado natural y obvio del verbo “sobrevenir⁵³” cuando las inhabilidades o incompatibilidades acaezcan o sucedan después de iniciado el procedimiento administrativo de selección contractual correspondiente, o de expedido el acto de adjudicación, o de perfeccionado el contrato, según el caso. En tal sentido, “la causal sobreviniente no afecta la validez del contrato sino el derecho a la continuidad en la ejecución por parte del contratista incurso en la respectiva causal.”
54

Cuestión diferente ocurre cuando las inhabilidades o incompatibilidades estaban presentes antes del inicio del procedimiento de selección, de la adjudicación del contrato y de su perfeccionamiento, dado que en tal caso corresponde declarar la nulidad absoluta del contrato respectivo, puesto que, de conformidad con la Ley 80 de 1993, “los contratos del Estado son absolutamente nulos... cuando: 1. Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley” (artículo 44, numeral 1).

En este caso, cuando quiera que se advierta la configuración de una causal de inhabilidad o incompatibilidad previa a la celebración del contrato, allende la competencia legal con la que se encuentran investidas las autoridades de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para conocer de los casos de nulidad absoluta de los contratos estatales, surge la obligación a cargo del jefe o representante legal de la entidad estatal, de “dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en

51 “[118] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646”.

52 “[119] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de septiembre de 2000, exp. n.º 1283”.

53 “[120] “sobrevenir. (Del lat. supervenire). 1. intr. Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra. 2. intr. Venir improvisamente. 3. intr. Venir a la sazón”, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=sobrevenir>, el 26 de julio de 2013”.

54 “[121] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. n.º 25.646”.

que se encuentre” (inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993)”. (Subrayas ajenas al texto original).

4. Interpretación y alcance de las causales previstas en el artículo 122 de la Constitución Política, en los artículos 8º, numeral 1º, literales d) y j), y 58, numeral 6º, de la Ley 80 de 1993

De las causales de inhabilidad enunciadas en el numeral 1º de este acápite, las que podrían tener alguna relación directa con los hechos planteados en la consulta son las previstas en los literales a), d) y j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, así como las contenidas en el artículo 58, numeral 6º de la misma ley. Se aclara que el literal a) del numeral 1º del artículo 80 de la Ley 80, al prescribir que son inhábiles para participar en procesos de selección y celebrar contratos con las entidades estatales “*las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes*”, remite a las inhabilidades establecidas, entre otras normas, en el artículo 122 de la Carta Política.

En relación con la causal contenida en los artículos 122 de la Constitución, 8º, numeral 1º, literal j), y 58, numeral 6º, de la Ley 80 de 1993, la Sala se pronunció ampliamente en el citado concepto 2260 de 2015, en el cual hizo una interpretación gramatical, histórica, sistemática y finalista de tales normas.

En primer lugar, sobre la causal de inhabilidad prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j), de la Ley 80 de 1993, y su relación con el artículo 122 de la Constitución Política, la Sala de Consulta explicó lo siguiente:

“Esta disposición fue incorporada a la Ley 80 por la Ley 1150 de 2007 (artículo 18); posteriormente fue modificada por la Ley 1474 de 2011 (artículo 1º), y finalmente fue declarada inexecutable, en forma parcial, por la Corte Constitucional. En consecuencia, para interpretarla de forma adecuada, es necesario hacer un breve recuento de su nacimiento y de las transformaciones que ha sufrido, así:

Ley 1150 de 2007 (artículo 18)	Ley 1474 de 2011 (artículo 1)	Sentencia C-630 de 2012	Norma vigente
<p><i>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones.</i></p> <p><i>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.</i></p>	<p><i>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.</i></p> <p><i>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</i></p>	<p><i>Declaró inexecutable las siguientes expresiones de la norma citada: “o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior”, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo N° 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de</i></p>	<p><i>Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.</i></p> <p><i>Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.</i></p> <p><i>La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.</i></p>

	La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años". (Se resalta).	cualquiera de los delitos mencionados	
--	---	---------------------------------------	--

(...)

La Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-630 de 2012⁵⁵, declaró inexecutable la expresión que se relaciona en el cuadro anterior, por considerar que la aplicación del límite temporal de veinte (20) años que señala el tercer inciso del mismo literal, a la inhabilidad derivada de tales delitos, iba en contra de lo dispuesto al respecto en el artículo 4º del Acto Legislativo N° 1 de 2009, que modificó el artículo 122 de la Constitución Política, el cual consagró una inhabilidad para contratar con el Estado de carácter permanente por la comisión de cualquiera de los delitos mencionados. En esa medida, la Corte manifestó que el legislador no estaba facultado para limitar a veinte años una inhabilidad que la Constitución establece directamente con carácter intemporal.

Para entender con mayor claridad lo resuelto por la Corte Constitucional, es conveniente recordar que el artículo 122 de la Carta establece las condiciones generales bajo las cuales las personas pueden ingresar a la función pública y permanecer en ella, como servidores públicos. El inciso quinto disponía que el servidor público que fuese condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedaba inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, disposición que fue modificada por el Acto Legislativo N° 1 de 2004 y, posteriormente, por el Acto Legislativo N° 1 de 2009.

Acto Legislativo n.º 1 de 2004	Acto Legislativo n.º 1 de 2009
<p>“Artículo 1º. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:</p> <p>Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”. (Se resalta).</p>	<p>“Artículo 4º. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:</p> <p>Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, <u>ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado</u> o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico <u>en Colombia o en el exterior</u>.</p> <p>Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, (sic) con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.</p>

Como puede inferirse, fue con base [en] la modificación del año 2004, que el Congreso de la República, mediante la Ley 1150 (artículo 18), estableció la causal de inhabilidad contenida en el literal j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80.

En esa medida, en la actualidad, deben distinguirse dos grupos diferentes de delitos, que generan dos inhabilidades distintas:

- (i) Los delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad y el delito de soborno transnacional: las personas naturales que sean condenadas judicialmente por cualquiera de estos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales, por un término de veinte años. Esta inhabilidad se aplica (por el mismo lapso) a las

⁵⁵ “[161] Corte Constitucional, sentencia C-630 del 15 de agosto de 2012. Expediente D-8942”.

sociedades en las cuales dichas personas sean socias, sus matrices y sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

(ii) Los delitos que afecten el patrimonio del Estado, aquellos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, los delitos calificados como “de lesa humanidad” y el narcotráfico, en Colombia o en el exterior: las personas que sean condenadas por cualquiera de dichos ilícitos quedan inhabilitadas para participar en procesos de selección y para celebrar contratos con entidades estatales en forma permanente. Sin embargo, esta causal no puede extenderse a las sociedades en las cuales dichas personas sean socias, ni a sus matrices y subordinadas, pues tal efecto extensivo fue suprimido cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable y, por lo tanto, expulsó del ordenamiento jurídico la referencia que a esos delitos hacía el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, cabría preguntarse qué sucedería si una persona natural fuera condenada por un delito contra la administración pública que, al mismo tiempo, afecte el patrimonio del Estado colombiano, pues dicho caso caería dentro de los supuestos de hecho de las dos causales de inhabilitación mencionadas, es decir, la prevista en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993 y la incorporada en el artículo 122 de la Carta Política. La Sala sugiere, como posible solución a este evento, que la persona natural declarada penalmente responsable debe entenderse inhabilitada para contratar con el Estado en forma permanente, de conformidad con el artículo 122 referido, mientras que las sociedades en las cuales sea socio, así como sus matrices y subordinadas, quedarían inhabilitadas para los mismos efectos por un período de veinte (20) años, en atención al artículo 8 de la Ley 80.

(....)”. (Subrayas en el original).

En el mismo concepto, la Sala concluyó que la causal de inhabilitación prevista en el literal j) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 se puede presentar, no solamente cuando la condena en firme por algún delito contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, haya sido impuesta por un juez nacional, sino también cuando una condena ejecutoriada por tales delitos, o sus equivalentes en otros países, haya sido impuesta por un juez extranjero.

Dado que esta inhabilitación no se aplica a las “sociedades anónimas abiertas”, tal como lo establece la disposición que contiene la causal, vale la pena transcribir lo que se explicó sobre esta figura, en el concepto N° 2260, lo cual continúa vigente:

“Al respecto, el Decreto 1082 de 2015 “Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional” en el artículo 2.2.1.1.2.2.8., reproduce lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”, y bajo el título de “inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas” define que: “las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario” (artículo 32).

Esta reglamentación obedece al mandato del legislador, el cual ordenó: “Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas” (parágrafo 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993)⁵⁶. Así, el concepto de sociedad anónima abierta tiene alcance

⁵⁶ “[128] Con anterioridad, la norma que prescribía sobre el particular Decreto 679 de 1994, “Artículo 5.- Para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones: 1. Tengan más de trescientos

específico acerca de las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los literales h), j) y k) del numeral 1, y d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993”.

Ahora bien, con respecto a las inhabilidades consignadas en el numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993⁵⁷, la Sala explicó lo siguiente:

“Como se observa, el numeral 6º contiene tres (3) causales de inhabilidad para participar en procesos de contratación y contratar con entidades del Estado, que deben sumarse al catálogo de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993. Dichas causales son:

(i) En primer lugar, una inhabilidad transitoria para la persona jurídica de derecho privado cuyo representante legal haya sido cobijado por una medida de aseguramiento en firme relacionada con hechos u omisiones que se le imputen en desarrollo de su actividad contractual. Esta inhabilidad tendría una duración equivalente al tiempo que se mantenga dicha medida de aseguramiento.

(ii) En segundo lugar, una inhabilidad definitiva para la misma persona jurídica, por el término de diez (10) años, en el evento de que el representante legal de la misma sea condenado mediante sentencia judicial en firme.

(iii) Finalmente, una inhabilidad por el mismo plazo para la persona jurídica que sea declarada civilmente responsable por hechos u omisiones relacionadas con su actividad contractual”.

Sobre las dos primeras causales contenidas en esta norma, la Sala manifestó, en el concepto 2260 de 2015, que aunque estas se presentan, en principio, frente a medidas de aseguramiento y condenas penales impuestas por jueces colombianos, también podrían darse cuando las medidas de aseguramiento o las sentencias condenatorias penales sean dictadas por jueces extranjeros, siempre que los hechos constitutivos del delito investigado o juzgado se relacionen directamente con la actividad contractual de las entidades públicas colombianas, independientemente de que tales ilícitos se cometan en el territorio nacional o en el exterior, o que en ellos intervengan colombianos o extranjeros. Así lo explicó la Sala en el citado documento:

“La Sala considera que sostener que la inhabilidad descrita no pueda generarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria sea dictada por jueces extranjeros, aunque se refiera a hechos delictivos cometidos en Colombia o en el exterior pero relacionados directamente con la actividad contractual del Estado colombiano, supondría hacer una aplicación extrema del principio de territorialidad, que omitiría la existencia de elementos internos o nacionales en la

accionistas. 2. Que ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación. 3. Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores” “.

⁵⁷ “Artículo 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

(...)

6º. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual”. (Se destaca).

situación que se describe, como la afectación que tales conductas producen a los intereses legítimos del Estado colombiano, desconocería los valores y las finalidades que se busca proteger perseguidas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y vulneraría el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, ya que por los mismos hechos, que afectan en igual grado los intereses jurídicos del Estado colombiano, algunas personas jurídicas quedarían inhabilitadas para contratar con él y otras no, sin que existiera una razón suficientemente válida y convincente para justificar ese trato diferencial.

Por tales razones debe admitirse que, excepcionalmente, estas causales de inhabilidad pueden presentarse cuando la medida de aseguramiento en firme o la condena ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que tal decisión se fundamente en la participación de la persona natural investigada o condenada en hechos u omisiones ilícitas relacionados con sus actuaciones contractuales frente al Estado colombiano (incluyendo las entidades, órganos y organismos que lo conforman). Tal conclusión es independiente de que la conducta se haya realizado en Colombia o en el exterior, y que el presunto responsable sea nacional o extranjero, pues resulta evidente que los delitos que atentan contra la administración pública y, en particular, aquellos que afectan la transparencia, la imparcialidad, la moralidad y los demás principios que gobiernan la contratación estatal colombiana, pueden ser cometidos en cualquier país del mundo y por parte de individuos de cualquier nacionalidad". (Resaltado en el original).

Y en punto a la posible concurrencia de la inhabilidad definitiva prevista en esta norma, con las causales contenidas en los artículos 122 de la Constitución y 8º, numeral 1º, literal j), de la ley 80 de 1993, la Sala precisó en el mismo concepto:

"No sobra aclarar que si el delito por el cual es condenado en el extranjero el representante legal (persona natural) de una persona jurídica foránea es uno de aquellos mencionados en el artículo 8º, numeral 1º, literal j) de la Ley 80 de 1993, dicho individuo incurriría en la inhabilidad prevista en esta norma (por 20 años o en forma permanente, según el caso), mientras que la persona jurídica de derecho privado que aquel sujeto representa o representaba quedaría inhabilitada por diez (10) años, siempre que los hechos o las omisiones por los cuales sea condenado tengan relación directa con la actividad contractual ejercida por esa persona frente al Estado o las entidades públicas colombianas. De no ser así, es decir, si los hechos o las omisiones por las cuales es condenado penalmente no tienen relación directa con su actividad contractual frente al Estado colombiano, la inhabilidad cobijaría solamente a la respectiva persona natural (por 20 años o en forma permanente, según el caso), siempre que aquel individuo no sea, al mismo tiempo, socio de la entidad extranjera, pues en este último caso la inhabilidad también afectaría (por 20 años) a la respectiva sociedad, a sus matrices y a sus subordinadas".

La posición expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, sobre la interpretación y la aplicación de las causales de inhabilidad para contratar que se ha mencionado, fue resumida por la misma Sala de la siguiente manera⁵⁸:

"5. Recapitulación sobre las normas y causales de inhabilidad analizadas

El análisis jurídico que se ha efectuado hasta el momento, le permite a la Sala concluir que de las normas y causales de inhabilidad para contratar que se mencionan en la consulta, las únicas inhabilidades que podrían generarse por las decisiones que adopten autoridades penales del exterior, son las siguientes:

⁵⁸ Tomado del concepto 2260 de 2015.

- (i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011).
- (ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6º del artículo 58 de la Ley 80 de 1993).

Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993:

- (i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1º, literal j), modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011.
- (ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera.
- (iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior.
- (iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

En este orden de ideas, la siguiente matriz resume lo expuesto por la Sala sobre la interpretación y aplicación de las citadas causales de inhabilidad:

Supuesto de hecho Artículo 8, numeral 1, literal j) de la Ley 80	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad
Declaratoria judicial de responsabilidad por "delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos".	Colombiana o extranjera	Persona natural que resulte condenada. Sociedades en las cuales sea socia (incluye sucursales). Sociedades matrices y subordinadas de aquellas. Salvo sociedades anónimas abiertas	Veinte (20) años, salvo que el delito afecte el patrimonio del Estado colombiano (caso en el cual la inhabilidad es permanente)
Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (primera causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilidad

Haberse dictado "medida de aseguramiento en firme" al representante legal de una persona jurídica de derecho privado por "hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual" (frente al Estado colombiano).	Colombiana o extranjera	Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la medida de aseguramiento (incluye sucursales)	El mismo tiempo de duración de la medida de aseguramiento.
---	-------------------------	--	--

Supuesto de hecho Artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 (segunda causal)	Autoridad judicial que dicta la providencia	Personas inhabilitadas	Duración de la inhabilitación
Sentencia condenatoria (en firme) contra el representante legal de una persona jurídica de derecho privado por "hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual" (frente al Estado colombiano)	Colombiana o extranjera	Persona jurídica de derecho privado de la cual sea o haya sido representante legal la persona natural afectada con la condena penal (incluye sucursales)	Diez años"

(Subrayas añadidas, salvo en el párrafo inicial).

Finalmente, en cuanto a la otra causal de inhabilitación que podría tener alguna relación con los hechos expuestos en la consulta, esto es, la prevista en el literal d) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80, consistente en la situación de "quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución", la Sala no considera necesario profundizar sobre el alcance y la aplicación de dicha causal, dado que la misma está limitada a la persona natural que, mediante sentencia judicial, sea condenada a la pena accesoria de interdicción de derechos o funciones públicas, o que sea sancionada disciplinariamente con destitución (tratándose de un servidor público o de un particular que ejerza funciones públicas en Colombia), sin que tal inhabilitación pueda extenderse a las sociedades ni, en general, a las personas jurídicas de las que aquel individuo sea administrador (representante legal o miembro de junta directiva) o socio, pues ni la norma citada ni otra disposición legal permiten hacer tal extensión.

Basta con precisar, en primer lugar, que el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000): (i) define la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como aquella que "priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales" (artículo 44); (ii) dispone que dicha sanción puede ser impuesta por los jueces como pena principal o como accesoria (artículos 34 y 52), según el delito y los criterios de dosimetría que dicho código establece, y (iii) preceptúa que, cuando dicha inhabilitación se imponga como pena principal, puede tener una duración de entre cinco (5) y veinte (20) años, salvo que el delito por el cual se aplique sea de aquellos que afecten el patrimonio del Estado (artículo 51), caso en el cual la inhabilitación sea permanente, según lo ordenado por el artículo 122, inciso 5º de la Constitución Política.

En segundo lugar, es pertinente mencionar que el literal d) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 ha sido declarado exequible en dos ocasiones por la Corte Constitucional, en relación con fragmentos distintos de la norma y por motivos diferentes.

Inicialmente, en la sentencia C-178 de 1996⁵⁹, la Corte declaró exequible la frase “y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución”, contenida en la norma citada, por considerar que ella no viola el principio de unidad de materia, en la medida en que el legislador, si bien utilizó una sanción regulada en el Código Disciplinario Único (la destitución), como supuesto fáctico de una inhabilidad para contratar con el Estado, no modificó ese castigo, ni creó una nueva sanción disciplinaria ni, en general, modificó la legislación sobre esta materia.

Y poco tiempo después, con la sentencia C-489 del mismo año⁶⁰, la Corte Constitucional declaró exequible el resto de la disposición, por considerar que el establecimiento de una inhabilidad para quienes hayan sido condenados a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, no significa que a tales personas se les imponga una nueva sanción, adicional a las que hubiesen recibido en el proceso penal, con aparente violación al principio de “*non bis in ídem*”, pues la norma acusada no consagra una sanción, y mucho menos penal, sino una medida que restringe temporalmente la capacidad de algunas personas para contratar con el Estado, por razones que la misma corporación judicial calificó como necesarias, conducentes y proporcionadas al interés público que se persigue con esta figura.

5. Necesidad de revisar, actualizar, sistematizar y racionalizar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Exhortación al Gobierno Nacional

Tanto en esta ocasión como en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala ha observado que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado presenta graves y profundas deficiencias, que lo hacen confuso, contradictorio y difícil de aplicar, y debilitan, por lo tanto, su eficacia como instrumento para efectivizar, entre otros, los principios de transparencia, imparcialidad, buena fe y moralidad en la contratación pública. Entre tales deficiencias, podemos resaltar las siguientes:

- En primer lugar, la enorme dispersión de las normas que consagran inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. En efecto, como atrás se mencionó, las referidas inhabilidades e incompatibilidades están previstas en la Constitución Política, en varias disposiciones de la Ley 80 de 1993 y en más de diez (10) leyes diferentes, que regulan temas tan disímiles como los servicios públicos domiciliarios, la responsabilidad fiscal, el régimen disciplinario, el pago de aportes parafiscales y el régimen político-electoral de los alcaldes, gobernadores y otros funcionarios públicos.
- El hecho de que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no distingue ni separa los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, sino que, bajo el título de “*inhabilidades e incompatibilidades para contratar*” (artículo 8º de la Ley 80), regula indistintamente una serie de situaciones que podrían constituir inhabilidades, en algunos casos; incompatibilidades, en otros, o, incluso, podrían ser clasificadas en ambas categorías.
- Existe una serie de conductas que pueden vulnerar o amenazar en forma grave la vigencia efectiva de los principios generales de la contratación pública y de la función pública, y que no están consideradas actualmente como inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado, tal como se ha demostrado en

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-178 del 29 de abril de 1996, expediente No. D-974.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-489 del 26 de septiembre de 1996, expediente D-1264.

este documento y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015. Al mismo tiempo, se presentan algunas circunstancias que la ley tipifica hoy en día como inhabilidades o incompatibilidades y que, si bien constituyen incumplimientos a ciertas obligaciones o deberes que la ley impone a los empresarios en diversos campos, no tienen necesariamente, a nuestro juicio, la entidad suficiente ni la potencialidad de afectar en forma grave la aplicación de los principios mencionados, lo que permitiría reevaluar si deben seguir siendo consideradas como hechos que impiden contratar con el Estado.

- Varias de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas actualmente están redactadas en forma confusa, insuficiente, contradictoria o poco técnica, desde el punto de vista jurídico, lo que dificulta su interpretación y, por lo tanto, su aplicación en casos concretos.

Por las razones anteriores, entre otras, la Sala se permite exhortar respetuosamente al Gobierno Nacional para que haga una revisión cuidadosa, detallada, racional y sistemática del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado colombiano. Como resultado de dicho ejercicio, y luego de establecer finalidades y criterios claros y previamente consensuados con los diferentes actores involucrados en este asunto (entidades públicas, contratistas del Estado, organismos de control, universidades, gremios y oenegés, entre otros), podría prepararse un proyecto de ley que regule de manera organizada, sistemática, clara, lógica y técnica esta materia, ya sea que tal regulación se consigne en un “estatuto general de inhabilidades e incompatibilidades”, o que simplemente se refleje en la modificación o sustitución de las normas pertinentes del Estatuto General de Contratación Pública y en la derogación de las disposiciones contenidas en otras leyes que establecen inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.

C. Medidas que las entidades públicas pueden y deben tomar para prevenir, mitigar y controlar el riesgo de corrupción en la contratación estatal

En los conceptos 2260 y 2264 de 2015, antes citados, la Sala afirmó que, independientemente de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley, las entidades públicas pueden y deben utilizar otros instrumentos jurídicos, legalmente viables y apropiados para prevenir, mitigar y controlar el riesgo de corrupción en la actividad contractual, empezando por reconocer expresamente dicho riesgo, en desarrollo de los principios que gobiernan la función pública, en general, y la contratación estatal, en particular, y especialmente los principios de moralidad, transparencia, buena fe, planeación y precaución.

Así, por ejemplo, en el concepto 2260 se dijo, sobre el principio de buena fe, que este *“impone al oferente responsabilidades dentro del contexto de los deberes de rectitud y honestidad como son: (i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad (Ley 80, artículo 26, num. 7); (ii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (ibídem).”* (resaltamos); y más adelante se afirmó:

*“Conforme a lo expuesto, nada resulta más alejado del principio de buena fe que la ocurrencia de actos de corrupción en la contratación estatal y, por lo mismo, **en los procesos de selección las entidades están facultadas para solicitar a los proponentes toda la información que, dentro del ámbito de la buena fe, resulte necesaria para formarse un juicio sobre su idoneidad para asumir el***

compromiso que involucra el contrato propuesto y que **permita verificar su honestidad e integridad en el manejo de los recursos públicos** que involucra la contratación estatal.
(...)

El artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, “por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”, **reitera y amplía el señalado deber legal, al disponer que: “El Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de los recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas”** (Se subraya).

No duda la Sala en afirmar que la anterior disposición **conlleva un deber calificado para las entidades estatales**, cuyo presupuesto es la buena fe (y como se verá, el principio de precaución), **consistente en una carga de conocimiento que las obliga a determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista**, esto es, persona natural o jurídica, o sucursal de una sociedad extranjera, **si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una filial o subsidiaria, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad personal y profesional de sus representantes legales, entre otros aspectos, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado**, los cuales, por supuesto, no pueden provenir de actividades delictivas en general, **o ser el producto de actos de corrupción, en particular**.

A semejanza de lo que ocurre en el sector financiero (artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), **constituye una verdadera “política de conocimiento del cliente” aplicada a la contratación estatal** que permite a las entidades contratantes exigir a los contratistas “pactos o compromisos de integridad”, por ejemplo, **en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, casas matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción**⁶¹.

En el mismo sentido, y por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, dentro de una política preventiva la entidad contratante deberá exigir “declaraciones de origen de fondos” en las que **el proponente o contratista, bajo la gravedad del juramento, identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito**.

Así, **en el supuesto caso en el que el proponente o contratista haya suministrado información falsa, o que no correspondiera a la realidad, con el propósito de hacer incurrir a la Administración en un error y obtener la adjudicación del contrato**, acontecerá una de las siguientes dos situaciones, a saber: (i) **si el acto de adjudicación fue expedido, pero el contrato no ha sido suscrito, el acto podrá ser revocado en tanto que se obtuvo por “medios ilegales”**, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007; (ii) **si el contrato ya se ha perfeccionado, dicho vínculo estará viciado de nulidad** (artículo 1515 del Código Civil), sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en los términos del numeral 7 del artículo 25 (sic) de la Ley 80'. (Negritas añadidas).

⁶¹ “[33] R. OSPINA ROBLEDO. “Los pactos de integridad: una herramienta para buscar limpieza en contrataciones de interés público”. Banco Interamericano de Desarrollo. Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe. <http://www.iadb.org/leg/Documents/Colombia%20Ticol%20Ospina%20Spa.pdf> Consultado el 13 de julio de 2015. (...).”

En el mismo concepto, la Sala manifestó que estas mismas consecuencias jurídicas se derivan también de los principios de planeación, precaución y moralidad administrativa y, en consecuencia, refuerzan la utilización de mecanismos por parte de las entidades estatales tendientes a conocer plenamente a los oferentes y contratistas, a identificar el origen de los fondos que pretendan utilizar para la ejecución del contrato y, en general, a prevenir actos de corrupción u otras conductas ilícitas, como el lavado de activos. Así, por ejemplo, sobre la aplicación del principio de planeación en este campo, la Sala puntualizó:

“Así las cosas, la observancia del deber de planeación sustenta, aún más, la aplicación del artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, consistente en la carga de conocer a fondo al proponente o contratista, así como el origen lícito de los fondos que empleará en la ejecución del objeto contratado, con el fin de prevenir actos de corrupción en el contrato estatal, a través de instrumentos como los “compromisos de integridad” o “declaraciones de origen de fondos” en los términos explicados...”. (Se resalta).

Ahora bien, como corolario de la aplicación de estos principios a la contratación estatal, con miras a prevenir, mitigar y controlar el riesgo de corrupción, la Sala manifestó, en el citado documento, que existe todo un catálogo de medidas e instrumentos que las entidades públicas pueden utilizar para tales fines, en las diferentes etapas que conforman el *iter* contractual:

“7. Aplicación práctica de los principios constitucionales y legales que permiten prevenir y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal

Con el fin de prevenir y sancionar los actos de corrupción en las diferentes etapas de la actuación contractual, y sin perjuicio de la utilización de la vía judicial cuando quiera que se evidencie la posible vulneración del principio de moralidad administrativa, la Sala recomienda que las entidades estatales materialicen los principios analizados en este concepto adoptando, entre otras, las siguientes medidas:

7.1 En los estudios previos que sustentan la contratación, es inexcusable que las entidades estatales... no manifiesten explícitamente:

- a. El deber jurídico concreto que tienen de prevenir los actos de corrupción en la contratación estatal con base en la Constitución Política, la ley, los tratados internacionales y, en especial, con los principios de transparencia, buena fe, planeación, eficacia, precaución y moralidad administrativa;*
- b. La necesidad para los intervinientes en la actuación contractual de observar la carga de conocimiento, esto es, determinar la calidad con la que actúa el proponente o contratista (persona natural o jurídica, nacional o extranjera, si actúa directamente o por medio de una sucursal en Colombia, si pertenece o no a un grupo empresarial, si se trata de una subsidiaria, filial o subordinada, la composición de su capital, si cotiza o no en bolsa, si es una empresa familiar, la idoneidad de sus representantes legales, entre otros aspectos), y*
- c. La tipificación, estimación y asignación de riesgos, dentro de los cuales se destaca el de corrupción y la relación directa que existe entre este y los riesgos financiero, legal y reputacional, en un adecuado ejercicio del deber de planeación.
(...)*

7.2. En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta:

- a. Se podrá exigir a los proponentes que suscriban “pactos o compromisos de integridad”, por ejemplo, en el sentido de que estos, sus socios, representantes legales, matrices, o cualquier otro sujeto a ellos vinculados, no se encuentran comprometidos en actividades delictivas, o para el caso concreto de la consulta, en actos de corrupción, ni sujetos a investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas por dichos actos de corrupción, lo cual incluye delitos como el soborno transnacional, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, de conformidad con la ley penal colombiana y los tratados internacionales sobre la materia;
- b. Se deberá adjuntar, bajo la gravedad del juramento, “declaración de origen de fondos” en el que el proponente identifique la fuente de los recursos que comprometerá en la ejecución del contrato y su origen lícito, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1121 de 2007;
- c. Se exigirá, con base en la carga de conocimiento, la identificación plena y la calidad con la que actúa el proponente; la composición del capital social de la persona jurídica respectiva, con la inclusión exacta de los socios o accionistas; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; la información relativa a su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la de sus representantes legales;
- d. Se podrá exigir a los proponentes, entendidos como la persona natural o jurídica que concurre al proceso y sus representantes legales, que autoricen expresamente a la entidad para averiguar su información comercial y financiera en los bancos de datos públicos y privados.
- e. El derecho y el deber que tiene la entidad pública licitante de comprobar la veracidad de los documentos que soportan las exigencias anteriores, así como la facultad de solicitar toda la información adicional que a su juicio resulte necesaria para cumplir con su deber de prevenir actos de corrupción en la contratación estatal.

(...)

Ahora bien, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, la Sala recomienda que los pliegos de condiciones reiteren expresamente que la entidad estatal podrá proceder a la revocatoria del acto de adjudicación cuando este se haya obtenido por “medios ilegales”, y que dentro de ese ámbito, los “actos de corrupción” se enmarcan dentro de la noción de “medios ilegales”.

Así mismo, se sugiere anunciar en los pliegos de condiciones que en el evento de adjudicarse la licitación, en el contrato se incluirán condiciones resolutorias expresas tendientes a prevenir actos de corrupción y multas en caso de incumplimiento, en los términos que enseguida se explicarán.

Por último, los pliegos de condiciones, en concordancia con los estudios previos, señalarán expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero. Por tanto, será obligación del proponente o contratista ofrecer garantías suficientes, a juicio de la entidad estatal, en caso de que las condiciones del riesgo de corrupción o riesgo financiero se hayan modificado entre el inicio del proceso de selección y la adjudicación o entre esta y la suscripción del contrato o durante la ejecución del mismo. Igualmente, el riesgo financiero será asignado en su totalidad al contratista.

7.3. En las cláusulas contractuales:

- a. La entidad **incorporará en las estipulaciones contractuales la obligación a cargo del contratista de informar periódicamente la composición del capital social de la persona jurídica; la existencia de pactos o acuerdos de accionistas; su pertenencia o no a un grupo empresarial, si se trata de una**

matriz, subordinada, o sucursal de sociedad extranjera, así como la información relevante de índole jurídica, comercial o financiera, de la persona jurídica o de sus representantes legales, socios o accionistas.

- b. *También se deberá proveer la información cuando tenga ocurrencia una situación que implique una modificación del estado de los riesgos existente al momento de proponer o de celebrar el contrato, como sería el caso de la existencia de investigaciones, medidas de aseguramiento o condenas proferidas en Colombia o en el extranjero.*

En todo caso, se establecerá que con base en las facultades de dirección y control del contrato, la entidad estatal podrá requerir la información que estime necesaria en cualquier momento, y que la omisión sobre el reporte y entrega de información será constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista. En este sentido, se recomienda pactar multas para conminar al contratista al cumplimiento de dichos deberes, en los términos del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

- c. *Con el fin de proteger los intereses de la Administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad, impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal.*

- d. *En atención al riesgo de corrupción y a aquellos que se relacionan directamente con él, como son los riesgos financiero, legal y reputacional, entre otros, se estipulará la obligación expresa del contratista de mantener cubierto el estado del riesgo durante toda la ejecución del contrato, ofreciendo las garantías que resulten suficientes a juicio de la entidad estatal contratante. (...)*. (Las negrillas no forman parte del texto original).

Asimismo, en los conceptos citados, la Sala sostuvo que la corrupción es uno de los riesgos que pueden afectar la contratación estatal, y que dicho riesgo es previsible, motivo por el cual las entidades estatales deben reconocerlo, asignarlo, en los términos del artículo 4º de la Ley 1150 de 2007⁶², y gestionarlo.

Finalmente, en lo que atañe específicamente a la distribución de dicho riesgo y del riesgo financiero, cuya posibilidad de materialización puede verse incrementada por aquel, así como su traslado a un tercero, mediante las garantías contractuales, la Sala señaló lo siguiente en el concepto 2260 de 2015:

“Considerando lo expuesto en precedencia sobre el riesgo de corrupción y el riesgo financiero, los cuales deben ser asignados al contratista, la entidad estatal puede “transferir el riesgo”, lo cual se materializaría “a través de las garantías previstas en el Proceso de Contratación o en las condiciones del contrato estableciendo con claridad quien (sic) es el responsable”⁶³.

⁶² El artículo 4º de la Ley 1150 de 2007 dispone:

“Artículo 4o. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

⁶³ Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación de la Agencia Colombia Compra

(...)

La Sala estima que el estado del riesgo no se debe alterar en todas las etapas de la actividad contractual, por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

“Artículo 27. En los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, ordenando que si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

En tal virtud, si las condiciones del riesgo financiero han cambiado entre el inicio del proceso contractual y la adjudicación, o entre esta y el perfeccionamiento del contrato o durante la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante. (Destacamos).

D. Los contratos de concesión bajo el esquema de asociaciones público privadas (APP)

La Ley 1508 de 2012⁶⁴ regula los esquemas de asociación público privada (APP), que su artículo 1º define como “*un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio*”.

Esta legislación tiene antecedentes en la experiencia internacional de países como el Reino Unido, donde existe un completo desarrollo de este tipo de negocios para proyectos de carreteras, ferrocarriles, colegios, hospitales, puertos, cárceles, acueductos y edificios públicos, entre otros. Asimismo, aunque de forma parcial para algunos sectores, se destacan países como Francia, España, Irlanda, Canadá, Bulgaria, República Checa, Chile, Uruguay, México y Perú. A estos se suman Ecuador, República Dominicana, Jamaica, Trinidad y Tobago, El Salvador, Honduras y Panamá, que en los últimos años expidieron o reformaron el marco legal para la participación privada en proyectos públicos⁶⁵.

Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial, y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros.

Eficiente.www.colombiacompra.gov.co/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf. Consultado el 8 de julio de 2015.

Es preciso señalar que el Decreto 1082 de 2015 establece en el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. “*Evaluación del Riesgo*. La Entidad Estatal debe evaluar Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente. (Decreto 1510 de 2013, artículo 17)”.

⁶⁴ “*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*”.

⁶⁵ Cfr. Gaceta del Congreso, 3 de noviembre de 2011, exposición de motivos del proyecto de ley número 160 de 2011-Senado.

El artículo 2º de la Ley 1508 señala que las concesiones, de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁶⁶, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP, lo que significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas, aunque estas últimas podrían estructurarse mediante contratos distintos al de concesión.

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

El artículo 3º ejusdem (“ámbito de aplicación”) señala que la citada ley es aplicable *“a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura”*, y precisa que, dentro de tales contratos, pueden estar incluidos aquellos que recaigan sobre la *“infraestructura para la prestación de servicios públicos”*.

De todas formas, vale la pena aclarar que el parágrafo 1º de la misma norma condiciona la realización de proyectos por el esquema de APP, al hecho de que el *“monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv”*, y el inciso segundo del artículo 4º ejusdem agrega que esta clase de esquemas solo podrá utilizarse *“cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución”*, con lo cual resalta, de paso, la importancia del principio de planeación en esta clase de contratos.

El mismo artículo 3º añade que en estos contratos *“se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera”*. Con relación a estos aspectos, el artículo 5º de la misma ley, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015⁶⁷, agrega las siguientes reglas:

“Artículo 5o. Derecho a retribuciones. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado 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, y los demás requisitos que determine el reglamento.

Parágrafo 1o. En los esquemas de asociación público-privada podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales. En todo caso, tales

⁶⁶ El artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 define así el 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”*.

⁶⁷ *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”*.

aportes no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la presente ley.

Los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada.

Parágrafo 2o. En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial...

Parágrafo 3o. (...) en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas... previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial...

Parágrafo 4o. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública (del orden nacional)⁶⁸, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado. (...)

Parágrafo 5o. En caso de que en el proyecto de asociación público-privada la entidad estatal entregue al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación, la entidad estatal podrá pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad”.

En punto a los procedimientos de selección y a las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que instrumentan estos esquemas, el inciso cuarto del artículo que se comenta preceptúa que tales aspectos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012. Esta misma regla se itera en el artículo 9º de la citada ley, para los esquemas de asociación público-privada de iniciativa pública.

Una de las particularidades que la referida ley contiene respecto del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en lo que atañe al procedimiento de selección, es la posibilidad de efectuar, en los procesos de contratación correspondientes a asociaciones público-privadas de iniciativa pública, una etapa de precalificación, en la que se preseleccione, por un mecanismo público y abierto, las personas naturales y jurídicas que podrán presentar oferta dentro de la respectiva licitación pública, por cumplir con las condiciones y requisitos habilitantes establecidos en los pliegos. A este respecto, el artículo 10 de la Ley 1508 dispone:

“Artículo 10. Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento.

Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección.

⁶⁸ La expresión que aparece entre paréntesis y sobre líneas punteadas fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-346 de 2017, según comunicado de prensa del 24 de mayo de 2017.

El reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados”. (Resaltamos).

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

Dado que el contrato de concesión sobre el cual recae la consulta corresponde a una APP de iniciativa pública, como más adelante se explicará, la Sala omitirá referirse en esta ocasión a las normas de la Ley 1508 que regulan específicamente las asociaciones público privadas de iniciativa privada.

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

Con respecto a la duración de los contratos que instrumenten esquemas de APP, el artículo 6º de la Ley 1508 estatuye que tales contratos podrán tener un plazo máximo de 30 años, incluidas sus prórrogas. Sin embargo, como excepción a esta regla general, el inciso segundo del mismo artículo dispone que el plazo de tales contratos podrá ser mayor, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, *“cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior”*.

Sobre las adiciones y prórrogas, el artículo 7º de la misma ley prescribe lo siguiente, de manera general, sin perjuicio de algunas reglas especiales que trae dicha ley para las APP de iniciativa pública (artículo 13) y para las APP de iniciativa privada que impliquen el desembolso de recursos públicos (artículo 18):

“Artículo 7o. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de Asociación Público Privada. Sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato”.

En este punto, también vale la pena mencionar que, conforme al artículo 29 ejusdem, los contratistas que soliciten la adición o la prórroga de un contrato de esta clase deben pagar una *tasa* a la entidad contratante, a título de contraprestación por los estudios que debe efectuar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para resolver la solicitud. La tarifa de dicha tasa corresponde, en el caso de las adiciones, al diez por ciento (10%) del valor solicitado, a menos que se refiera a un proyecto que previamente haya sido sometido a consideración del

Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, evento en el cual será del dos por ciento (2%), y cuando se trate de prórrogas, al uno por ciento (1%) del valor inicialmente pactado.

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

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

“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”. (Subrayas fuera del texto original).

Igualmente, para los efectos de esta consulta, es pertinente resaltar que el artículo 23 ibídem impone el deber de identificar plenamente a los beneficiarios reales del contrato que se ejecute, así como el origen de los fondos que vayan a utilizarse, en los siguientes términos:

“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”. (Se resalta).

Dicho deber se extiende a los beneficiarios del patrimonio autónomo que se constituya para administrar los recursos del contrato, como lo dispone el parágrafo del artículo 24, antes citado.

Como se observa, estas disposiciones vinieron a profundizar y ampliar la carga de conocimiento del contratista, que el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006 había impuesto a las entidades públicas, tal como lo explicó la Sala en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, en la medida en que lo extendió a los beneficiarios reales de los proponentes y del contratista en los esquemas de asociación público privada, y

no solamente a este último, así como a los beneficiarios (se entiende, reales) del fideicomiso que se constituya, y obligó a las sociedades fiduciarias a reportar esta información a la UIAF, para efectos de las verificaciones y cruces de información que legalmente debe efectuar esta entidad con el fin de prevenir y detectar las operaciones de lavado de activos, financiación del terrorismo y otras actividades criminales.

Otro aspecto importante a tener en cuenta, en relación con esta clase de contratos, es que la Ley 1508 de 2012 permite expresamente que la ejecución de los mismos sea asumida por los financiadores del proyecto, hasta su terminación, ya sea directamente o por intermedio de terceros, cuando el contratista incumpla sus obligaciones (artículo 30). Esto implica, a juicio de la Sala, que en esta clase de contratos, antes de declararse la caducidad o la terminación unilateral y anticipada, en las hipótesis previstas en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, debe evaluarse la posibilidad de que el contrato sea cedido a los prestamistas, o a quienes estos designen, para continuar con su ejecución, como ya lo preveía, en parte, el inciso segundo de la norma citada (para la terminación unilateral, por las causales señaladas en los numerales 2º y 3º)⁶⁹.

Asimismo, la Ley 1508 dispone que en estos contratos debe incluirse una fórmula matemática que permita determinar el valor de las eventuales prestaciones recíprocas que surjan entre las partes por la terminación anticipada del contrato, ya sea por mutuo acuerdo o de forma unilateral (artículo 32). Esta obligación aparece reiterada en el artículo 13 de la Ley 1682 de 2013⁷⁰ para todos los contratos (correspondientes a esquemas de APP o no) que se celebren con posterioridad a la promulgación de dicha ley para desarrollar proyectos de infraestructura de transporte.

Por otra parte, el artículo 31 de la misma normatividad establece la necesidad de identificar plenamente los bienes públicos y privados que se entregarán al contratista para la ejecución del proyecto de asociación público privada, así como la obligación de revertir la propiedad de dichos bienes al Estado, a la finalización del contrato, en las condiciones que se pacten en el respectivo documento contractual.

Ahora bien, en relación con los esquemas de asociación público privada de iniciativa pública, vale la pena mencionar las siguientes normas de la Ley 1508 de 2012, aparte de las comentadas ya sobre el proceso de selección (artículo 9º) y el uso facultativo del mecanismo de precalificación (artículo 10º):

(i) El artículo 11, que establece los requisitos que deben cumplirse para abrir procesos de selección de contratistas bajo esquemas de APP de iniciativa pública.

⁶⁹ Ley 80 de 1993. "Artículo 17. De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:
1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

(...)" (Se subraya).

⁷⁰ "Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias".

Entre tales requisitos se encuentra: “La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto” (numeral 5º).

(ii) El artículo 12 regula la forma de efectuar la selección objetiva de las propuestas en los contratos para la ejecución de proyectos de APP de iniciativa pública o que impliquen desembolso de recursos públicos. El numeral segundo de esta norma estatuye que “*la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad...*”, y agrega que “*dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato*”.

(iii) En lo atinente a las prórrogas y adiciones, el artículo 13 dispone que en esta clase de contratos “*las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado*”, y que las prórrogas deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. De esta forma, la cuantía de las adiciones y el monto equivalente de las prórrogas no pueden exceder, en su conjunto, del 20% del valor del contrato originalmente acordado. Para estos efectos, el valor del contrato debe estar determinado expresamente en el mismo, con base en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que más adelante se establezcan, en relación con los proyectos para la prestación de servicios públicos.

Finalmente, la misma disposición prescribe que todas las inversiones que no impliquen desembolso de recursos públicos ni modificaciones en el plazo del contrato, podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto a su cuenta y riesgo, sin que esto comprometa a la respectiva entidad estatal ni le genere la obligación de reconocerle, compensarle o retribuirle dicha inversión. En todo caso, la norma advierte que tales inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad contratante cuando impliquen una modificación en las condiciones del contrato inicialmente pactado, y cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 448 de 1998⁷¹ que sean aplicables.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que múltiples normas de la Ley 1508 de 2012 han sido objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional mediante diferentes decretos⁷², los cuales se encuentran compilados actualmente en el Decreto 1082 de 2015⁷³.

Asimismo, cuando el esquema de asociación público privada se refiera a un proyecto para el desarrollo y/o la operación de una infraestructura de transporte, deben considerarse también las normas de la Ley 1682 de 2013, algunas de las cuales se refieren a contratos.

⁷¹ “Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público”.

⁷² Como los Decretos 1467 de 2012, y 301, 1553 y 2043 de 2014.

⁷³ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional”.

A este respecto, cabe destacar el artículo 13, el cual, fuera de lo explicado anteriormente sobre la necesidad de pactar la fórmula para determinar las prestaciones recíprocas en caso de terminación anticipada y otras reglas que no resulta pertinente mencionar en esta ocasión, dispone lo siguiente:

(i) “La entidad pública contratante garantizará el equilibrio económico del contrato en cualquiera de las etapas de su ejecución y podrá proponer, si así lo considera, de acuerdo con la ley vigente, el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de operación, de conformidad con la fórmula descrita en el contrato” (parágrafo primero).

(ii) Según el parágrafo segundo, en los contratos celebrados antes de esa ley que estén en etapa de operación, la entidad contratante puede proponer fórmulas que aceleren la recuperación de la inversión y posibiliten, de común acuerdo, la terminación anticipada del contrato, siempre que ello se requiera para ejecutar una obra de interés público o por motivos de utilidad pública e interés general, garantizando para el contratista el pago de las prestaciones a las que tenga derecho. En este caso, las indemnizaciones o pagos a que haya lugar podrán ser determinados de común acuerdo por las partes, o haciendo uso de la amigable composición, del arbitraje o de cualquier otro mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

(iii) Y conforme al parágrafo tercero, la terminación anticipada de estos contratos implica, por ministerio de la ley, la subrogación de la entidad pública responsable en los derechos y obligaciones del titular de las licencias, los permisos o las autorizaciones ambientales, los títulos mineros y, en general, los permisos o autorizaciones obtenidos para la ejecución del proyecto.

El artículo 14 *ibídem* contiene algunas normas sobre la solución de las disputas que puedan surgir en relación con los contratos para la ejecución o la operación de esta clase de proyectos de infraestructura, mediante la amigable composición, el arbitraje y otras formas alternativas de resolución de conflictos, incluyendo algunas modificaciones y adiciones a la Ley 1563 de 2012⁷⁴.

El artículo 16 de la misma ley establece que para el desarrollo de este tipo de proyectos, las entidades públicas solo podrán abrir los procesos de selección si cuentan con estudios de ingeniería en *etapa de factibilidad*, como mínimo, sin perjuicio de los otros estudios jurídicos, ambientales y financieros que se requieran, excepto en los siguientes casos:

a) Cuando excepcionalmente la entidad pública requiera contratar “*de manera integral*” la elaboración de estudios y diseños, la construcción, la rehabilitación, el mejoramiento y/o el mantenimiento de la infraestructura, o

b) Para la revisión y verificación previas de proyectos de asociación pública-privada de iniciativa privada, estructurados conforme a la Ley 1508 de 2012, caso en el cual podrá iniciarse el trámite con estudios y diseños en *etapa de prefactibilidad*.

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1682 de 2013, en los proyectos de infraestructura de transporte que se estructuren a partir de la entrada en vigencia

⁷⁴ “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.

de dicha ley, “*las entidades estatales y privadas deberán planear el desarrollo de las obras, con jornadas de trabajo de 3 turnos diarios (24 horas), siete días a la semana*” (inciso segundo). Asimismo, según el párrafo tercero de la citada disposición, tanto en los contratos celebrados con anterioridad a dicha ley como en aquellos que se celebren con posterioridad, “*las entidades estatales podrán hacer efectivas las multas y/o cláusula penal exigiéndole al contratista instalar frentes de trabajo en 3 turnos diarios (24 horas), siete días a la semana hasta por el valor de la sanción, como mecanismo conminatorio y forma de pago*”.

En relación con la responsabilidad de los contratistas personas jurídicas, el artículo 18 ejusdem dispone:

“Artículo 18. Responsabilidad. Las personas jurídicas que ejecuten proyectos de infraestructura bajo la modalidad de Asociación Público Privado su régimen de responsabilidad será el que se establezca en las leyes civiles y comerciales de acuerdo con el tipo de empresa que conforme” (sic).

Por otra parte, el artículo 53 de la misma ley dispone, en su primer inciso, que “*en los nuevos proyectos que inicien su estructuración a partir de la promulgación de la presente ley para la construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de nuevos tramos de infraestructura de transporte, deberá preverse la incorporación de infraestructura para el despliegue de redes públicas de tecnologías de la información y las comunicaciones o de elementos que soporten el despliegue de dichas redes, previa solicitud del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o quien haga sus veces*”.

El artículo 58, adicionado por el artículo 7º de la Ley 1742 de 2014⁷⁵, regula el otorgamiento de autorizaciones temporales a los ejecutores de proyectos de infraestructura de transporte, para la extracción y el uso de materiales de construcción. De esta disposición, destaca la Sala lo previsto en el inciso segundo, según el cual “*[l]as entidades públicas, entidades territoriales, empresas y los contratistas que se propongan adelantar la construcción, reparación, mantenimiento o mejora de una vía pública nacional, departamental o municipal, o la realización de un proyecto de infraestructura de transporte declarado de interés público por parte del Gobierno Nacional, podrán con sujeción a las normas ambientales, solicitar a la autoridad minera autorización temporal e intransferible, para tomar de los predios rurales, vecinos o aledaños a la obra, los materiales de construcción que necesiten exclusivamente para su ejecución, quienes deberán obtener los respectivos permisos ambientales*”.

El artículo 63, en su inciso final, preceptúa que los contratistas estarán obligados a permitir que, en situaciones de emergencia, desastre, calamidad pública, alteraciones del orden público, o por razones de seguridad vial, la ejecución de las obras destinadas a conjurar tales eventos se realicen directamente por la entidad contratante, o por terceros contratados para tal fin.

El artículo 65 establece la integración del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), que creó el artículo 25 de la Ley 1508 de 2012, al Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop.

Y finalmente, el artículo 71 de la Ley 1682 de 2013 estatuye que el Gobierno Nacional, dentro de los 120 días siguientes a la expedición de dicha ley, debía

⁷⁵ “*Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, agua potable y saneamiento básico, y los demás sectores que requieran expropiación en proyectos de inversión que adelante el Estado y se dictan otras disposiciones*”.

reglamentar la forma en que puedan establecerse “*unidades funcionales de tramos de túneles*” en los proyectos de asociación público privada, en virtud de las cuales se predique únicamente “disponibilidad parcial” y estándar de calidad, para efectos de la retribución al contratista.

E. Análisis del caso concreto

1. El proceso de selección y el contrato

Dentro de este complejo marco normativo, el Aeropuerto Internacional Matecaña (en adelante AIM), establecimiento público del orden territorial, estructuró un proyecto de asociación público privada, de iniciativa pública, para “*la construcción, modernización, y adecuación del lado tierra del aeropuerto y la construcción, administración, operación, mantenimiento, explotación comercial, y reversión tanto del lado aire como del lado tierra del Aeropuerto Internacional Matecaña que sirve a la ciudad de Pereira*”.

Para tal efecto, se optó por abrir el proceso de contratación que se identificó con el número AIM 201455, dentro del cual se realizó una etapa de selección de precalificados, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1508 de 2012. Como resultado de dicha etapa y mediante la Resolución N° 0034 del 9 de febrero de 2015, el AIM dio a conocer la lista de firmas que resultaron precalificadas (12 en total), con base en los criterios definidos en la respectiva invitación.

Posteriormente, con la Resolución 408 de 2015, se dio inicio a la respectiva licitación pública, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 30 de la Ley 80 de 1993, 10 de la Ley 1508 de 2012 y 2.2.2.1.4.1 del Decreto Reglamentario 1082 de 2015⁷⁶.

Al vencimiento del plazo para presentar las ofertas, se recibieron solamente dos (2) propuestas hábiles, una de las cuales correspondió a la formulada por la sociedad CSS Constructores S.A.

De acuerdo con lo previsto en el cronograma incorporado en los respectivos pliegos de condiciones, el 30 de noviembre de 2016 se realizó la audiencia de apertura del sobre N° 2, que contenía las ofertas económicas de cada uno de los proponentes, y de adjudicación del contrato, previa lectura y aprobación del informe de evaluación y calificación de las ofertas.

Conforme a lo señalado en el citado informe, la adjudicación del contrato se hizo a CSS Construcciones S.A., cuya oferta fue calificada con el mejor puntaje, luego de sumar la calificación asignada, por separado, a su propuesta técnica y a su oferta económica. Para formalizar dicha decisión y notificarla a las partes involucradas, se expidió la Resolución 0390 del 30 de noviembre de 2016.

Luego de efectuar consultas a varias entidades y organismos de control, a funcionarios públicos y a abogados particulares, y de aplazar la firma del contrato en dos ocasiones, el contrato de concesión que perfecciona el esquema de asociación público privada que nos ocupa, fue suscrito el 17 de abril de 2017,

⁷⁶ “Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen”. (Se destaca).

entre el Aeropuerto Internacional Matecaña, en su condición de entidad concedente, y la Operadora Portuaria Matecaña S.A.S., en su calidad de concesionaria.

Es importante precisar que el contrato no se celebró con la misma sociedad oferente y adjudicataria (CSS Constructores S.A.), sino con una compañía constituida por esta última después de la adjudicación⁷⁷, debido a que así se dispuso expresamente en los pliegos de condiciones⁷⁸ y fue ofrecido por CSS Constructores S.A. en su propuesta⁷⁹.

Vale la pena mencionar que el contrato de concesión incluye varios anexos, uno de los cuales es el denominado "*Apéndice 1, Parte Especial*", con fecha de elaboración enero de 2016, que también era un anexo del pliego de condiciones, y en el cual se hicieron importantes precisiones y adiciones a las cláusulas del contrato en asuntos tales como las reglas de interpretación de dicho contrato; el objeto del mismo y su alcance; el valor del contrato; la retribución al contratista y las fuentes de ingresos que se tomarán para su cálculo y pago; el cierre financiero del proyecto; la constitución y operación del patrimonio autónomo; las etapas de ejecución del contrato; las sanciones contractuales y los mecanismos de apremio, y los mecanismos de cobertura de riesgos, incluyendo la garantía única de cumplimiento.

Asimismo, es pertinente señalar que, hasta la fecha de entrega de la documentación principal solicitada por la Sala (junio 29 de 2017) en la audiencia que se realizó, el contrato de concesión había sido objeto de una modificación, mediante el "Otrosí N° 1" del 24 de abril de 2017, que tuvo por objeto ampliar los plazos pactados en el contrato para que el concesionario suministrara al AIM el nombre de la fiduciaria escogida para constituir y administrar el patrimonio autónomo, y para entregar las garantías exigidas como requisito para iniciar la ejecución del contrato, así como los términos que tiene la entidad concedente para revisar y dar su conformidad a tales informaciones y documentos.

Ahora bien, aunque el contrato de concesión mencionado ya se perfeccionó, vale la pena mencionar que, en principio y a la luz de la información y de los documentos aportados por el ministerio consultante y el AIM hasta la fecha en que se terminó la elaboración de este concepto (28 de julio de 2017), no existe evidencia que permita concluir que el contratista-concesionario, es decir, la sociedad Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S. estuviera incurso en alguna inhabilidad o incompatibilidad, al momento de suscribir el contrato de concesión (17 de abril de 2017).

⁷⁷ A este respecto, la Sala advierte que, independientemente de la legalidad del mecanismo utilizado para la suscripción del contrato de concesión (el "SPV"), la entidad contratante debe verificar que la sociedad de objeto exclusivo con la cual se celebró dicho contrato tenga las mismas condiciones y cumpla los mismos requisitos exigidos a los proponentes y, en particular, los requisitos habilitantes y ponderables que se tuvieron en cuenta para adjudicar el contrato a CSS Constructores S.A.

⁷⁸ Para tal efecto, pueden verse los numerales 1.4 ("Definiciones"), sub-numerales 1.4.5. ("Adjudicatario"), 1.4.14. ("Concesionario"), 1.4.46. ("SPV" o "*Special Purpose Vehicle*"); 7.3 ("Constitución del SPV"), y 7.4 ("Suscripción del Contrato(s)"). El sub-numeral 7.3.1 dispone al respecto: "*Dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Licitación Pública, el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. EL SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión*".

⁷⁹ Presentada el 4 de noviembre de 2016.

No obstante, la Sala advierte que en el evento de demostrarse que el contratista sí estaba incurso en una causal de inhabilidad en la fecha de celebración del contrato, dicho acuerdo habría quedado viciado, desde su nacimiento, de nulidad absoluta (artículo 44, numeral 1º, de la Ley 80 de 1993⁸⁰), y el AIM, en su calidad de contratante-concedente, tendría que ordenar, mediante acto administrativo motivado, su inmediata terminación y liquidación en el estado en que se encuentre, conforme a lo dispuesto por el artículo 45 ibídem⁸¹.

Por otra parte, si el concesionario llegare a incurrir en una inhabilidad sobreviniente durante la ejecución del contrato de concesión, dicho negocio tendría que ser cedido, previa aprobación del AIM. En el evento de que esto no fuere posible, el contratista tendría que renunciar a su ejecución, según lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, lo cual implicaría que el contrato se entendería terminado y debería procederse a su liquidación.

2. Estipulaciones incluidas y medidas adoptadas para prevenir, controlar y mitigar el riesgo de corrupción en este contrato

Según lo que desprende de los documentos de este proceso de contratación que nos fueron enviados, incluyendo los pliegos de condiciones, la oferta seleccionada, el contrato, sus anexos y las actas de varias audiencias y reuniones (entre ellas la audiencia de asignación de riesgos y de aclaración del pliego de condiciones), la Sala observa, en primer lugar, que en este proceso no se identificó expresamente ni se asignó o distribuyó el riesgo de corrupción, ni otros riesgos relacionados con el mismo, como el riesgo reputacional y el riesgo legal, tal como se recomendó en los conceptos 2260 y 2264.

Sin embargo, tampoco puede afirmarse que en dicho proceso de contratación se haya desconocido este riesgo de manera absoluta, pues en los citados documentos se encuentran varias normas, estipulaciones y medidas que tienden a prevenirlo y controlarlo, o a mitigar sus efectos:

- **Beneficiarios reales y origen de los fondos.** En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 27 de la Ley 1121 de 2006, y 23 y 24 de la Ley 1508 de 2012, los pliegos de condiciones establecieron la necesidad de que los oferentes identificaran plenamente los beneficiarios reales de sus propuestas y del contrato, en caso de adjudicación, así como el origen de los fondos o recursos económicos que proyectaran utilizar para la ejecución de aquel.

De acuerdo con lo anterior, CSS Constructores S.A. incluyó en su oferta un documento suscrito por su Representante Legal (Anexo 6), en el que declara, bajo la gravedad de juramento, que *“las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo serán beneficiarias en caso de resultar adjudicatario del futuro contrato de concesión”*, son el señor Carlos Alberto Solarte Solarte y la señora Nelly Daza de Solarte. En el mismo documento y en el de *“carencia de*

⁸⁰ “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;

(...)”. (Se resalta).

⁸¹ “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.

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”. (Resaltamos).

informes por tráfico de estupefacientes”, se informa que los principales accionistas de dicha sociedad son las personas naturales mencionadas, con un participación del 51.93% para el primero, y del 25% para la segunda.

Igualmente, se afirma que, en ese momento, CSS Constructores S.A. tenía registrada una situación de control sobre las sociedades Autovía Neiva Girardot S.A.S., Comercializadora Integral Vial S.A.S. y Concesionario Loboguerrero Buga S.A.S.

Finalmente, se sostiene que el origen de los recursos de la firma oferente provienen del desarrollo de su objeto social, por las actividades de los códigos CIU⁸² 4290 – 4293 – 4210.

Dado que el contrato se suscribió con la sociedad Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S., constituida por CSS Constructores S.A., en la cláusula primera de dicho documento, numeral 1.2., se estipuló que para todos los efectos del contrato, cuando se haga referencia al “Beneficiario Real del Concesionario”, la respectiva estipulación se entenderá aplicable también a los beneficiarios reales de los accionistas del concesionario, es decir, de CSS Constructores S.A.

- **Pacto de transparencia.** En el pliego de condiciones se incluyó, como Anexo N° 7, una minuta de “Pacto de Transparencia”, que los proponentes podían suscribir voluntariamente y remitir con su oferta.

En la propuesta presentada por CSS Constructores S.A., se incluyó efectivamente el “Pacto de Transparencia”, suscrito por el Representante Legal de dicha firma, en el cual se asumieron los siguientes compromisos, entre otros:

“c) No incurrir en faltas a la verdad en los documentos o requisitos exigidos en el Proceso de Selección.

(...)

g) No hacer arreglos previos, concomitantes o posteriores al proceso de selección, con los estructuradores del proceso para tratar de conocer, influenciar o manipular la información del Proyecto y presentar la respectiva Propuesta.

h) No hacer arreglos previos, concomitantes o posteriores al proceso de selección, con otros Precalificados para tratar de influenciar o manipular los resultados de la Adjudicación.

(...)

p) No ofrecer trabajo en caso de ser Adjudicatario, a ningún funcionario público o contratista o estructurador, vinculado al AIM ni a sus familiares en primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, a partir de la Adjudicación o con ocasión de la misma, y hasta DOS (2) años siguientes a la suscripción del Contrato, sin perjuicio del régimen de conflictos de intereses y de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Constitución y en la Ley.

q) Suscribir con mis empleados, proveedores y subcontratistas relacionados con el Proyecto, un pacto ético de conducta que garantice la probidad y transparencia de las actuaciones de todos los involucrados en la preparación de la Propuesta y en la ejecución del Contrato el cual allegaremos con la presentación de la propuesta.

⁸² Clasificación Industrial Internacional Uniforme.

- r) *No ofrecer gratificaciones o atenciones en dinero o en especie, ni financiar, patrocinar, auspiciar o promover directa o indirectamente fiestas, recepciones, homenajes o cualquier tipo de atenciones sociales a funcionarios públicos o contratistas del Estado, durante el Proceso de Selección ni durante la ejecución del contrato.*
- s) *No contratar, no ofrecer dádivas (sic) o gratificaciones a personas con alta capacidad de influencia política o mediática, con el objeto de obtener citas o influir o presionar las decisiones que el AIM tome al respecto. El AIM siempre se manifestará sobre las inquietudes relacionadas con el Proceso de Selección por los canales definidos en los documentos del Proceso.*
- t) *No contratar ni ofrecer dádivas (sic) o gratificaciones o contratos a servidores del AIM, o del equipo estructurador con el fin de tener asesoramiento o acceso a información privilegiada, relacionada con el Proceso de Selección.*
- u) *En caso de presentarse alguna queja o denuncia sobre la ocurrencia de un acto de corrupción durante el proceso de Selección o con cargo al Contrato, dar conocimiento al AIM y a las autoridades competentes de tal situación y del conocimiento que tenga sobre posibles pagos relacionados.*
- v) *Denunciar de manera inmediata ante las autoridades competentes cualquier ofrecimiento, favores, dádivas prerrogativas, recompensas o gratificaciones o cualquier atención social, efectuadas por Precalificados a funcionarios públicos o a sus asesores que estén directa o indirectamente involucrados en la estructuración, manejo y decisiones del Proceso de Selección, de manera previa, concomitante o posterior al mismo, que puedan ser interpretadas como efectuadas con la intención de inducir alguna decisión relacionada con la Adjudicación”.*
- **Veedurías ciudadanas.** Mediante el numeral 1.15 del pliego de condiciones, el AIM convocó a las veedurías ciudadanas para que ejercieran el control social de la licitación pública, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la Ley 80 de 1993.
 - **“Integridad de los participantes y respeto”.** En el numeral 1.13 de los pliegos de condiciones, intitulado de la forma que se acaba de expresar, se incluyó la siguiente obligación para los participantes, que igualmente quedó incorporada en el contrato de concesión: “... *en el evento de conocerse casos especiales de corrupción, deberán reportar el hecho a la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República... pudiendo hacer uso para el efecto del Mecanismo de Denuncias de Alto Nivel...*” (sub-numeral 1.13.3).
 - **Contrato de fiducia y patrimonio autónomo.** Conforme a lo ordenado por la Ley 1508 de 2012, tanto en el pliego de condiciones como en el contrato de concesión se establece que la totalidad de los recursos involucrados en la ejecución del proyecto y en el cumplimiento del contrato serán manejados por un patrimonio autónomo, administrado por una sociedad fiduciaria.

Esto incluye tanto los ingresos que se ceden al contratista en virtud del contrato de concesión y que se clasifican en ingresos regulados (tasas aeroportuarias, entre otras) e ingresos no regulados (cánones de arrendamiento etc.), como los gastos y desembolsos que deban hacerse con cargo a dichos recursos, los cuales incluyen la retribución del contratista, la compensación a favor de la entidad concedente y los necesarios para ejecutar el proyecto de ampliación, modernización, mantenimiento y operación del Aeropuerto Matecaña.

En la cláusula tercera del contrato se estipula que la constitución de dicho fideicomiso y el fondeo de algunas de sus subcuentas, constituyen, junto con otros requisitos, condiciones previas para iniciar la ejecución del contrato.

En el capítulo IV del contrato de concesión se establecen las condiciones mínimas en las que debe suscribirse el contrato de fiducia mercantil para el manejo del patrimonio autónomo, por parte del concesionario. Entre otras cosas, se expresa que dicho contrato no podrá ser revocado por el concesionario ni por la fiduciaria, y que no puede modificarse ni terminarse sin la autorización previa y expresa del AIM.

- **Acuerdo de garantía.** Dado que el contrato fue suscrito y será ejecutado por una sociedad distinta de la que presentó la oferta seleccionada y a la cual se le adjudicó el contrato, es decir, CSS Constructores S.A., esta última incluyó en su propuesta, según lo exigido en los pliegos, un “Acuerdo de Garantía” (Anexo 3), en virtud del cual dicha compañía *“se obliga con el Aeropuerto Internacional Matecaña a responder de manera irrevocable y no subordinada, es decir, sin beneficio de excusión, por el cumplimiento de”* la obligación, a cargo del contratista, de realizar *“Giros de Equity”*⁸³. Es necesario aclarar que, conforme a lo estipulado en el contrato de concesión (cláusulas primera, numeral 1.71, y decimosexta), tales giros se refieren a aportes de capital que los socios del concesionario se obligan a entregar al patrimonio autónomo, en las cuantías y dentro de los plazos señalados en la respectiva estructura financiera.

- **Manual de buen gobierno corporativo.** En el numeral 22º de la cláusula 60ª del contrato de concesión, se pactó que el contratista estaría obligado a entregar varios documentos, dentro de los 90 días siguientes al acta de inicio, para su revisión por parte de la concedente y del interventor, entre los cuales se destaca un manual de buen gobierno corporativo. Dentro de los aspectos que debe contener este manual, la Sala resalta los siguientes:
 - La divulgación pública de la información corporativa del concesionario en un portal de Internet.
 - La integración de un comité de auditoría, que estará integrado por los miembros independientes de la junta directiva del contratista, y de un “comité de gobierno corporativo”, el cual estará encargado del seguimiento y aplicación efectiva de los requisitos de gobierno corporativo.
 - La divulgación del Código de Gobierno Corporativo que adopte el concesionario.
 - La revelación de los procedimientos de contratación que adopte el contratista, de acuerdo con los principios de economía, transparencia y buena fe, así como la implementación de *“medidas concretas para prevenir prácticas anticorrupción (sic) pública y/o privada”*.
 - La adopción de mecanismos para facilitar la prevención y el manejo de los conflictos de interés, incluyendo la conformación de un comité directivo con al menos un director independiente.
 - El establecimiento de un procedimiento para la selección de los miembros de su junta directiva, que incluya, por lo menos, un 25% de miembros independientes.
 - La obligatoriedad del manual de gobierno corporativo, con indicadores para establecer su cumplimiento, y las respectivas sanciones.

⁸³ Sobre la responsabilidad de la sociedad oferente y adjudicataria frente a la entidad estatal, ver la nota de pie de página N° 89.

- **Plan para prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo.** En la misma cláusula se estipula que el concesionario estará obligado a elaborar y entregar a la entidad concedente y al interventor un *“plan para implementar, desarrollar y ejecutar acciones preventivas para evitar que cualquier persona natural o jurídica utilice a las entidades públicas o privadas que participen dentro del Proyecto, como instrumento para el lavado de activos y/o canalización de recursos hacia la financiación del terrorismo y/o actos de corrupción... Este plan será aplicado por el Concesionario durante todo el plazo de la Concesión”*.
- **Supervisión de la ejecución del contrato. Interventor y supervisor del contrato. Auditor externo del fideicomiso.** Tanto en los pliegos de condiciones (numeral 8º) como en el contrato, está previsto que la ejecución del mismo será supervisada por una interventoría y por un supervisor, en los términos señalados en la Ley 1474 de 2011⁸⁴. La interventoría comprenderá los aspectos técnicos, jurídicos, operativos, financieros, contables, tributarios y ambientales de la concesión. El supervisor, por su parte, quien podrá ser una persona natural o jurídica, tendrá a su cargo, adicionalmente, vigilar el cumplimiento del contrato de interventoría (cláusula primera, numeral 1.46).

La suscripción del contrato de interventoría constituye una de las condiciones previas para el inicio de la ejecución del contrato de concesión.

Tanto el interventor como el supervisor están facultados para solicitar la información que requieran, no solamente a la sociedad concesionaria, sino también a la fiduciaria, en relación con los fondos y activos que deben conformar el patrimonio autónomo.

Adicionalmente, debe señalarse que la fiduciaria que sea contratada por el concesionario para constituir y administrar el patrimonio autónomo, debe contratar una auditoría con una firma especializada que tenga experiencia internacional, para que ejerza la vigilancia y el control sobre dicho negocio fiduciario.

- **Obligación de suministro de información.** En el numeral 5.7 de los pliegos de condiciones, se establece expresamente que el AIM tendrá derecho a verificar integralmente la *“autenticidad, exactitud y coherencia”* de la información que entreguen los oferentes, pudiendo acudir directamente a las personas o entidades de las que provenga dicha información. Asimismo, se previó allí que la entidad concedente podía, en cualquier momento de la licitación, solicitar a los proponentes que complementaran, subsanaran o aclararan la información que entregasen.

En la carta de presentación de la oferta, el Representante Legal de CSS Constructores S.A. declaró que la información que suministraba en ese documento y en sus anexos era verídica, y que se obligaba a suministrar cualquier información adicional requerida por la entidad licitante para la adecuada revisión de la propuesta.

Adicionalmente, en el contrato se estipula que el concesionario está obligado a suministrar periódicamente la información prevista en dicho documento y en sus

⁸⁴ *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

apéndices, en las fechas estipuladas, en los formatos definidos y utilizando los sistemas de información que la concedente señale. Para estos efectos, “*el Concesionario renuncia frente a AIM a oponer cualquier tipo de reserva documental contable y/o financiera, impresa o magnética, que tenga relación con el presente Contrato*” (cláusula 60ª, numeral 6º).

En el mismo sentido, en la carta de presentación de la oferta, que forma parte integrante del contrato, el proponente se comprometió a suministrar la información que le sea solicitada por el AIM o la interventoría, dentro de los plazos que para el efecto se establezcan.

El incumplimiento de los plazos pactados o fijados por la entidad concedente para el suministro de la información, faculta a esta para imponerle al contratista multas diarias sucesivas, así como declarar la caducidad del contrato, después de cierto plazo, con observancia del procedimiento previsto en la cláusula 67ª.

Además, el concesionario debe pactar en el contrato de fiducia mercantil que la sociedad fiduciaria estará obligada a suministrar a la entidad concedente y a la interventoría la información que estas le soliciten, y se obliga a procurar que dicha fiduciaria efectivamente entregue la información que se le pida.

- **Cierre financiero.** De acuerdo con lo previsto en el contrato (cláusula duodécima) y en el “*Apéndice 1, Parte Especial*” (numeral 4.2), el contratista se obliga a acreditar la obtención del cierre financiero dentro de los seis (6) meses siguientes a la suscripción del acta de inicio del contrato. Si no lo consigue, la entidad concedente puede aplicarle multas diarias por el valor equivalente a setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes (*Apéndice... numeral 6.1.12*). Adicionalmente, una vez transcurrido cierto tiempo, sin que el concesionario haya logrado el cierre financiero, el AIM podría declarar la caducidad del contrato, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 67ª.

El cierre financiero se debe acreditar mediante la entrega a la entidad contratante de los documentos que acrediten el otorgamiento de préstamos bancarios, la realización de emisiones en el mercado de capitales y la obtención de recursos de fondos de capital privado nacionales o extranjeros, por el monto exigido en el “*Apéndice 1...*” (numeral 4.2.2).

- **Identificación y asignación de riesgos.** En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 30, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012⁸⁵), 4º de la Ley 1150 de 2007 y 11, numeral 5º, de la Ley 1508 de 2012, entre otras normas, el 17 de marzo de 2016 se realizó la audiencia de revisión y asignación de los riesgos relacionados con este proyecto de asociación público privada.

Con base en lo acordado en dicha audiencia y lo consignado en el acta respectiva, se incluyó en el contrato un capítulo (el XV) para referirse a la ecuación financiera o económica del contrato y la distribución de riesgos. Vale la pena destacar que, sobre la relación entre las obligaciones y los riesgos asignados a cada parte, y el equilibrio económico del contrato, en dicho capítulo se estipula que “*las reglas relativas a asignación de riesgos a que se refiere este contrato deben ser entendidas como elementos centrales de interpretación del alcance de cada una de las obligaciones de las Partes bajo este contrato*”.

⁸⁵ “*Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*”.

Entre otros riesgos, se asignaron expresamente al contratista el de liquidez y el de financiación del proyecto. Este último incluye la imposibilidad de alcanzar el cierre financiero y el incremento en los costos del financiamiento que pueda ocurrir durante la ejecución del contrato, por razones de mercado.

- **Indemnidad de la entidad contratante.** En la cláusula 82ª del contrato, se pactó que el concesionario debe mantener indemne a la entidad concedente de cualquier reclamación proveniente de terceros, que se derive de sus actuaciones o de las actuaciones de sus subcontratistas o dependientes.
- **Declaraciones sobre ausencia de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.** Tanto en la carta de presentación de la oferta como en el contrato, el oferente y el concesionario declararon que en las respectivas fechas (4 de noviembre de 2016 y 17 de abril de 2017) no se encontraban incurso en causal alguna de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, de las previstas en la Constitución y en la ley. Asimismo, en la carta de presentación de la oferta, el entonces proponente manifestó que no incurría en conflictos de interés, conforme a lo previsto en la respectiva invitación a precalificar.
- **Mecanismos de cobertura de riesgos. Garantía única de cumplimiento.** Tanto en el pliego de condiciones como en el texto del contrato se establece que el contratista estará obligado a otorgar varias garantías, para cubrir los riesgos que allí se señalan. Entre estas se destaca la garantía única de cumplimiento que debe ser entregada por el concesionario y aprobada por la entidad contratante en las condiciones previstas en el sub-numeral 7.1 del “*Apéndice 1, Parte Especial*”, esto es, por el 10% del valor total del contrato y con una duración equivalente a la vigencia de este y dos meses más (u ocho meses más, si se trata de garantía bancaria).

Vale la pena aclarar que la aprobación de las garantías, por parte del AIM, es otra de las condiciones previstas para que pueda iniciarse la ejecución del contrato.

- **“Toma de posesión del proyecto” por parte de los prestamistas.** En la cláusula decimoquinta del contrato se estipula que los prestamistas tendrán la facultad de “tomar posesión del proyecto”, cuando el concesionario incumpla con sus obligaciones financieras frente a ellos, o cuando el AIM le notifique que el concesionario ha incurrido en un incumplimiento grave o en otra causal que faculte a la entidad concedente para declarar: (i) la caducidad del contrato, o (ii) la terminación unilateral, salvo por la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993⁸⁶.

La “toma de posesión” puede materializarse en cada caso, a juicio de los prestamistas, de dos maneras distintas: (i) obteniendo la cesión del contrato a su favor, o a favor de quien ellos designen, o (ii) cambiando a los accionistas del concesionario. En ambos casos, sin embargo, se requiere la aprobación previa de la entidad contratante.

3. Recomendaciones de la Sala

⁸⁶ “Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga”.

Es necesario partir de que el proceso de selección que dio origen a esta consulta se encuentra completamente ejecutado, al haber quedado en firme el acto administrativo de adjudicación expedido por el Aeropuerto Internacional Matecaña, en favor de CSS Construcciones S.A. Igualmente, el contrato de concesión respectivo se encuentra perfeccionado, al haberse suscrito el documento respectivo con la Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S. el pasado 17 de abril.

En esa medida, algunas de las recomendaciones que formulará en este acápite no podrían implementarse directa y unilateralmente por la entidad concedente, a menos que hiciera uso de su potestad exorbitante de modificación unilateral del contrato prevista en la ley y reconocida expresamente en el mismo contrato (cláusulas 69, literal a., y 110), siempre y cuando se den los supuestos de hecho y los motivos señalados en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993⁸⁷. Por lo tanto, dichas sugerencias deben ser evaluadas por el AIM, con el fin de proponer al contratista los cambios que deberían ser incorporados en el texto del contrato, o en otros documentos.

El asunto de la modificación de los contratos estatales, fue estudiado por la Sala a profundidad en el concepto 2263 de 2016⁸⁸, razón por la cual remitimos a lo explicado en dicho documento.

En todo caso, vale la pena reiterar que, aunque las disposiciones del pliego de condiciones, que debe incluir la minuta del contrato a celebrar, son obligatorias para todos los participantes en el proceso de selección y no pueden ser modificadas después de vencido el plazo para presentar las ofertas, esta regla no es absoluta, pues la jurisprudencia admite que las cláusulas incorporadas en la minuta de contrato que haya formado parte de los pliegos pueden ser reformadas o adicionadas excepcionalmente, al momento de suscribir el contrato adjudicado (o después), cuando esto resulte necesario para solucionar circunstancias sobrevinientes y no imputables a la entidad contratante ni al adjudicatario que, de no superarse o corregirse, podrían impedir o dificultar el cumplimiento del fin del contrato, siempre que se respeten los principios generales de la contratación estatal y los derechos esenciales de las partes⁸⁹.

⁸⁷ "Artículo 16. De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo".

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2263 del 17 de marzo de 2016.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, expediente N° 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779). En esta providencia se explicó lo siguiente:

"Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario". (Subrayamos).

Asimismo, resalta la Sala que cualquier modificación que se haga a un contrato estatal debe respetar los principios generales de la función pública (artículo 209 de la Constitución Política) y los principios de la contratación estatal, señalados en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. En esa medida, tales variaciones no pueden hacerse con la finalidad ni con el efecto de desproteger los derechos e intereses del Estado, representado por la entidad pública contratante, ni pueden vulnerar los derechos de los proponentes y demás participantes en el proceso de selección.

Por lo tanto, la Sala entiende que los cambios o ajustes a los contratos estatales que reúnan las siguientes condiciones pueden ser realizados válidamente, en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y dando primacía al fin del contrato: (i) que resulten necesarios para la adecuada ejecución del contrato y el logro de la finalidad perseguida con el mismo, debido a hechos sobrevinientes y no previstos al momento de su celebración; (ii) que mejoren o amplíen la protección de los derechos, activos e intereses del Estado, sin generar un desequilibrio económico en contra del contratista; (iii) que no resulten contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres; (iv) que no modifiquen sustancialmente las condiciones esenciales del proceso de contratación y del contrato a celebrar, tales como el objeto principal del contrato (o “núcleo del objeto”), los factores de evaluación y selección, la clase o modalidad del contrato, etc., y (iv) que no supongan para el contratista una situación más ventajosa de la que tenía frente a los otros interesados (por ejemplo, los precalificados) y oferentes durante el proceso de contratación. Esta última situación podría darse si pudiera inferirse razonablemente que la modificación contractual que se pretenda efectuar, de haberse hecho durante el proceso de selección, hubiera implicado la participación de oferentes adicionales, o una variación en las condiciones de participación de los proponentes y/o en el orden de elegibilidad de sus ofertas, en relación con la que se tuvo en cuenta para la adjudicación.

De acuerdo con lo expresado por la Sala en este concepto y en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, y luego de revisar la información y los documentos enviados por el Aeropuerto Internacional Matecaña, nos permitimos formular las siguientes recomendaciones:

- 1) La entidad concedente, en forma directa y por intermedio de la interventoría y del supervisor, debe hacer un seguimiento diario de la información que se publique sobre las investigaciones penales o administrativas (fiscales y disciplinarias) que se llevan a cabo o se inicien en relación con el contrato de concesión de la Ruta del Sol, Sector II, con el contrato para la construcción del conector entre el Río Tunjuelito y la Planta de Canoas, en la ciudad de Bogotá, y, en general, con cualquier otro contrato o negocio en el que haya participado o participe la sociedad CSS Constructores S.A., CAS Constructores S.A.S., cualquiera de sus matrices o subordinadas, o en el que tengan intereses económicos las personas naturales que en el presente contrato tienen la calidad de beneficiarios reales. Con base en dicho seguimiento, deben solicitar directamente a la firma concesionaria, a la adjudicataria y a las autoridades correspondientes las confirmaciones o explicaciones que se requieran, con el fin de detectar oportunamente situaciones que puedan implicar una inhabilidad sobreviniente, un incremento en los riesgos o un aumento en la posibilidad de incumplimiento por parte del concesionario, tal como quedó previsto en el pliego de condiciones (numeral 5.7), en la oferta presentada por la firma adjudicataria y en el contrato. Vale la pena recordar que en este último documento se estipuló que *“el Concesionario renuncia frente a AIM a oponer cualquier tipo de reserva documental contable y/o financiera, impresa o magnética, que tenga relación con el presente Contrato”* (cláusula 60ª, numeral 6º), en referencia a la

información que el contratista debe enviar periódicamente a la entidad contratante.

Sin embargo, dado que los derechos a la intimidad y al habeas data de las personas involucradas, así como ciertas normas legales, pueden significar una limitación importante para el acceso a este tipo de información por parte del AIM y de la interventoría, con excepción de aquella que se reporte en registros o bases de datos de uso público, un mecanismo que podría utilizarse para superar estas restricciones consistiría en obtener la autorización expresa y por escrito de las personas jurídicas y naturales concernidas (incluyendo los beneficiarios reales), para solicitar la información que sobre ellas tengan las autoridades competentes (entre estas, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Agencia Nacional de Infraestructura [ANI] y el Instituto Nacional de Vías, Invías).

- 2) Dado que el contrato de concesión no se celebró con la misma compañía proponente que fue seleccionada y a la cual se le adjudicó dicho negocio, sino con una sociedad de objeto exclusivo constituida por aquella (“SPV”), la Sala considera que, independientemente de la legalidad del mecanismo utilizado para la suscripción del contrato de concesión previsto en los pliegos de condiciones⁹⁰, el Aeropuerto Internacional Matecaña y la interventoría deben verificar permanentemente que la firma concesionaria mantenga, durante toda la vigencia del contrato, las mismas condiciones y cumpla los mismos requisitos exigidos a los proponentes y, en particular, los requisitos habilitantes y ponderables que se tuvieron en cuenta para adjudicar el contrato a la firma CSS Constructores S.A.
- 3) El supervisor del contrato y la interventoría deben vigilar de manera estricta, permanente y cercana la ejecución del contrato de concesión, solicitando la información que resulte necesaria al contratista e informando a las directivas del AIM sobre cualquier situación irregular o anómala que se presente durante la ejecución del contrato, sea que constituya o no un incumplimiento.

⁹⁰ A este respecto, la Sala considera que, salvo que la ley disponga lo contrario en forma expresa, los contratos estatales deben suscribirse con la misma persona natural o jurídica a la cual se le hayan adjudicado, luego de surtido el proceso de selección respectivo (mediante licitación pública o de otra forma). De no ser así, además de la posible ilegalidad que afectaría al contrato, podrían incumplirse los requisitos habilitantes y ponderables que se hayan exigido a los oferentes en los pliegos de condiciones o términos de referencia, tales como las condiciones jurídicas, financieras y administrativas o los requisitos de experiencia que deben acreditar dichas personas, y podría propiciarse también la evasión al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en lo atinente a las inhabilidades sobrevinientes, pues las inhabilidades e incompatibilidades que llegaren a afectar al oferente y adjudicatario (como socio de la sociedad contratista), durante la ejecución del contrato celebrado, no podrían extenderse, en principio, al contratista, salvo en algunos casos (por ej., en la causal del art. 8º, numeral 1º, literal j, de la Ley 80 de 1993), por tratarse de personas diferentes. En todo caso, la Sala considera que, conforme a la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, el oferente adjudicatario, en tales situaciones, mantendría una responsabilidad solidaria con el contratista por el incumplimiento del respectivo contrato estatal. En este sentido se pronunció la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 1 de agosto de 2016 (exp. 29204), y la Sala de Consulta y Servicio Civil, en los conceptos 1283, del 4 de septiembre de 2000, y 1346, del 17 de mayo de 2001. A juicio de la Sala, lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1682 de 2013, en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas que ejecuten proyectos de infraestructura por el esquema de asociación público privada, no desvirtuaría las conclusiones anteriores, por cuanto dicha norma es general, mientras que el párrafo tercero del artículo 7º de la Ley 80 de 1993 se refiere, en particular, a la responsabilidad de las “sociedades” que se conformen “con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal” (sociedades de objeto exclusivo).

En relación con los documentos mencionados en el numeral 22º de la cláusula sexagésima (60ª) del contrato, entre ellos el manual de buen gobierno corporativo y el plan para la prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo, esta supervisión debe garantizar, no solamente que se adopten y se publiquen tales documentos, sino también que los mecanismos previstos en los mismos se implementen y funcionen efectivamente, y que los compromisos asumidos por el concesionario se cumplan.

- 4) Adicionalmente, la Sala considera que debería proponerse al concesionario la realización de los siguientes ajustes al contrato, los cuales, a nuestro juicio, no afectan sustancialmente la minuta de contrato que fue incorporada en los pliegos de condiciones, ni otras disposiciones del mismo pliego:

4.1 **Caducidad.** La cláusula 67º del contrato de concesión se refiere a la caducidad del contrato, que podrá ser declarada por la entidad concedente cuando el concesionario incurra en un incumplimiento “*que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo*”. Para tal efecto, en la citada cláusula se enuncian algunas situaciones que las dos partes, de común acuerdo, han considerado como incumplimientos que afectan grave y directamente la ejecución del contrato, y que pueden dar lugar a su paralización.

A este respecto, la Sala estima que existen dos situaciones adicionales que, por su gravedad e incidencia, merecerían este calificativo y que, por lo tanto, en el evento de presentarse, deberían dar lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, a saber: (i) si llegare a demostrarse que es falsa, inexacta o contraria a la realidad cualquier información suministrada por el concesionario o por el oferente, aun antes de la celebración del contrato, en relación con su situación jurídica o financiera, o con la situación jurídica de los beneficiarios reales del contrato, y (ii) si el concesionario no lograre el cierre financiero del proyecto en determinado tiempo, contado a partir del plazo previsto para ello en el “*Apéndice 1, Parte Especial*”.

Sobre este último punto, se aclara que aun cuando la falta de obtención oportuna del cierre financiero podría dar lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, de acuerdo con las estipulaciones actuales, esta decisión solo podría adoptarse, una vez vencido el término para el cumplimiento de dicha obligación, luego de que el AIM otorgue al concesionario un plazo de gracia para superar el incumplimiento (denominado “*Plazo de Cura*”), y posteriormente le imponga multas sucesivas durante cierto tiempo, o cuando se alcance el límite máximo de multas indicado en el “*Apéndice 1...*”. Sin embargo, esta solución no resulta plenamente satisfactoria, a juicio de la Sala, debido a que, en primer lugar, al revisar los citados documentos no queda completamente claro cuál es el plazo máximo que tendría el concesionario para corregir el incumplimiento derivado de la falta de obtención del cierre financiero⁹¹ y, en segundo lugar, a que el cumplimiento de esta obligación es tan importante para la ejecución del contrato, que debería estar sujeta a un término preciso, independientemente de si hay lugar o no a aplicar multas, o de si estas se imponen durante cierto tiempo o alcanzan determinado valor acumulado.

⁹¹ El contrato remite, en este punto, al “*Apéndice 1, Parte Especial*”. En el sub-numeral 6.1.12 de este último documento, se lee: “*Para efectos de lo señalado en la Sección 12.2.d) del Contrato, el término máximo contado desde la expiración del Plazo de Cura es de noventa (90) días*”. Sin embargo, al revisar el contrato, se observa que este carece de “*Sección 12*”, y que la cláusula 12, la cual se refiere efectivamente al cierre financiero, no tiene numeral 2º. Por su parte, el capítulo XII del contrato, que regula las sanciones y esquemas de apremio, tampoco tiene un numeral 2.d).

En efecto, debe recordarse que, según el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, aplicable, como se indicó, a este tipo de contratos, las entidades estatales pueden declarar la caducidad del contrato cuando se presente un *“incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización”*. En consecuencia, como lo ha manifestado la jurisprudencia⁹², las normas de los pliegos de condiciones o las estipulaciones contractuales no pueden restringir, limitar o condicionar la potestad que tienen las entidades públicas para declarar la caducidad del contrato, cuando se presente un incumplimiento del contratista que tenga las características anotadas, siempre que se lleve a cabo un procedimiento que respete el debido proceso y el derecho a la defensa del contratista, tal como lo dispone el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y que la decisión se consigne en un acto debidamente motivado y notificado a la parte afectada.

Por lo tanto, siendo evidente que la falta de obtención del cierre financiero constituiría un incumplimiento del concesionario que afectaría de manera grave y directa la ejecución del contrato y conduciría a su paralización, la cláusula del contrato que se refiere a la caducidad no podría interpretarse y aplicarse en un sentido que constituya limitación o condicionamiento a la potestad que el AIM tiene para declarar la caducidad, en el evento de que el concesionario incumpla su obligación de alcanzar el cierre financiero dentro del plazo convenido, pues, de esa forma, dicha estipulación contractual resultaría ilegal. En esa medida, sería recomendable aclarar en el texto del contrato de concesión que el incumplimiento de la citada obligación faculta a la entidad contratante para declarar la caducidad del contrato, sin necesidad de otorgar previamente plazos de gracia y/o aplicar multas al contratista.

4.2 Cesión del contrato ante una eventual inhabilidad sobreviniente. Partiendo de la posibilidad de que, durante la ejecución del contrato, el concesionario llegue a incurrir en una inhabilidad sobreviniente, la Sala considera que las partes podrían convenir e incluir en el contrato algunas reglas para facilitar y agilizar dicha cesión, y al mismo tiempo, dotarla de mayor transparencia y objetividad.

A este respecto, recuerda la Sala que, conforme al artículo 9º, inciso primero, de la Ley 80 de 1993, *“[s]i llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución”*.

Sin embargo, se observa que tal disposición no establece el procedimiento para efectuar dicha cesión (más allá del requisito de que tal operación sea autorizada, por escrito, por la entidad concedente) ni las condiciones o calidades que deben tener las personas naturales o jurídicas a las cuales se haga la cesión. Por lo tanto, la Sala entiende que tales aspectos podrían ser objeto de una regulación contractual, sujetándose a las normas que resulten aplicables (por ejemplo, que el cesionario no puede estar incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad para contratar) y, en todo caso, a los principios generales de la contratación estatal y de la administración pública.

Tal estipulación tendría por finalidad la de facilitar, agilizar y dotar de mayor claridad y transparencia a este mecanismo, con el fin de permitir que, en el

⁹² A este respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 22 de octubre de 2012 (expediente 20738), 24 de octubre de 2013 (expediente 24697) y 27 de enero de 2016 (expediente 34024).

evento de sobrevenir una inhabilidad al concesionario, el contrato y el proyecto respectivo puedan continuarse hasta su terminación, con otro contratista independiente. A este respecto, podría pactarse, por ejemplo: (i) Que exista una lista actualizada de las firmas que podrían actuar como cesionarias del contrato en cada una de las etapas del mismo, de la cual tendría que excluirse, por razones de transparencia, a la sociedad adjudicataria, a los beneficiarios reales del contrato y a las personas naturales o jurídicas que tengan alguna relación jurídica o económica con cualquiera de las anteriores (en calidad de matriz, de subsidiarias, de subsidiarias de la misma matriz, entre otras). Esta lista podría elaborarse y actualizarse por parte del AIM, en conjunto con la interventoría y los prestamistas o financiadores del proyecto. (ii) Que se aplique a la cesión del contrato por esta causal (inhabilidad sobreviniente), en lo que sea pertinente, el mismo procedimiento estipulado en el contrato para cuando la cesión es solicitada por los prestamistas como “toma de posesión del proyecto”, es decir, cuando se presente un incumplimiento grave del contratista u otra situación que permita a la entidad concedente declarar la caducidad o la terminación unilateral del contrato (cláusula 15ª), con los requisitos establecidos en la cláusula 105ª (“Cesión”).

4.3 **Cláusula de indemnidad.** Considera la Sala que sería factible y conveniente para los intereses del AIM ampliar el alcance de la indemnidad pactada a su favor en la cláusula 82ª del contrato de concesión, con el fin de que dicha indemnidad cubra, no solamente las reclamaciones provenientes de terceros que se originen en actuaciones del concesionario, de sus subcontratistas o de sus dependientes, como está previsto actualmente, sino también aquellas que se originen en actuaciones de la adjudicataria y accionista mayoritaria del concesionario, es decir, la sociedad CSS Constructores S.A., o de los socios de esta, realizadas, incluso, antes de la apertura del proceso de selección que dio origen a este contrato.

4.4 **Cláusula de asignación de riesgos al concesionario.** La cláusula 77ª del contrato de concesión describe los riesgos que fueron asignados al concesionario, de acuerdo con la “matriz de riesgos” incorporada en los pliegos de condiciones y lo definido en la audiencia realizada el 17 de marzo de 2016. Entre tales riesgos está el relacionado con *“los efectos favorables o desfavorables de la obtención y/o alteración de las condiciones de financiación y/o costos de la liquidez que resulten de la variación en las variables del mercado...”* (se resalta). Si bien es claro que este riesgo debe mantenerse en cabeza del contratista, la Sala considera que debería ampliarse la gama de motivos que pueden incidir en el aumento del costo de financiación del proyecto, incluyendo especialmente el incremento en el riesgo reputacional o en el riesgo legal del concesionario, tal como lo explicó la Sala en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, así como por cualquier otra circunstancia.

5) **Garantía única de cumplimiento.** En primer lugar, observa la Sala que ni en los pliegos de condiciones, ni en la oferta, ni en el contrato, ni en el “Apéndice 1...”, ni en otro documento que se nos haya enviado, existe norma o estipulación alguna que permita al Aeropuerto Internacional Matecaña exigir al concesionario un aumento en el valor o en la cobertura de la garantía única de cumplimiento, cuando se presenten, durante la ejecución del contrato, circunstancias que impliquen un incremento en el riesgo de incumplimiento por parte del contratista.

Sin embargo, debe recordarse que, en los conceptos 2260 y 2264, la Sala manifestó a este respecto:

“La Sala estima que el estado del riesgo no se debe alterar en todas las etapas de la actividad contractual, por expresa disposición del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

“Artículo 27. En los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, ordenando que si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

En tal virtud, si las condiciones del riesgo financiero han cambiado entre el inicio del proceso contractual y la adjudicación, o entre esta y el perfeccionamiento del contrato o durante la ejecución del mismo, el proponente o contratista deberá ofrecer las garantías suficientes a juicio de la entidad estatal contratante”. (Destacamos).

Por lo tanto, si se presentare una situación sobreviniente a la celebración del contrato de concesión, que modificare en grado importante la distribución de los riesgos asignados, aumentando las posibilidades de incumplimiento por parte del contratista o de que este pueda incurrir en una inhabilidad sobreviniente, como, por ejemplo, la vinculación de los beneficiarios reales del proyecto, o del representante legal de la firma concesionaria o de su principal accionista a una investigación penal, en relación con presuntos delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, o que estén relacionados con su actividad contractual, dentro o fuera del país, la entidad concedente podría exigir al concesionario un incremento en el valor o en la cobertura de esta garantía.

Otra alternativa sería la de estipular expresamente en el contrato la facultad del AIM de exigir al concesionario el incremento o la ampliación de la garantía única de cumplimiento, dentro de los límites y por las circunstancias que se establezcan de manera explícita en la respectiva cláusula.

- 6) **Estructura financiera - “Giros de Equity”**. Finalmente, la entidad concedente también podría proponer al concesionario que se revise la estructura financiera del proyecto, con el fin de aumentar y/o acelerar el aporte de recursos de capital al patrimonio autónomo, por parte de la sociedad contratista o sus accionistas (“Giros de Equity”), con el fin de disminuir el riesgo de incumplimiento en el cierre financiero, aminorar el riesgo financiero y, por lo tanto, reducir la posibilidad de un incumplimiento general del contrato por parte del concesionario.

En atención a las consideraciones anteriores,

III. La Sala RESPONDE:

1. *En cuanto a la situación explicada en precedencia, sobre las actuaciones ejercidas por la empresa adjudicataria CSS CONSTRUCTORES S.A. –con antelación a ostentar la calidad de adjudicataria frente a la entidad pública AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA-, se deberá cumplir con la obligación de suscribir el contrato de concesión con la mencionada adjudicataria, resaltando que ocupó el primer lugar de elegibilidad atendiendo las normas que regulan este tipo de contratación, no obstante considerar el evento, que sus socios llegaren a ser vinculados penalmente por la celebración de contratos en el pasado con la empresa ODEBRECHT?*

2. *En consideración a las investigaciones que recaen sobre la firma ODEBRECHT y bajo el entendido de ser ajenas al proceso licitatorio desarrollado por el AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA, se presenta viabilidad legal para continuar con el mencionado proceso contractual, o por el contrario, dicho establecimiento público debe sustraerse atendiendo posibles riesgos en las resultas de investigaciones penales y/o administrativas relacionadas con la firma brasilera?*

La Sala se abstendrá de responder estas preguntas, dado que el contrato de concesión al cual se refieren fue suscrito por el Aeropuerto Internacional Matecaña el 17 de abril de 2017, es decir, incluso antes de que se presentara la consulta que se atiende mediante este concepto.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala observa que, en principio y a la luz de la información y de los documentos aportados por el ministerio consultante y el AIM hasta la fecha en la que se terminó la elaboración de este concepto (28 de julio de 2017), no existe evidencia que permita concluir que el contratista-concesionario, es decir, la sociedad Operadora Portuaria Aeropuerto Matecaña S.A.S. estuviera incurso en alguna inhabilidad o incompatibilidad, al momento de suscribir el contrato de concesión (17 de abril de 2017).

No obstante, en el evento de demostrarse que el contratista sí estaba incurso en una causal de inhabilidad en la fecha de celebración del contrato, dicho acuerdo habría quedado viciado, desde su nacimiento, de nulidad absoluta (artículo 44, numeral 1º, de la Ley 80 de 1993), y el AIM, en su calidad de contratante-concedente, tendría que ordenar, mediante acto administrativo motivado, su inmediata terminación y liquidación en el estado en que se encuentre, conforme a lo dispuesto por el artículo 45 ibídem.

Por otra parte, si el concesionario llegare a incurrir en una inhabilidad sobreviniente durante la ejecución del contrato de concesión, dicho negocio tendría que ser cedido, previa aprobación del AIM. En el evento de que esto no fuere posible, el contratista tendría que renunciar a su ejecución, según lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, lo cual implicaría que el contrato se entendería terminado y debería procederse a su liquidación.

3. *En el evento de suscribirse el contrato de concesión entre el establecimiento público AEROPUERTO INTERNACIONAL MATECAÑA y la empresa adjudicataria CSS CONSTRUCTORES S.A., que (sic) acciones legales debería adoptar la entidad estatal para mitigar posibles riesgos generados por continuar con el proceso contractual en curso, subrayando el vínculo que tuvo la adjudicataria con la empresa CONSTRUCCIONES SCA –la cual en asocio con la empresa ODEBRECHT ejecutaron tiempo atrás un contrato con la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ?*

Dado que el contrato de concesión ya se celebró, la entidad concedente (Aeropuerto Internacional Matecaña) podría implementar todas o algunas de las recomendaciones formuladas por la Sala en este concepto, particularmente en el acápite E, numeral 3º.

Remítase al Ministro de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala