

Bogotá D.C., 12 de junio de 2018.

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

H. Senado de la República

Congreso de la República

Bogotá D.C.

Respectado Secretario Eljach:

De acuerdo al compromiso adquirido con el Honorable Congreso de la República me permito presentar a consideración el siguiente Proyecto de Ley "Por la cual se modifica el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 y se dictan otras disposiciones", con el fin radicarlo en la Secretaría General del Senado de la República y que inicie el trámite correspondiente.

En este sentido, adjunto un original del proyecto, tres copias (3) del documento y una copia en medio magnético (CD).

Cordialmente,

GERMÁN CARDONA GUTIÉRREZ

Ministro de Transporte

Revisó: Sol Ángel Cala Acosta.- Asesora Despacho Ministro de Transporte.
Diego Escallón Arango.- Asesor Ministro de Transporte.
Andres Mancipe González.- Jefe Oficina Asesora de Jurídica Ministerio de Transporte

TEXTO PROYECTO DE LEY No. _____ de 2018

“Por la cual se modifica el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 y se dictan otras disposiciones.”

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. Modifíquese el Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el cual queda así:

Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen proyectos de asociación público privada se incluirá una cláusula que establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

Parágrafo 1°. En los contratos de asociación público privada, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta se procederá a la liquidación del contrato. En la liquidación de contrato se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses remuneratorios, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

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

1. Que hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.
2. Que estén relacionados al desarrollo del objeto del contrato.
3. Que correspondan a precios o condiciones que no excedan los del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.

4. Que no correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hubieran aplicado al contratista en razón de la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, ni a intereses de mora o penalidades relacionadas con la terminación.

El contratista no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios o accionistas menos los dividendos decretados, dividendos pagados o disminuciones de capital. Lo anterior, actualizado por IPC. En todo caso los reconocimientos no podrán superar el precio del contrato estatal anulado.

El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista como resultado de la liquidación se atenderá así:

(i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.

(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales. El primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de ejecutoria de la liquidación del contrato. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses remuneratorios conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo menor para el pago.

El reconocimiento de las prestaciones que de conformidad con lo previsto en este párrafo resulten a favor del contratista deberá ser destinado para pagar aquellas prestaciones ejecutadas por terceros de buena fe, en cumplimiento de los contratos celebrados con el contratista para desarrollar y ejecutar el objeto del proyecto, previa certificación de la ejecución de las mismas por parte de la interventoría.

Parágrafo 2°. Cuando la causal de nulidad o la declaratoria de la misma se origine en la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, la autoridad respectiva comunicará la decisión a la Superintendencia que ejerza funciones de inspección, vigilancia y control sobre el contratista, con el fin de que esta ordene, dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación, la remoción de los representantes legales y de la junta directiva si la hubiere. Para todos los efectos, la decisión proferida por la Superintendencia competente en tal sentido será considerada como un acto de ejecución, contra el cual no procederá recurso alguno.

Los pagos que resulten a favor de dichos terceros se efectuarán por el contratista, en el orden de prelación legal y hasta el monto de los recursos que resultaren a favor de este.

El contratista responsable de la conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad no podrá recibir remanente alguno de la liquidación.

Una vez efectuados los pagos a terceros a los que hace referencia el presente párrafo, la entidad contratante recibirá el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, dicha suma será el cinco por ciento (5%) del valor del contrato. En caso de existir remanentes a favor del contratista, estos quedarán como garantía de pago para atender las posibles reclamaciones por el término de cinco (5) años. La forma como quedarán a disposición estos recursos será definida por el Gobierno nacional.

Vencido el término al que se refiere el inciso anterior sin que se hayan agotados los remanentes, estos serán destinados al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales de que trata el artículo 2 de la Ley 448 de 1998.

Una vez culminado el proceso de pagos a terceros, cesarán en sus cargos los funcionarios designados por la Superintendencia, con el propósito que se efectúen los nombramientos que corresponde por parte de los órganos sociales competentes.

La autoridad judicial o administrativa competente podrá decretar como medida preventiva la aplicación de los incisos anteriores a investigaciones en curso. En este supuesto los remanentes de la liquidación, se mantendrán a disposición de dicha autoridad administrativa o judicial en tanto se resuelva de manera definitiva la investigación.

Parágrafo 3º. Lo dispuesto en el presente artículo de ninguna manera impedirá el resarcimiento del patrimonio público ni la extinción de dominio, en los casos de nulidad por objeto o causa ilícitos, derivados del enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público con grave deterioro de la moral social.

Artículo 2. Vigencia. Esta ley rige a partir de su promulgación.

GERMÁN CARDONA GUTIÉRREZ

Ministro de Transporte

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PROYECTO DE LEY No. _____ de 2018

"Por la cual se modifica el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 y se dictan otras disposiciones."

Honorables Congresistas:

A continuación, se exponen los motivos y las razones que justifican la presentación del presente proyecto de ley para ser tramitado ante el Congreso de la República como ley ordinaria:

1. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

El Gobierno Nacional presenta a consideración del Congreso de la República una iniciativa legislativa de gran importancia, que surge como consecuencia de las observaciones expuestas por los honorables senadores en la sesión plenaria del 13 de diciembre de 2017 sobre el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, modificadorio del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012. En esta se conformó una subcomisión para analizar el informe de conciliación del Proyecto de Ley No. 084 de 2016 Senado y 285 de 2017 Cámara *"Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones"*.

La subcomisión llegó a un consenso que permitió la aprobación del informe de conciliación al proyecto de ley y su posterior sanción por el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón; hoy Ley 1882 de 2018 *"Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones"*.

Durante el trámite de la sesión plenaria, se acordó que el Gobierno presentaría en el mes de marzo de 2018 un proyecto de ley que modifique el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, con el propósito de (i) eliminar la salvedad a favor de las penalidades financieras por terminación anticipada que estipula el numeral 4 del párrafo 1 y (ii) eliminar el último inciso del párrafo 1, que establece la aplicación retroactiva de la norma a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

Así las cosas, la presente iniciativa tiene por objeto introducir una modificación al artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, en aras de honrar el compromiso adquirido por el Ministro de Transporte, Germán Cardona Gutiérrez, el 13 de diciembre de 2017.

Es importante dejar sentado que este proyecto es más ambicioso que solo el compromiso del 13 de diciembre porque busca atender las observaciones también del señor Contralor General de la

República e imponer límites y condiciones para el reconocimiento a los terceros de buena fe y a los contratistas cuyos contratos sean anulados o terminados anticipadamente.

2. EL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto de ley introduce una modificación al artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 *"Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones"*, modificadorio del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012.

Por lo tanto, la presente iniciativa modifica aspectos relativos a los contratos de Asociación Público Privada de que trata la Ley 1508 de 2012, asunto de competencia del Legislador, tal como se expone a continuación:

2.1. Trámite de Ley Ordinaria

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, le corresponde al Congreso de la República *"expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional"*.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-897 de 1999 se refirió a la facultad que tiene el Congreso de la República para expedir normas de contratación mediante una Ley Ordinaria:

"La contratación administrativa es materia de ley ordinaria. Es así como el estatuto de contratación vigente no tiene rango superior y puede ser modificado por otras leyes ordinarias que regulen aspectos relacionados con contratos estatales. "

Conforme a lo preceptuado en el artículo 150 Constitucional y a la interpretación fijada por la Corte Constitucional, se concluye que el Legislador tiene la facultad para expedir normas en materia de contratación administrativa por medio del trámite de ley ordinaria.

2.2. Contenido de la iniciativa

El presente Proyecto de Ley tiene el objetivo fundamental de modificar el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual fija las reglas para la terminación anticipada de contratos de asociación público privada y la determinación de las prestaciones mutuas a ser reconocidas en esos casos.

Es importante destacar que las Asociaciones Público Privadas, así como los contratos de concesión de infraestructura, son negocios financieros, en donde el particular invierte en un bien o servicio que satisface el interés público, a cambio de una rentabilidad que proyecta de acuerdo con su experticia negocial. Dada la naturaleza y magnitud de estos contratos, son muchos los actores involucrados en su ejecución, es así como tenemos inversionistas, proveedores, asesores, trabajadores, financiadores, consultores, tenedores de bonos, tanto nacionales como extranjeros, que actúan de manera indirecta en la satisfacción del interés público inmerso en la celebración del contrato estatal que debe garantizar el Estado.

Vale resaltar que en diversos proyectos los privados usan mecanismos de financiación a través de titularización o emisión de bonos en el exterior y cualquier afectación a estos instrumentos podrían generar, incluso, impactos negativos en la calificación del riesgo país, lo que implicaría probablemente disminución en el interés de inversión extranjera en Colombia, particularmente para este tipo de proyectos.

Los procesos de contratación estatal en ciertos casos se han visto permeados por factores de corrupción que no solo afectan la prestación del servicio, sino también generan perjuicios e inestabilidad a los actores de buena fe involucrados en la ejecución de los contratos estatales. Por lo anterior, se presenta ante el Honorable Congreso de la República la modificación al artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, con el fin de aclarar las reglas que permitan la salvaguarda de los derechos e intereses de terceros de buena fe en caso de terminación anticipada de un contrato de asociación público privada, originada en causales de nulidad absoluta que ha fijado la Constitución y la Ley.

Ahora bien, en cuanto a los dos párrafos que contiene la iniciativa, el Proyecto de Ley dispone cómo debe procederse cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta.

El párrafo primero ordena que cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta se debe proceder a liquidar el contrato. Para esto guiar al intérprete de la ley, la norma contiene las variables que garantizan el reconocimiento de lo invertido por los particulares en el contrato estatal y siempre con el interés de proteger a los terceros de buena fe. De esta manera, este párrafo permite el reconocimiento del valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses remuneratorios, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual; los cuales tienen como referente la optimización de los recursos inmersos en la ejecución del contrato.

Esta norma establece los cuatro criterios que debe validar la interventoría para permitir estos reconocimientos a favor del contratista, los cuales deben ser destinados para pagar las prestaciones ejecutadas por terceros de buena fe, en cumplimiento de los contratos celebrados con el contratista para desarrollar y ejecutar el objeto del proyecto. Estos reconocimientos tienen un límite el cual es: ningún caso podrá ser mayor a los aportes de capital de los socios ni superar el precio del contrato estatal anulado.

En la misma línea y debido a que se trata de una terminación anticipada que no es previsible para el Estado se establece la forma de realizar los pagos, en caso de que existan saldos a favor del contratista.

El párrafo segundo mantiene lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 sobre las consecuencias aplicables a la sociedad concesionaria o a los integrantes de la misma, que con su actuación dolosa dieron lugar a la causal de nulidad, por eso, en aras de proteger los derechos de terceros de buena fe, se habilita a la Superintendencia que ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control sobre el contratista a remover los administradores de la sociedad y su junta

directiva. Únicamente, una vez culminado el proceso de pagos a terceros, cesarán los efectos de la remoción de los administradores por parte de la Superintendencia competente y la sociedad estará de nuevo en la libertad de efectuar los nombramientos que correspondan. Adicionalmente, esta norma va más allá y establece explícitamente que ese contratista no podrá recibir remanente alguno de la liquidación.

Teniendo como referente que en una terminación anticipada de un contrato se pueden presentar reclamaciones al Estado por las actuaciones del contratista en el marco de ejecución del pacto negocial, se determina el congelamiento de los saldos a favor del mismo, para que de manera preventiva se puedan atender los posibles requerimientos de terceros. En igual sentido, dado que la conducta que origina la causal de nulidad puede contener diversos tipos de responsabilidad se determina como potestad del investigador o juzgador de instancia la posibilidad de aplicar preventivamente tanto la sanción como la congelación de los saldos a favor del contratista.

Finalmente, por sugerencia expresa de la Contraloría General de la Republica se ha incluido en este proyecto, un párrafo 3º con el fin de mantener incólume el resarcimiento del patrimonio público y contemplar la extinción de dominio en los casos de nulidad por objeto o causa ilícitos, derivados del enriquecimiento ilícito en perjuicio del tesoro público con grave deterioro de la moral social, tal como se ha calificado reciente y reiteradamente por la jurisprudencia nacional.

En los anteriores términos, el Gobierno nacional presenta a consideración del honorable Congreso de la República el proyecto de ley a través del cual se modifica el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, proyecto de especial importancia y solicita a esa Corporación iniciar su debate.

Cordialmente,

GERMÁN CARDONA GUTIÉRREZ

Ministro de Transporte