**INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY**

**No. 059/2014 CAMARA**

**“Por medio de la cual se modifica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se establecen las clausulas exorbitantes en los contratos de aportes, y se dictan otras disposiciones”**

Bogotá D.C. mayo 27 de 2015

Doctor:

**JAIME BUENAHORA FEBRES**

Presidente Comisión Primera Constitucional

Honorable Cámara de Representantes

E. S. D.

Respetado doctor:

En cumplimiento del honroso encargo impartido por la Mesa Directiva de la Comisión y en virtud de los artículos 153 a 156 de la Ley 5 de 1992, me permito someter a consideración de la Comisión Primera de la Honorable Cámara de Representantes, el informe de Ponencia del Proyecto de Ley No. 059 de 2014 Cámara  ***“Por medio de la cual se modifica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se establecen las clausulas exorbitantes en los contratos de aportes, y se dictan otras disposiciones*”**, en los siguientes términos:

1. **ANTECEDENTES:**

La presente iniciativa parlamentaria es de autoría de los Honorables Congresistas MAURICIO AGUILAR HURTADO Y MARIA EUGENIA TRIANA, quien la radicó ante la Secretaria General de la Cámara de Representantes.

Conforme a las disposiciones de la Ley 3 de 1992, se designó a la Comisión Primera Constitucional Permanente, para realizar su estudio, debates y votaciones correspondientes.

1. **CONSIDERACIONES GENERALES:**
   1. **Antecedentes Normativos:**

De conformidad con los articulo 38 y 40 de la Ley 7 de 1979, el régimen contractual del ICBF se sujetará a las ritualidades, requisitos, formalidades, términos y condiciones que establecen las disposiciones del régimen estatal de contratos aplicables a los establecimientos públicos del orden nacional, establecidos en el Decreto 150 de 1976 (derogado por el Decreto 222 de 1983, hoy actual Ley 80 de 1993).

No obstante, el Presidente de la República mediante el Decreto 2388 de 1979 desarrolla el régimen contractual del ICBF, a través de dos modalidades,

1. Régimen Especial de Aportes
2. Régimen General de Contratación.

Si bien, el artículo 127 del Decreto 2388 de 1979 consagra que:

***ARTÍCULO 127.****Por la naturaleza especial del servicio de bienestar familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año.* (Subrayado fuera de texto).

No existe una norma de rango legal, en sentido estricto, que desarrolle este tipo de contratación, ante tal vacío el ICBF a través de un acto administrativo (Resolución No. 2690 del 14 de junio de 2012) previó el procedimiento a desarrollar para la adjudicación de estos contratos. En dicha resolución se mencionan como componentes de la etapa contractual las clausulas exorbitantes contempladas en el artículo 14 al 18 de la Ley 80 de 1993 y que se materializa en los contratos de aporte adjudicados para la realización de programas misionales como si se dispusiese su aplicación obligatoria por la ley.

* 1. **Disposiciones jurisprudenciales sobre el Contrato de Aporte:**

Para el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1),

“*el negocio jurídico de aporte* ***es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista,*** *en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia”*

*Y precisa que:*

*(….) de otro lado este contrato no corresponde a la enumeración prevista en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, la cual tiene por objeto regular los correspondientes a las entidades estatales, entre las que se encuentran los establecimientos públicos; sin embargo siendo* ***un contrato atípico****, se enmarca en el texto de los artículos 32 y 40 de esta ley a cuyo régimen se sujetan[[2]](#footnote-2).* (Negrita fuera de texto)

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, la naturaleza de las clausulas exorbitantes se modificó bajo el supuesto que estas no hacen parte del contrato mismo sino que llegan a convertirse en verdaderos “poderes de la administración”. De esta forma, el Legislador consideró la necesidad de clasificar en qué tipo de contratos son de aplicación obligatoria, en cuales son facultativas y en los que su aplicación es prohibida, como lo ilustra Profesor Borja[[3]](#footnote-3):

1. *Contratos en los cuales es legalmente obligatorio la inclusión de las clausulas exorbitantes, hace referencia a:*

* Contratos cuyo objeto constituye monopolio estatal
* Contratos de prestación de servicios públicos
* Contratos de explotación y exploración de bienes
* Contratos de obra

1. *Contratos en los cuales se encuentra prohibido pactarlas, estos son:*

* Contratos celebrados con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia.
* Contratos interadministrativos
* Contratos de empréstitos
* Contratos de donación
* Contratos de arrendamiento
* Contrato de actividades comerciales o industriales
* Contratos de actividades científicas o tecnológicas
* Contratos de seguro

1. *Contratos en los cuales previamente la ley autoriza su inclusión pero no las impone, siendo*:

* Contratos de prestación de servicios
* Contratos de suministro

**Ahora bien, ¿qué sucede en los contratos que no se encuentran incluidos en esta lista señalada expresamente por el Legislador?**

Para el Consejo de Estado[[4]](#footnote-4), se configura un cuarto grupo compuesto por

“*todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las clausulas excepcionales”*

*Y concluye:*

*(…) “este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas – por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común- y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.*

*De este modo, en ejercicio de la autonomía privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios”* (subrayado fuera de texto)

Pero además de las anteriores consideraciones y destacando la importancia que tiene el contrato de aporte como un contrato atípico, que jurisprudencialmente se ha definido que estos se encuentran contemplados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estos a su vez se consideran excluidos de su aplicación las “potestades excepcionales[[5]](#footnote-5)” toda vez que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 sólo permite que se incluyan de manera obligatoria o potestativa en algunos contratos enumerados taxativamente y dentro de los cuales no están los contratos atípicos[[6]](#footnote-6).

De los anteriores apartes jurisprudenciales se evidencia la problemática jurídica que se suscita entorno al Contrato de Aporte, predicándose que la aplicación de las clausulas exorbitantes dada por el ICBF en este tipo de contratación se encuentra viciada por una posible ilegitimidad, al tanto que su disposición no se encuentra autorizada por ninguna ley, en su sentido estricto.

* 1. **Justificación del Proyecto:**

Además de ello, como se sostuvo en el acápite anterior, el régimen de contratación por aporte, exclusivo del ICBF, es de suma importancia para los fines estatales debido a que mediante esta contratación se promueve la integración y realización armónica de la familia; se protege al menor y garantizar los derechos de la niñez; y se busca vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo

de los problemas de la familia y del menor, al propósito de elevar el nivel de vida de nuestra sociedad.

De igual forma, con el Decreto 2150 de 1995, en su artículo 122, se estableció que este tipo de contratación se daría a través de la modalidad de contratación directa, generando también de un lado una gran preocupación por cuanto de alguna forma se cobija la corrupción que ha menoscabado la credibilidad de nuestras instituciones públicas.

Por tal motivo, considero necesario que el Congreso de la República, a través de este proyecto de ley, le otorgue el sustento legal para que el ICBF tenga la autorización expresa por parte del Legislador como lo expone el Consejo de Estado para que el contenido de sus contratos de aporte puedan aplicarse de forma obligatoria las clausulas exorbitantes como herramientas importantes para hacer cumplir el objeto del contrato.

1. **PROPOSICIÓN**

Por lo anteriormente expuesto solicito a la Comisión Primera Constitucional de la Honorable Cámara de Representantes **DESE PRIMER DEBATE**, al **Proyecto de Ley No. 059 de 2014 Cámara**  ***“Por medio de la cual se modifica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se establecen las clausulas exorbitantes en los contratos de aportes, y se dictan otras disposiciones*”***,* conforme al texto propuesto.

Del Señor Presidente,

**HERIBERTO SANABRIA ASTUDILLO**

**Representante a la Camara**

**Ponente**

**TEXTO DEFINITIVO**

**PROYECTO DE LEY No. 059/2014 CAMARA “Por medio de la cual se modifica el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se establecen las clausulas exorbitantes en los contratos de aportes, y se dictan otras disposiciones”**

**EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA**

**Artículo 1º.** Modifíquese el artículo 14º de la ley 80 de 1993, el cual quedara así:

**Artículo   14º.** De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual**.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:  

1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2º. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra **y los contratos de aporte.** En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

**Parágrafo.-** En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de

este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

**Artículo 2º.** Vigencia y Derogatorias. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación, deroga el artículo 14 de la ley 80 de 1993 y todas las disposiciones que le sean contrarias.

**HERIBERTO SANABRIA ASTUDILLO**

**Representante a la Cámara**

**Ponente**

1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011). Expediente: 2001 - 01546 Radicación interna No.: 36. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de diciembre de 1996, M.P. Luis Camilo Osorio. [↑](#footnote-ref-2)
3. BORJA AVILA, R. (2009) Estudios Jurídicos sobre Contratación Estatal. Colombia, Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez) [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre treinta(30) de dos mil seis (2006), C.P. Alier Hernandez, radicado No 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), [↑](#footnote-ref-5)
6. Ronderos Botero, Jorge Arturo. Ibid. Pàg. 53 [↑](#footnote-ref-6)