



Carrera 49B # 91-81 Of. 102
Bogotá D.C.
+57 601-7021678
www.fdplegal.com

EN ESTA PUBLICACIÓN

- Un miembro de nuestro equipo: María Sofía Hernández.
- Facultades unilaterales en contratos regidos por régimen especial son válidas.
- Recurso de anulación contra el laudo corresponde a la argumentación y no al nombre que se otorgue a la causal.
- Precisiones de Consejo de Estado sobre procedimiento de licitación pública.
- Descuento de puntaje no aplica para sanciones por conductas anti-competitivas.



UN MIEMBRO DE NUESTRO EQUIPO: **MARIA SOFÍA HERNÁNDEZ**

María Sofía es abogada graduada en el año 2019 de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Tiene especial interés por el derecho administrativo y constitucional. Fue acreedora del premio a la excelencia profesional y académica "Carlos Alzáte" otorgado por su universidad en reconocimiento a su destacado desempeño durante Consultorio Jurídico.

Trabajó en el Consejo de Estado y actualmente hace parte de los equipos de asesoría a entidades del Estado en temas minero energéticos y litigio estratégico en materias de construcción e infraestructura.



Facultades unilaterales en contratos regidos por régimen especial son válidas

En fallo del 2 de junio de 2023, bajo radicado No. 68.996, el Consejo de Estado resolvió que las facultades unilaterales en contratos estatales regidos por el derecho privado son completamente válidas, siempre y cuando se respeten ciertos límites. Esta decisión clarifica y establece las condiciones bajo las cuales las entidades estatales pueden ejercer estas facultades sin infringir la ley.

El pronunciamiento del Consejo de Estado establece que, en los contratos estatales regidos por el derecho privado, las entidades estatales tienen permitido ejercer facultades unilaterales tales como la terminación anticipada, la declaratoria de siniestro y la aplicación de cláusulas penales, la liquidación unilateral y la imposición de apremios, siempre y cuando estas acciones no vayan en contra de las buenas costumbres, el orden público ni impliquen el ejercicio abusivo de un derecho.

Es importante destacar que estas facultades no pueden ser ejecutadas a través de un acto administrativo; deben cumplirse rigurosamente las condiciones previamente pactadas en el contrato. Esta decisión del Consejo de Estado marca un precedente significativo en la regulación de los contratos estatales, ofreciendo claridad sobre los límites y alcances de las facultades unilaterales en este contexto.

Esta resolución ha sido recibida con opiniones encontradas por parte de expertos legales y profesionales del derecho. Algunos consideran que esta medida proporciona mayor flexibilidad y autonomía a las entidades estatales, facilitando así la gestión de los contratos y permitiendo una adaptación más eficiente a las circunstancias cambiantes. Otros, en cambio, expresan preocupación por la posibilidad de abusos y malas prácticas por parte de las entidades estatales.

En última instancia, esta decisión del Consejo de Estado subraya la importancia de la transparencia y la claridad en la redacción de los contratos estatales. Las partes involucradas en estos contratos deben ser diligentes al definir las condiciones bajo las cuales las facultades unilaterales pueden ser ejercidas, asegurando que se respeten los límites legales y éticos.

Recurso de anulación contra el laudo corresponde a la argumentación y no al nombre que se otorgue a la causal

En Sentencia del pasado 2 de agosto de 2023, el Consejo de Estado resolvió un recurso de anulación en el que el recurrente alegaba la causal 3 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 relativa a la indebida constitución o integración del Tribunal.

Sin embargo, al momento de estudiar esta causal, se encontró que la misma estaba fundada en el pago extemporáneo de los honorarios del Tribunal arbitral, por lo que si la ley establece este escenario como el causante de la cesación de los efectos del pacto arbitral, no se estaba ante un tema de indebida constitución del tribunal arbitral, sino ante la causal consagrada en el numeral 2° de la Ley 1563 de 2012 sobre la falta de jurisdicción o competencia.

A pesar de la imprecisión que se cometió al presentar la causal alegada, el Consejo de Estado procedió con el estudio de fondo sobre la misma, tomando como base la argumentación de la parte que solicitaba la anulación del laudo.

En este sentido, se recordó que los árbitros carecen de competencia para resolver aquellas discrepancias incluidas en una demanda arbitral, cuando quiera que cesan los efectos del pacto arbitral, tal como ocurre, entre otros eventos, por no cubrir los

honorarios y gastos del Tribunal en el término establecido por el legislador. Para el caso en concreto se concluyó que el pago de los honorarios se había realizado en tiempo y forma, por lo que el Tribunal nunca perdió su competencia para conocer del caso.

Precisiones de Consejo de Estado sobre procedimiento de licitación pública

El Consejo de Estado, a través de la sentencia del 14 de julio de 2023, se dieron algunas precisiones importantes de cara a las audiencias de adjudicación en licitaciones públicas.

Por una parte, el Consejo de Estado explicó que en la audiencia de adjudicación en los procesos de licitación pública, los artículos 9 de la Ley 1150 de 2007 y 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015 no exigen la presencia del ordenador del gasto y menos que su participación sea obligatoria durante todo el desarrollo de la audiencia de adjudicación. Por lo tanto, la eventual ausencia del ordenador del gasto durante la audiencia no vicia de nulidad el acto de adjudicación.

Por otra, se recordó que la subsanación de la propuesta puede darse hasta antes de la realización de la audiencia de adjudicación, pues esto es lo que dispone la ley. De hecho, la sentencia reiteró que la subsanación constituye un derecho del oferente y, por tanto, es un deber de la entidad contratante aceptar la subsanación efectuada antes de la realización de la audiencia, aún si la misma se realizó por fuera del periodo establecido en el pliego de condiciones para subsanar.

Descuento de puntaje no aplica para sanciones por conductas anti-competitivas

En Concepto C-226 del 13 de septiembre de 2023, Colombia Compra Eficiente realizó algunas precisiones sobre el descuento de puntaje en los procesos de selección previsto en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022.

Al respecto, CCE señaló que existen dos excepciones a la reducción de puntaje planteada. La primera, es en aquellos casos en los que la Entidad realiza un requerimiento a un contratista, sin imponer una multa o cláusula penal pecuniaria, como sucede en algunos supuestos de declaratoria de siniestros, ya que la efectividad de las garantías no siempre está condicionada por el incumplimiento.

La segunda, corresponde a las sanciones administrativas impuestas por prácticas anticompetitivas que se presenten en un proceso de selección en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que hace referencia a colusión en licitaciones o concursos. Lo anterior, pues el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 tiene el propósito de castigar a los proponentes que han incumplido con sus obligaciones contractuales; por lo tanto, únicamente está dirigido a aquellos oferentes a quienes se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año.

Así mismo, CCE expuso que esta situación debe ser verificar en el RUP, de conformidad con lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, según el cual “Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados”.



Igualmente, realizó algunas precisiones con respecto al párrafo del mencionado artículo, de acuerdo con el cual, si el proponente afectado por la imposición de una o más multas demanda la decisión respectiva, la entidad no podrá aplicar la reducción del puntaje consagrada en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, sin que se exija haber presentado una medida cautelar.