

CIRCULAR 29 DE 2008

(octubre 20)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

Contraloría General de la República

PARA: GOBERNADORES Y ALCALDES
DE: CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA
ASUNTO: Función de advertencia Contratos de Concesión
FECHA: Bogotá, 20 de octubre 2008.

Notas del Editor

- En criterio del editor para la aplicación de esta circular debe tenerse en cuenta que el numeral 11 del artículo [5](#) del Decreto 267 de 2000 que faculta al Contralor General para '[a]dvertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados' fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-103-15 de 11 de marzo de 2015, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa, al respecto destaca el editor:

'la Sala concluyó que la función de advertencia establecida en la norma acusada es inconstitucional, pues si bien apunta al logro de objetivos constitucionalmente legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal encomendada a esta entidad, desconoce el marco de actuación trazado en el artículo [267](#) de la Constitución, por cuanto (i) constituye una modalidad de control previo, ya que por definición se ejerce antes de que se adopten las decisiones administrativas y concluyan los procesos que luego (como lo reconoce la propia norma) también serán objeto de control posterior; (ii) le otorga a la Contraloría un poder de coadministración, porque a través de las advertencias logra tener incidencia en decisiones administrativas aún no concluidas. '

Teniendo en cuenta que hoy se afronta una crisis financiera mundial, que va a dificultar la contratación de recursos de crédito directa para el Estado, y que además, el Gobierno Nacional tiene fundamentada toda una estrategia de desarrollo de infraestructura en los sectores vial, de comunicaciones, energético, servicios públicos, etc., por el sistema de incentivos a la iniciativa privada tanto nacional como extranjera, a través de las concesiones, considera la Contraloría General de la República, que con la decisión tomada por algunos Alcaldes del país, entre ellos el Distrital de Barranquilla, de dar por terminados varios contratos de concesión, anunciando que se esta estudiando el mismo procedimiento de terminación para otros tantos contratos, se transmitiría un mensaje de desconfianza y de inseguridad jurídica a los futuros inversionistas en este tipo de contratación.

Cada contrato tiene diferentes características y por consiguiente, diferentes formas de ajustarlo o de hacerlo funcionar, sin que se pueda considerar la terminación anticipada como único mecanismo de solución. El contrato tiene para las partes derechos y deberes, y así como se debe exigir el cumplimiento de los deberes, también se deben respetar los derechos, La terminación de los contratos estatales, procede por varias vías, que tienen relación no solo con su eficacia jurídica, sino también por la decisión de la administración, en uso de las cláusulas exorbitantes,

pactadas o implícitas, que en todo caso, deben tener pleno soporte y prueba de las circunstancias que la originan.

Bien es conocido que en la mayor parte de los casos de terminación unilateral de un contrato estatal, entendido como cualquier forma en que la administración pública, a través de una facultad excepcional termina un contrato, deriva en un proceso contencioso que trae implícita una incertidumbre de éxito para el Estado, procesos que históricamente han generado cuantiosas indemnizaciones. Usualmente lo mínimo que un juez decreta es la utilidad que se esperaba por el resto del contrato.

Las decisiones de la Administración siempre deben consultar los principios de la función pública y de la contratación estatal, buscando cumplir con sus fines y teniendo como norte, la correcta y eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado. En el desarrollo de esta actividad deben primar los principios de la buena fe en la ejecución de los contratos y de confianza legítima que amparan tanto al Estado como al contratista, y que les permiten acudir a todos los mecanismos legales para resolver las diferencias que se susciten, de modo que no se afecte la prestación del servicio a la comunidad.

Terminar el contrato de forma unilateral, sin buscar fórmulas de arreglo, transmite un mensaje de inseguridad e inestabilidad jurídica, que pone en riesgo la consolidada política de procuraría participación del capital privado en el desarrollo, a través de las concesiones viales, de servicios públicos, portuarios, etc. Así mismo, pone a los entes territoriales en riesgo de demandas por perjuicios, de donde se podría derivar un detrimento al patrimonio de la entidad territorial.

Si bien es cierto que algunas concesiones han sido celebradas violando los preceptos legales de la contratación administrativa, y que en esos casos la CGR apoyará sin vacilaciones su revisión, también es necesario advertir que no se puede generalizar el procedimiento de dar por terminada indiscriminadamente toda concesión, en cualquier momento o circunstancia.

Dado que hemos tenido conocimiento que este procedimiento de terminación unilateral de los contratos está haciendo carrera en los entes territoriales, la CGR. para evitar que por esta vía se generen multiplicidad de pleitos que afecten las finanzas públicas, considera indispensable un manejo prudente de la situación y en uso de la facultad conferida en el numeral 7 del artículo [5](#) del Decreto 267 de 2000, advierte sobre la posibilidad de daño patrimonial y les exhorta a tomar las medidas jurídicas y administrativas pertinentes para evitarlo.

Cordialmente,

JULIO CÉSAR TURBAY QUINTERO

Contralor General



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 28 de febrero de 2018

