

CONTENIDO

1. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

1.1 Legalidad del plazo límite para ejecución de transferencias del Fondo de Calamidades.

1.2 La teoría del hecho del príncipe y el equilibrio económicos del contrato.

2. OBSERVATORIO LEGISLATIVO

2.1 Aspectos clave del Proyecto de Ley de Infraestructura.

1. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

1.1 Legalidad del plazo límite para ejecución de transferencias del Fondo de Calamidades

En ejercicio del control inmediato de legalidad, el pasado 5 de febrero la Sala Plena del Consejo de Estado declaró la legalidad del Decreto 2955 de 2011, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, como consecuencia del fenómeno de La Niña.

En la norma objeto de revisión, el Capítulo I, artículos 1 a 4, consagra los mecanismos de seguimiento y control de las transferencias de recursos por parte del Fondo Nacional de Calamidades - Subcuenta Colombia Humanitaria a las entidades receptoras; el Capítulo II, artículos 5 a 8, establece el plazo para la legalización de los recursos; y en el Capítulo III se indica cuándo deben ser reintegrados éstos.

Consideraciones del Consejo de Estado

Después de realizar un exhaustivo recuento jurisprudencial sobre la Constitucionalidad de los Decretos Legislativos dictados con ocasión del Estado de Emergencia, el Alto Tribunal encontró que el plazo establecido en la norma en mención, está acorde con lo dispuesto en los Decretos Leyes reglamentados, toda vez que la ejecución inmediata de las medidas tendientes a la ayuda humanitaria de la población afectada por la ola invernal ocasionada y conjurar la crisis, cumplen con el deber de oportunidad y eficacia propios de estas medidas.

Procedencia de las auditorías externas

Adiciona el Consejo de Estado que las auditorías externas contratadas por el Fondo Nacional de Calamidades con la finalidad de ejercer el control fiscal de los recursos destinados a la atención de la emergencia decretada por el Gobierno Nacional, no desaloja la competencia de los organismos de control fiscal del Estado.

Sobre este particular, la Sala encuentra que las disposiciones del Decreto reglamentario tienen como fundamento constitucional el artículo 209, que consagra que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, la que se desarrolla a través de los órganos del Estado, observando los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En cuanto al fundamento legal de esta medida, el Consejo de Estado señala que de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, relativo a los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento

del objeto contractual, el Gerente del Fondo Nacional de Calamidades, a quien le compete la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato o convenio, posee dentro de sus facultades la función de coordinar, orientar, planificar y ejecutar con las instituciones públicas y privadas las actividades requeridas para la atención humanitaria de la población y rehabilitación de las áreas y obras afectadas como consecuencia del Fenómeno de la Niña, de tal suerte que las disposiciones objeto de revisión se encuentran ajustadas a derecho.

1.2 La teoría del hecho del príncipe y el equilibrio económicos del contrato.

El Consejo de Estado ha proferido un fallo dando solución al litigio presentado entre la Sociedad Electro Atlántico Ltda (demandante) y el Municipio de Sincelejo, el cual tiene inicio dentro de la celebración de un contrato de concesión para el suministro de luminarias, expansión y mantenimiento del servicio de alumbrado público para el Municipio de Sincelejo. El concesionario fundamenta la estructura financiera de la concesión en dos aspectos: el censo de luminarias y el Decreto 268/96 en donde el Municipio enuncia la tasa a cobrar por el alumbrado y la contraprestación del concesionario. Ahora bien, dicho Decreto fue modificado por el Municipio, y la contraprestación del concesionario tuvo una baja significativa al igual que las tasas a cobrar.

Por lo anterior el demandante presenta demanda contra Sincelejo, para que se declare el incumplimiento del contrato por parte del Municipio al modificar unilateralmente las bases de la estructura financiera del contrato.

Consideraciones del Consejo de Estado.

Después de hacer un arduo análisis de los hechos, el Consejo de Estado da inicio al desarrollo de uno de los puntos más relevantes del caso objeto de estudio, la teoría del hecho de príncipe, y menciona que se debe reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, ya que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de la relación con el Estado.

Se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública, puede verse alterado durante su ejecución, pero solo por actos de la administración actuando como Estado y no como parte o por factores externos y extraños a las partes.

El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando ocurren los siguientes supuestos, según la jurisprudencia del Consejo de Estado: expedición de un acto general y abstracto, la incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal, la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato y la imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.

La Sala, estima que el hecho del príncipe debe ser siempre una decisión o una conducta que pueda imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato. Por ende, el hecho del príncipe se diferencia del hecho de la administración, en que mientras éste último se

relaciona directamente con el contrato, el hecho del príncipe se vincula a decisiones o conductas que la autoridad pública adopta no como parte del contrato, sino en su carácter de tal, no influyendo en el contrato de manera directa.

No hay una conducta contractual, sino la conducta de una autoridad que está actuando en ejercicio de sus potestades y atribuciones, y en su carácter y condición de autoridad pública. La expedición de la norma, o la conducta, debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato, debe tratarse de un hecho nuevo para los contratantes, no conocida ni tenida en cuenta al momento de la celebración del contrato.

Decisión:

Encuentra la Sala que le asiste razón a la parte apelante cuando reclama por la modificación que el Alcalde del Municipio hizo de la tasa de alumbrado porque objetivamente afecta la ejecución del contrato; en ese orden, efectivamente las reducciones que introdujo el Municipio, traen como consecuencia el incumplimiento del contrato, porque el impacto sobre el equilibrio financiero es evidente.

2. OBSERVATORIO LEGISLATIVO

2.1 Aspectos clave del proyecto de ley de infraestructura

Finalmente fue radicado en el Senado el proyecto de ley de infraestructura por parte del Ministerio de Transporte

El proyecto de 64 artículos, contiene una serie de disposiciones encaminadas a vencer los

obstáculos de la infraestructura del transporte, tales como la adquisición de predios, el traslado de redes de servicios públicos y la expedición de licencias ambientales.

Del borrador anunciado anteriormente por el Gobierno, se excluyeron las disposiciones relativas a la modificación de la Superintendencia de transporte, la Contribución de Valorización Nacional y al igual que una serie de normas de carácter sancionatorio.

Gestión y adquisición predial

En materia de adquisición de predios el proyecto propone declarar como un nuevo motivo de utilidad pública e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos y obras de infraestructura del transporte, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción ampliación, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes y terrenos que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política

Así mismo, la adquisición de inmuebles por los motivos de utilidad pública e interés social consagrados en las leyes, gozará del saneamiento automático en favor de la entidad pública, respecto a su titulación y tradición, frente a aquellos posibles vicios en los títulos que aparezcan durante el proceso de adquisición o con posterioridad al mismo.

En este mismo sentido, la ley plantea la opción de pactar la entrega anticipada, voluntaria e irrevocable del inmueble objeto de expropiación, previo acuerdo entre la entidad pública y el expropiado.

Gestión ambiental

En materia ambiental se han propuesto una serie de pequeñas pero a la vez profundas modificaciones.

Se ha propuesto en el proyecto de ley la obligación de que los proyectos de infraestructura de transporte incluyan la variable ambiental, en sus diferentes fases de estudios de ingeniería, prefactibilidad, factibilidad o estudios definitivos, para que sean aplicados en la etapa de ejecución.

Con fundamento en lo anterior, se ha propuesto que la responsabilidad en la gestión y obtención de licencias ambientales, se pacte en el respectivo contrato, con el fin de establecer si el trámite ante la autoridad ambiental lo adelanta el contratante y/o concedente, o el concesionario y/o contratista de la obra pública

Por otra parte, la ley excluye a los proyectos de mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento de infraestructura de transporte, de solicitar permisos, autorizaciones o licencias ambientales.

Traslado y reubicación de redes de servicios

En este aparte el proyecto de ley ha definido una serie de criterios, con el fin de definir quién debe asumir los costos que acarrea el traslado o la reubicación de las redes, al igual que la forma en la cual se determinará el valor de la red objeto de traslado.

Por regla general el proyecto ha propuesto que los costos sean asumidos por la entidad contratante, salvo en el evento en que las

redes de servicios se encuentren ubicadas en las fajas de retiro, cuya titularidad radique en el Ministerio de Transporte o en alguna de sus entidades adscritas o vinculadas, y el permiso se haya otorgado bajo la condición de su retiro ante la necesidad de realizar obras de mantenimiento, rehabilitación y/o mejoramiento de infraestructura.

Para este caso concreto, en el proyecto se ha creado la figura de "contratos de aporte reembolsable para el traslado o reubicación de redes", a través del cual las autoridades del orden nacional o territorial que tengan a su cargo la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, podrán celebrar este tipo de convenciones con los prestadores y/o proveedores de servicios, aportando los recursos requeridos, a título reembolsable, para las obras de traslado o reubicación.

Comisión de regulación en manos del Gobierno

Por último se ha propuesto otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República, para que este pueda crear la Comisión de Regulación de Infraestructura, cuyas funciones principales radicarán en regular e integrar la normatividad técnica del sector; promover y proteger la competencia del sector; evitar los monopolios y la posición dominante en los proyectos de infraestructura de transporte; definir la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio de transporte y los proyectos de infraestructura del sector.