

CONTENIDO

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Parámetros para asignar vigencias futuras a proyectos APP

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Principio de planeación y nulidad absoluta del contrato estatal

3. CONCEPTOS SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

3.1. Término de aplicación de la ley de garantías

4. CONCEPTOS CONTRALORÍA

4.1 Caducidad de la acción fiscal en los contratos de concesión

Aspectos a resaltar

La norma en comento se señala que el ministerio u órgano cabeza del sector será responsable de la administración del monto límite anual sectorial y la priorización de los proyectos de asociación público privada.

Así mismo, en cualquier momento de la vigencia, el Conpes podrá redefinir los sectores y el monto asignado a cada uno de ellos, siempre y cuando no sobrepase el total del tope anual ni se afecten los compromisos adquiridos. La norma precisa que el Confis podrá reasignar hasta el 20 % del monto límite de cada sector, sin que se requiera la autorización previa del Conpes.

Por último, el acto administrativo incluye los requisitos para solicitar el aval fiscal y la autorización de vigencias futuras, entre ellos, presentar el registro en el banco de proyectos de inversión nacional, el concepto favorable del ministerio u órgano cabeza del sector y el concepto del Departamento Nacional de Planeación.

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Parámetros para asignar vigencias futuras a proyectos APP

El pasado 30 de julio, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió el Decreto 1610 de 2013, mediante el cual se fijan los parámetros bajo los cuales el Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES, previo concepto del Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS definirá los límites para comprometer vigencias futuras de la Nación y las entidades estatales del orden nacional para los proyectos bajo el esquema de asociación público privada.

2. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

2.1 Principio de planeación y nulidad absoluta del contrato estatal

El pasado 13 de junio, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el expediente 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637), se refirió a la nulidad del contrato estatal con fundamento en la violación del principio de planeación.

Antecedentes

Durante el primer semestre de 1993, el INVIAS abrió una licitación con el fin de seleccionar al contratista que realizaría los trabajos de construcción de la solución vial Pereira – Dosquebradas, trabajos éstos que se encontraban divididos en tres grupos.

El 27 de junio de 1994, Concreto S.A. y Dragados y Construcciones S.A. y el INVIAS celebraron el contrato No. 351 en virtud del cual aquel se obligó a ejecutar para éste, la construcción de la solución vial Pereira – Dosquebradas, grupo II.

El INVIAS incumplió el numeral 2.14 del Pliego de Condiciones, el cual hace parte integrante del contrato No. 351 de 1994, al suscribir el Acta de Iniciación de las Obras sin haber adquirido los predios en los cuales se iba a ejecutar el objeto contractual. Como consecuencia se suscribieron 3 contratos adicionales por medio de los cuales se amplió el plazo de ejecución en 11 meses, que trajo sobrecostos para el contratista por concepto de labores de excavación de material común y de construcción de redes de alcantarillado.

El 30 de noviembre de 1998, el Consorcio Concreto S.A. y Dragados y Construcciones S.A. presentó demanda contra el Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, en la cual solicitó, entre otras cosas, la declaratoria del incumplimiento del contrato No. 351 de 1994 al no haber entregado la totalidad de los predios en los cuales se iba a ejecutar la obra y, en consecuencia de la anterior declaración, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de los perjuicios y sobrecostos derivados del pago de las primas de las pólizas de seguro, del personal administrati-

vo y profesional y del arrendamiento de inmuebles y de equipos realizados durante la mayor permanencia de la obra.

Sentencia de Primera Instancia

En sentencia del 23 de octubre de 2003 el Tribunal Administrativo de Risaralda acogió parcialmente las pretensiones pues declaró el incumplimiento del INVIAS.

El Tribunal concluye que se encuentra probado que el INVIAS incumplió el contrato No. 351 de 1994 al retardar la entrega de los predios sobre los cuales se iba a ejecutar las obras, al pagar un menor valor por las labores de ajuste de las vigas longitudinales y, finalmente, al no cancelar el acta de reajuste No. 25, que dio lugar a que se ampliara el plazo y se aumentara el valor del contrato pues cuando venció el término inicialmente pactado no se había construido el respectivo tramo de la vía Pereira-Dosquebradas.

En primer lugar, el Alto Tribunal menciona que la ausencia de planeación ataca la esencia del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público. Añade que a través de este principio se exige perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Prosigue la providencia señalando que la planeación constituye el marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual, de tal manera que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la

racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado, es decir que la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Con fundamento en lo anterior, la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual, exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas

Adiciona la providencia que no debe olvidarse que en virtud del inciso 2 del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y del principio de planeación, los particulares tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencien fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros.

De igual forma, resalta el ponente que mucho menos podrán pretender los contratistas, que en aquellos procesos en los cuales se evidencien fallas en la planeación, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos con fundamento en un negocio jurídico que incluye un vicio de ilegalidad por violar el prin-

cipio de planeación.

En consecuencia como se violó el deber de planeación toda vez que el contrato se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría la solución vial Pereira-Dosquebradas Grupo II pues desde ese momento ya se advertía que la obra contratada no podía ejecutarse en el plazo de 14 meses que había sido pactado, se decretó la nulidad absoluta del contrato No. 351 de 1994, puesto que infringieron los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

3. CONCEPTOS SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

3.1 Término de aplicación de la ley de garantías

El pasado 24 de julio, con ponencia de Álvaro Namén Vargas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se pronunció sobre la consulta realizada por el Ministro del Interior, en relación con el término de aplicación a los diferentes entes del Estado de las prohibiciones y restricciones previstas en la Ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales.

Antecedentes

El Ministro del Interior mencionó que de acuerdo con el acto legislativo 2 de 2004, el Congreso de la República expidió la Ley 996 de 2005, Estatutaria de Garantías Electorales, mediante la cual, en los artículos 30, 32, 33 y 38, se contemplaron diversas limitaciones en materia de vinculación a la nómina estatal, contratación pública y otras prohibiciones a los servidores públicos.

Señaló el Ministro que las normas citadas consagran restricciones para periodos electorales diferentes, a elecciones presidenciales, y el parágrafo del artículo 38 a cualquier clase de elección.

Posteriormente, con fundamento en la sentencia C-1153 de 2005, el doctor Fernando Carrillo Flórez concluyó que la constitucionalidad condicionada de los artículos 9, 30, 32, 33 y 38 llevan a concluir que los plazos de aplicación de las restricciones allí contenidas operan exclusivamente para el Presidente o el Vicepresidente no por el término de cuatro (4) meses señalado en dichas normas sino por el lapso de los seis (6) meses anteriores a la votación.

Adicionalmente expuso que en virtud del principio de anualidad del presupuesto la contratación administrativa directa usualmente se lleva a cabo para periodos anuales que coinciden con el año calendario correspondiente al período presupuestal de las entidades públicas, razón por la cual suspender toda la contratación directa de la Administración Pública en el mes de noviembre, es decir seis (6) meses antes de la elección presidencial en primera vuelta, lo cual traería como conse-

cuencia la necesidad de solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la utilización de vigencias futuras para todos los casos en que los respectivos bienes y servicios se requieran durante el primer semestre de 2014.

A juicio del Ministro, el fenómeno anterior no se presentaría, si la restricción para las entidades entra a operar cuatro (4) meses antes de la elección presidencial.

Para último afirmó que diversas entidades nacionales y territoriales han consultado a la Presidencia de la República y a la Agencia Colombia Compra Eficiente sobre la posible extensión a 6 meses de las restricciones establecidas en los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005.

Concepto del Consejo de Estado

Señala la Sala de Consulta y Servicio Civil que la Ley 996 de 2005, estatutaria de las garantías electorales, en desarrollo del mandato contenido en el acto legislativo 2 de 2004, tiene como propósito definir el marco legal del debate electoral cuando el Presidente de la República y el Vicepresidente participen como candidatos en las elecciones presidenciales, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos.

Expone que la ley en comento regula distintos aspectos de las elecciones presidenciales, participen o no el Presidente de la República o el Vicepresidente, como candidatos, también se ocupa de todos los procesos electorales para cargos de elección popular, desarrolla la participación en política de los servidores públicos y las garantías a la oposición y establece para el efecto varias prohibiciones dirigidas a los

empleados del Estado sin distinción, así como otras destinadas expresamente a las autoridades locales.

Posteriormente menciona que en el Título II, de la reglamentación especial de la campaña presidencial, el artículo 9 regula la declaración del Presidente que aspira a ser candidato a la elección presidencial, en el cual se incluye una manifestación pública y por escrito por parte del Presidente o el Vicepresidente de la República en ejercicio de su voluntad de participar como candidato en la elección presidencial y además es menester que se surta el depósito del documento en el cual conste dicha declaración en la Registraduría Nacional del Estado Civil, actuaciones que deben ocurrir seis (6) meses antes de la votación en primera vuelta.

En consonancia con lo anterior, la Sala observa que la Corte Constitucional al resolver la duda relativa al momento a partir del cual deben operar las normas especiales restrictivas al ejercicio de la función gubernamental, previstas en la Ley Estatutaria de Garantías Electorales, se refirió exclusivamente al Presidente y al Vicepresidente de la República, cuando estos aspiran a la reelección inmediata o a la elección presidencial. En efecto, solo respecto de estos servidores señaló que las disposiciones relacionadas con las prohibiciones y restricciones de la ley, se hacían efectivas en el instante en que anunciaran su interés en la postulación de sus candidaturas a la elección presidencial con las solemnidades legales del caso, lo que significa que la aplicación de tales normas restrictivas comienzan a regir únicamente frente a ellas y no en rela-

ción con otros sets (6) meses antes de la votación en primera vuelta.

En este orden de ideas, se concluye que el condicionamiento que se hace en la parte motiva y resolutive de la decisión de la Corte deja intacto y por tanto vigente el término de cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la correspondiente elección, con el fin de que inicie la aplicación de las normas de la Ley 996 de 2005, que establecen restricciones en materia de vinculación a la nómina estatal, contratación pública y otras prohibiciones a los demás órganos o entidades del Estado del nivel nacional y territorial.

En conclusión, para los efectos de las restricciones y limitaciones establecidas en los artículos 30, 32, 33 y 38 parágrafo de la Ley 996 de 2005, el término de seis (6) meses previsto en el artículo 9 de la misma Ley, solamente se aplica al Presidente de la República que estando en ejercicio aspire a la reelección inmediata y al Vicepresidente de la República que aspire a la elección presidencial, y no a los demás órganos o entidades del Estado, tanto del nivel nacional como territorial, de conformidad con los condicionamientos de exequibilidad realizados por la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005 a las citadas normas, por lo cual los demás órganos o entidades del Estado tanto del nivel nacional como territorial, se les aplica el término de cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la elección presidencial para los efectos de las restricciones y limitaciones establecidas en los artículos 32, 33 y 38 parágrafo de la ley 996 de 2005.

4. CONCEPTOS CONTRALORÍA

4.1 Caducidad de la acción fiscal en los contratos de concesión

En concepto de 26 de junio de 2013, la Contraloría General de la República, con fundamento en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, mencionó que la acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Sobre el particular menciona que el cálculo del término de caducidad dependerá de si el hecho generador del daño fue de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, de tal suerte que si el daño se produjo como consecuencia de un hecho o acto instantáneo, el término de los cinco (5) años de caducidad comenzará a cortarse desde el día de su realización y si el daño se produjo como consecuencia de un hecho de tracto sucesivo, el término de los cinco (5) años de caducidad comenzará a contarse desde el último hecho o acto.

De acuerdo con lo anterior, cuando un concesionario ha incumplido su obligación contractual de pagar a la entidad concedente la contraprestación económica a la que se comprometió, y este incumplimiento ha ocurrido durante más de 14 años, para determinar si la acción fiscal caducó, se deberá tener en cuenta el momento en el cual las obligaciones se hicieron exigibles; si el contratista no las cumple voluntariamente, la entidad contratante puede hacerlas cumplir aún en contra de la voluntad del obligado, ejerciendo

la acción de cobro antes de que caduque o prescriba sin perjuicio de la utilización de mecanismos tales como la imposición de multas pactadas o la declaratoria de la caducidad del contrato.

En el concepto se señala que para efectos del control fiscal, solo podría considerarse que existe daño patrimonial al Estado cuando las acciones de cobro de las que disponía la entidad contratante, para ejecutar las obligaciones a su favor, aún en contra de la voluntad del contratista, hayan caducado o prescrito.

De acuerdo con todo lo anterior, concluye la Contraloría que en cada caso corresponderá a quien tenga la competencia para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, determinar si los contratos que para la ejecución de la concesión suscribió el concesionario con terceros, generaron o no un daño patrimonial al Estado, caso en el cual, para atribuir dicha responsabilidad, deberá verificar además:

1. Que haya existido gestión fiscal por parte del concesionario;
2. Que esté comprobada una conducta dolosa o culposa del concesionario;
3. Que exista un nexo causal entre la conducta dolosa del concesionario y el daño patrimonial al Estado y;
4. Que no haya caducado la acción fiscal.

Si desea obtener alguno de los documentos aquí reseñados puede realizar la solicitud en la siguiente dirección de correo electrónico: dgarzon@infraestructura.org.co