

EFFECTOS DE LA NULIDAD DE LAS PRORROGAS DENTRO DE LOS CONTRATOS DE CONCESION VIAL EN COLOMBIA

Ximena Guerrero Morales

Resumen

El objetivo del presente documento es establecer qué efectos puede tener la nulidad de las prórrogas dentro de los contratos de concesión vial en Colombia, teniendo en cuenta que la figura de la concesión se utiliza para que las entidades privadas puedan participar de proyectos que el Estado promueve, y que estos contratos pueden firmarse con personas tanto particulares como empresas legalmente constituidas, en la firma de los mismos se pueden presentar fallas por diferentes motivos, lo cual deriva en declarar nulo los contratos, afectando el progreso del proyecto ejecutado y por ende el bienestar de los ciudadanos, se llevó a cabo una revisión bibliográfica para estimar aspectos como los contratos de concesión vial en Colombia, nulidades que pueden presentarse, la legalidad de las prórrogas a dichos contratos y otros aspectos que ayuden a lograr el objetivo propuesto.

Palabras claves: nulidad, contratos de concesión vial, adiciones, prórrogas, corrupción

Introducción

El Estado conoce la importancia de contar con buena infraestructura vial, en pro del desarrollo de la industria y por ende del país, por lo tanto, la construcción y el mejoramiento de dicha infraestructura debe ser parte fundamental de la agenda del gobierno nacional, si realmente se quiere ganar competitividad tanto interna como externa, además de ser un requisito para formar parte del mundo globalizado.

En este orden de ideas, la construcción de vías a través de contratos de concesión vial se comenzó a llevar a cabo en el país desde 1993 y de acuerdo con Bohórquez y Camacho (2012) la concesión es un mecanismo que invita a la empresa privada a participar en proyectos estatales, para lo cual se firma un contrato de concesión para financiar y ejecutar los proyectos de obra, buscando la satisfacción de las necesidades del ciudadano; el fundamento constitucional de este tipo de formalidades se encuentra en el artículo 365 de la Constitución. Igualmente se rige por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, sin embargo, la cantidad de fraudes existentes en la contratación de obras con el Estado, especialmente viales, han dejado ver los vacíos jurídicos que adolece la contratación estatal.

Se evidencia que en Colombia la contratación con el Estado se ha prestado para el fraude y la corrupción, dándose casos donde se firman contratos sin el lleno de los requisitos legales, los cuales pueden ser viciados de nulidad, pero aun así, no se lleva a cabo un verdadero control al respecto, que lleven a frenar las prácticas de corrupción por esta vía.

En este sentido, hay muchas maneras en las que un contrato de concesión vial puede estar viciado de nulidad, como por ejemplo la contratación con familiares directos, con cónyuge o

compañero permanente, a través de testaferros, con familiares de funcionarios de mediano rango u otra entidad municipal o departamental directa, contratación directa con otros funcionarios públicos, entre otros, prácticas que se han generalizado a través de los años.

Lo anterior insta a determinar a través del presente artículo, los efectos que puede acarrear la declaratoria de nulidad de las prórrogas en los contratos de concesión vial en Colombia. Se presenta en este artículo aspectos como una breve reseña histórica de las vías en Colombia, los contratos de concesión vial en Colombia, las adiciones, prórrogas u otrosí a los contratos de concesión vial, las nulidades en los contratos de concesión vial y un ejemplo o caso donde se haya declarado nulidad del contrato de concesión estatal.

Breve reseña historia de las vías en Colombia

Los caminos en el país existen desde antes de la llegada de los españoles, como vías o trochas trazadas por los indígenas, con la llegada de éstos también llegó la rueda, la mula, el caballo y otros modos de transporte, pero en general la construcción de vías obedeció inicialmente a la necesidad de comunicación e intercambio de provisiones entre poblados y desplazamiento humano, dando lugar a los llamados caminos de herradura, sólo fue hasta finales del siglo XIX y principios del XX cuando se hicieron las especificaciones técnicas que servirían de fundamento para la construcción de la estructura vial actual (González & Alba, 2006).

De acuerdo con González y Alba (2006), la topografía del país y la distancia entre regiones, no permitía un flujo eficiente de los productos y el traslado de un sitio a otro, lo que obligó a construir un sistema de conexión terrestre eficaz, ya que durante mucho tiempo se seguía el curso del río, especialmente el Magdalena para facilitar el comercio. Otra dificultad era el traslado de las personas de una ciudad a otra, lo que tomaba días de camino; por lo que la necesidad de la interconexión interna comenzó a tomar fuerza, para facilitar el intercambio comercial, la comunicación y la movilidad de las personas.

En el año 1905, bajo la presidencia del Presidente Reyes se creó el Ministerio de Obras Públicas, sin embargo, las especificaciones en cuanto a diseño y calidad no obedecieron a la necesidad de articular estratégicamente las vías nacionales para responder al crecimiento económico del país, sino que se enfocó a favorecer el comercio por el río Magdalena, aumentando las tarifas de los fletes; durante aproximadamente 25 años la infraestructura vial

quedó rezagada, debido a problemas coyunturales como la primera guerra mundial. En este orden de ideas, fue después de la crisis de los años 30 que el gobierno comenzó a percibir el impacto positivo que causaba sobre los costos de transporte una infraestructura adecuada, comenzando a regularse por medio de diferentes leyes para construir carreteras y mejorar la inversión en infraestructura vial. Así se fueron gestando entidades como el Consejo Nacional de Vías de Comunicación (1931), la planeación de infraestructura en los planes de desarrollo, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, entre otros (González & Alba, 2006).

Con lo anterior se puede concluir que fue la dinamización del comercio, el desarrollo productivo, el auge de las exportaciones y la necesidad de comunicación que dio origen a la infraestructura vial en el país, pero en la construcción de las vías que comunican las diferentes poblaciones no hubo una planeación adecuada, sino que obedeció al mejoramiento de los caminos trazados en la Colonia. Tuvo que pasar mucho tiempo para que el gobierno se percatara de la importancia de las vías para el desarrollo del país, aun así, las principales obras de infraestructura y mantenimiento que se están llevando a cabo en la actualidad, se gestaron después de la apertura económica, cuando el país se vio en la necesidad de competir a nivel internacional y el principal problema para ello lo representaba la infraestructura vial, las grandes distancias, el mal estado de las vías, lo que limitaba de alguna manera las metas de competitividad anheladas.

En este orden de ideas, como menciona Ramírez (2015), con el INVÍAS se pretendió dar mayor transparencia a la ejecución de contratos de obras viales, en conjunto con organismos como el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), creado en el año 2003, con los cuales se comenzó la era de las concesiones para infraestructura vial.

Entre 1994 y 1997 se acordaron 11 concesiones a nivel nacional mediante el INVÍAS, las cuales sirvieron de base para fortalecer el marco jurídico que guiara este tipo de contratos, conocida como concesiones de primera generación. Durante la segunda generación (1997), las concesiones se relacionaban con sectores prestadores de servicios distintos a infraestructura vial, lo que hace disminuir las vías concesionadas en un 31,8%, entre los años 2000 y 2009 (tercera generación), se impulsó la competitividad, tanto interna como externa, fomentando el desarrollo de corredores estratégicos y por ende las vías hacia los principales puertos y finalmente la llamada cuarta generación el proyecto es fortalecer el mantenimiento a la infraestructura vial entre 25 y 30 años, financiada con recaudación de peajes y aportes del presupuesto general de la Nación. (Ramírez, 2015).

Aunque el país ha evolucionado en materia de infraestructura vial, se observa en la actualidad que algunas vías concesionadas tienen problemas en su estructura de calidad, no cumplen con las especificaciones técnicas, producto de las prácticas de corrupción que tienen al país al borde de una crisis financiera; casos como la Ruta del Sol III, investigada por la Fiscalía por irregularidades en la adjudicación de la obra, donde se ha visto implicada entidades como Conalvías y la mencionada firma Odebrecht, lo que hace perder la confianza a posibles inversores, afecta la imagen del país y deja ver los pocos controles y la inoperancia de la legislación en los contratos de concesión vial.

Contratos de concesión vial en Colombia

La concesión en Colombia se encuentra reglamentada en la Ley 80 de 1993 y se definen en el artículo 32 como:

“los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden” (Colombia, Ley 80, 1993).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-300, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (2012), considera las concesiones como contratos incompletos, ya que en la ejecución de las obras se pueden presentar contingencias o riesgos, lo que no se puede prever a la firma del contrato, lo que limita las cláusulas que se redacten. Por este motivo, se prevé la posibilidad de modificar los contratos o renegociarlos en caso de que se presenten obstáculos en la ejecución de la obra que no se puedan imputar al contratista y amenacen con perturbar el equilibrio económico, o cuando se necesite adecuar la prestación del servicio a nuevos requerimientos de calidad o tecnológicos.

Según Vélez (2010) en las concesiones de construcción de obra pueden darse dos clasificaciones: según el tipo de operación, se dividen en:

- 1) Concesión para la construcción de obra: es el contrato clásico, donde una empresa privada contrata con el Estado construir y operar una infraestructura en determinado tiempo, siendo el Estado responsable por la inversión y mantenimiento, recuperando la inversión a través de tarifas impuestas por el servicio.

2) BLT (construir, arrendar y transferir): en este tipo la responsabilidad de construir y operar son del sector privado al igual que la propiedad, pero el proyecto es promovido por el sector público, la fuente de financiación es generalmente el leasing.

3) BOO (construir, operar y apropiar), generalmente se usa en el sector de telecomunicaciones, aquí la propiedad sobre el bien construido es el concesionario, la responsabilidad de construir y operar es el sector privado.

4) BOT (construir, operar y transferir): el proyecto construido lo financia y opera la empresa privada, la obra genera utilidades para cubrir los costos; luego de determinado tiempo se transfiere la propiedad a la nación.

5) Concesión por prestación de servicio: por medio de un contrato de licencia el contratante da el derecho a la prestación del servicio por un determinado período, ejemplos de este tipo son: concesión hospitales, cárceles, aeropuertos, etc.

Y según el orden de los recursos usados:

1) Concesión pura: el proyecto genera todos los ingresos para el concesionario, el concedente no hace aportes.

2) Concesión mixta: una parte del aporte lo hace el concedente, la otra es generada por el proyecto.

3) Concesión pública: los ingresos del concesionario los genera el concedente, aunque el concesionario no explota la concesión puede mantenerla y operarla (Vélez, 2010).

En relación con lo anterior, el sistema de concesiones viales se originó con la Ley 105 de 1993, facultando en el artículo 30, al Estado y entidades territoriales para celebrar contratos de concesión para construir, rehabilitar y conservar proyectos de infraestructura vial (Pérez, 2017).

Por lo tanto, se tiene que, la falta de recursos por parte del Estado para invertir en las carreteras nacionales dio impulso al desarrollo de concesiones viales en el país, con miras a construir, mejorar y mantener la infraestructura vial colombiana con participación de capital privado.

Es un hecho que el progreso del país está directamente relacionado con las condiciones de infraestructura vial, si ésta se encuentra en mal estado, o es deficiente o inexistente, los ciudadanos pierden ingresos, porque no pueden acceder a insumos para su producción o comercializar sus productos, lo que afecta en forma significativa la economía general del país.

En materia de vías, INVÍAS tiene a su cargo mantener y conservar alrededor de 16.363 kilómetros de la red vial nacional principal, que incluyen troncales y transversales. Debido a que del sector transporte depende la comercialización efectiva de productos, se ha impulsado fuertemente las concesiones viales, inyectando capital privado para obras prioritarias que posibiliten mejorar la red vial, teniendo como marco jurídico la Ley 80 de 1993, el Estatuto General de Contratación, Ley 105 de 1993 y la Ley 99 de 1993, esta última establece políticas de protección del medio ambiente.

Un proyecto de concesión vial entraña diferentes fases que deben seguirse, entre ellas:

1) Diseño y programación: esta etapa va desde el perfeccionamiento del contrato hasta el inicio de la construcción

2) Construcción: desde que se inician los trabajos hasta la recepción de las obras y equipos necesarios para poner en servicio la carretera

3) Operación: inicia cuando INVÍAS recibe las obras hasta el momento en que devuelve a la nación (Muñoz, 2002)

Así mismo, el contrato de concesión vial es especial, porque el concesionario actúa bajo su propia cuenta y riesgo, el gobierno solo funge como entidad de control y dependiendo del tipo de financiación, puede o no aportar los recursos para ello, además, existen contingencias que en el momento de la firma no se pueden prever; en este sentido, la misma Ley 80 de 1993 establece ciertas responsabilidades u obligaciones para el concesionario, que son:

- La financiación del proyecto que incluye los diseños, la interventoría técnica, financiera, adquirir predios y administrar el fideicomiso

- Constituir el fideicomiso
- Suministrar e instalar los equipos necesarios para la construcción
- Operar el sistema
- Recaudar los dineros generados por los peajes, los cuales son utilizados para financiar la obra

- Construir, mantener y reparar las obras proyectadas
- Devolver al INVÍAS los bienes, incluyendo la carretera construida, con todos sus componentes (Muñoz, 2002).

Estos pasos indican que casi todos los trámites los lleva a cabo el concesionario, en este tipo de contratos la financiación proviene de los ingresos por peajes, al final de la construcción de la vía, la obra debe ser entregada al INVÍAS, el cual está en libertad de darle o no el contrato de mantenimiento y operación a la firma concesionaria.

En la actualidad, las concesiones viales que se vienen desarrollando a lo largo y ancho del país son:

- Malla vial del Valle del Cauca, en etapa de construcción, para mejorar la circulación de la región.
- Vía Zipaquirá –Santa Marta, en los tramos Zipaquirá –Barbosa –Bucaramanga –San Alberto, la Ye de Ciénaga: proyecto que se encuentra en etapa de estructuración técnica, legal y financiera.
- Sistema vial Atlántico – Bolívar – Córdoba – Sucre: igual que la anterior se encuentra en etapa de estructuración técnica, legal y financiera.
- Vía Briceño – Tunja – Sogamoso: está en etapa de estudio.
- Corredor Bogotá – Buenaventura: se tienen los estudios de ingeniería de detalle para los tramos Bogotá Ibagué y Buga – Buenaventura y los definitivos para Ibagué –Armenia (Túnel de la Línea), se ha llevado a cabo a través del Ministerio de Transporte, la promoción de la obra, encontrándose gran interés de inversionistas extranjeros, especialmente del gobierno de Japón
- Proyecto túnel de la Línea: en proceso de estudios de diseño y análisis de las características requeridas (seguridad, ventilación y factores económicos y estructurales)
- Depresión Momposina: etapa de preparación del crédito con el Banco Mundial, se pretende integrar zonas aisladas con los principales centros de consumo (Muñoz, 2002).

Todas las anteriores concesiones son obras importantes para el desarrollo del país, las cuales van encaminadas a mejorar la comercialización, el transporte y la movilidad, tanto de productos y servicios como de personas en general, lo que a futuro redundará en progreso para Colombia y mayores posibilidades de competitividad.

Adiciones, prórrogas u otrosí a los contratos de concesión vial

Una adición se define como una modificación, que tiene como fin adicionar el valor del contrato, donde según la Ley 80 de 1993, un contrato no puede adicionarse en más del 50% de su valor inicial. Estas modificaciones pueden hacerse de mutuo acuerdo entre las partes y las unilaterales, donde según el artículo 16 de la citada ley, se hacen en la ejecución del contrato, para evitar la grave afectación o el retraso del servicio que debe satisfacer dicho contrato (Alcaldía de Bogotá, 2010).

Cuando se necesita aumentar el valor, atendiendo a la exigencia de incorporar una o varias obligaciones se hace una adición, esto es un nuevo acuerdo entre las partes, para ejecutar o cumplir actividades que inicialmente no se pactaron, éstas complementan o adicionan el objeto contractual.

Así las cosas, la Ley 80 de 1993, establece que los contratos no pueden ser adicionados en más del 50% de su valor inicial, expresado en smml, las entidades del Estado tienen potestad para modificar, bien sea de mutuo acuerdo con el contratista o de manera unilateral.

En cuanto a la prórroga, es la modificación en el plazo que se pactó inicialmente para llevar a cabo la obra, se realiza únicamente cuando el contrato está vigente y por escrito entre las partes, dicha prórroga se debe fundamentar a razones ajenas a la voluntad de las partes, no puede obedecer a la negligencia, culpa o demora del contratista para entregar la obra.

Se habla de prorrogar el contrato cuando se necesita ampliar el plazo, si éstas se presentan por incumplimiento o negligencia del contratista, se genera sanciones, si son por circunstancias imprevisibles, fuerza mayor, ajenas al contratista, éste puede hacerse acreedor al pago de compensaciones.

En la Sentencia C-300 (2012), se alude que las prórrogas o adiciones no pueden referirse a obras que no se relacionen directamente con el objetivo inicial del contrato, según principios de igualdad, imparcialidad, eficiencia y libre competencia.

Aquí se discute la exequibilidad del artículo 28 de la ley 1150 de 2007:

ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones (Colombia, Ley 1150, 2007).

A través de estos contratos se llevan a cabo obras de infraestructura importantes, puede ser: construcción de vías, energía, transporte, telecomunicaciones, etc.

Es improcedente para la Corte que las concesiones se prorroguen indefinidamente, porque estaría limitando la libre competencia en procesos de contratación estatal, limitando la escogencia de la oferta más favorable a los intereses; pero se aclara que las prórrogas dependen del tipo de contrato o de obra a realizar, por lo tanto, el contrato de concesión debe desde el principio estipular las cláusulas por las cuales se regirá.

En este sentido, cabe mencionar lo manifestado por Aguado (2017), para quien, las prórrogas no previstas en una licitación son consideradas una modificación del contrato en sus condiciones esenciales, lo que sería realmente una nueva adjudicación encubierta mediante la elusión del plazo máximo previsto, ya que dicho plazo en la ejecución del contrato es uno de los elementos más relevantes para poder llevar a cabo la oferta en la licitación.

Por lo tanto, al analizar los efectos de la invalidez de las prórrogas en contratos públicos, se observa que prolongar en el tiempo estos contratos a través de prórrogas tácitas no está conforme a derecho, al igual que cuando se modifica el plazo para evitar una nueva licitación (Aguado, 2017)

Así las cosas, se considera que dichas prórrogas pueden declararse inválidas, y al presentarse tal evento, se puede encontrar ante efectos como: a) la liquidación del contrato, restitución de lo recibido y devolución del valor, aquí al declarar nulo el contrato se eliminan y desaparecen todos los efectos que haya podido producir el contrato, lo que implica restituir las cosas recibidas y el precio, además se abona el valor de las cosas que no han podido ser restituidas y el de todas las prestaciones que no pueden devolverse; b) la indemnización por daños y perjuicios sufridos, en este evento, primero se debe acreditar la culpabilidad del causante, y la causalidad entre sus acciones u omisiones y producción del daño o perjuicio

ocasionado; dentro de los daños causados se plantea la inclusión de los ocasionados por las indemnizaciones a trabajadores contratados para la ejecución del contrato, gastos por arrendamiento de locales o maquinaria, el lucro cesante, entre otros y c) dar continuidad al contrato con el fin de evitar graves perjuicios al servicio público, la ley europea prevé que se pueda continuar con el contrato, en caso de que su declaración de nulidad produjese grave trastorno al servicio público, hasta que se adopten medidas urgentes para evitar dicho perjuicio (Aguado, 2017).

Por lo tanto, no se deben utilizar las prórrogas indiscriminadamente, pues el uso irregular de las mismas se convierte en una problemática, ya que prolongar el contrato en el tiempo debe estar encaminado a responder a fines de interés público y según el tipo de contrato que se trate.

La Corte declara que la prórroga de contratos no es inconstitucional, solamente su prórroga automática. En igual tenor la Sentencia C-068 de 2009 prohibió la prórroga sucesiva de los contratos de concesión portuaria sin limitación en términos de número, ya que desconocía los derechos de participación en condiciones de igualdad y libre competencia económica.

Por otra parte, el otrosí, se trata de un acuerdo celebrado entre las partes (Estado y Contratista), con el fin de agregar, suprimir o aclarar una o algunas cláusulas estipuladas en el comienzo el contrato o en sus anexos, en éste no se puede modificar el objeto del contrato, ni causar desmejora en las condiciones del proyecto (Alcaldía de Bogotá, 2010).

Es necesario mencionar que la ley es clara en que en el contrato estatal el objeto del mismo no puede ser modificado, porque en tal caso se estaría frente a la firma de un nuevo contrato, no de una adición o un contrato adicional, los cuales modifican solo el valor y el plazo del contrato inicialmente celebrado; al igual que la prórroga y el otro sí, que a pesar que en uno se alarga el plazo y en el otro se aclara, agrega o suprimen cláusulas pactadas, no cambian el objeto del mismo. En este sentido se pronuncia la Corte cuando manifiesta:

El objeto del contrato es un elemento inmodificable en un contrato estatal. « (...) cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de un nuevo contrato, no de uno adicional, que opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado. En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato (...)» (Corte Constitucional Sentencia C-300, 2012).

Por lo anterior, se puede decir que la adición, la prórroga y el otrosí, en los contratos de concesión vial tienen una función importante y diferente, las cuales son permitidas por la ley teniendo en cuenta que este tipo de contratos es especial, ya que desde un principio no se pueden prever contingencias o situaciones que en algún momento puedan poner en grave riesgo la construcción de la obra y por ende la satisfacción del usuario, pero todos esos factores deben atenerse a lo legalmente establecido; además, bien lo manifiesta la Corte, estas modificaciones no interfieren con el objeto del contrato, al contrario, lo complementan o adicionan, manteniendo la esencia del mismo.

Las nulidades en los contratos de concesión vial

De acuerdo con Londoño (2014), el origen de la nulidad en los contratos se encuentra en el derecho civil, tomando sus características de acuerdo con la naturaleza de los mismos.

Igualmente, el Código Civil Colombiano declara que: *“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”*. (Código Civil, art. 1740), citado por (Londoño, 2014).

La nulidad puede ser absoluta: producida por un objeto o causa ilícita y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, atendiendo a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, igualmente hay nulidad absoluta en actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato (Art. 1741 Código Civil)

Por lo tanto, la nulidad del contrato nace con la violación de la legalidad, específicamente de la norma dominante que regula la celebración del mismo, y la manera que se tiene para restablecer la legalidad que se violenta, es a través de la eliminación de la situación jurídica irregular llevada a cabo al celebrar el contrato.

Al declarar nulo un contrato se busca comprobar judicialmente un vicio grave que afecta la validez de éste, asumiendo que en el momento de su celebración se desconocieron disposiciones de orden público, por lo que se busca devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de presentarse la nulidad.

Entonces, al anular un contrato lo que la ley persigue es equilibrar o restaurar el orden de las cosas, evitando daños mayores al observarse la violación de la ley, bien sea porque el contrato se llevó a cabo con una persona inhabilitada para hacerlo porque el contratante no conocía dicha limitante, o sencillamente porque no se cumplieron el lleno de los requisitos, o cumplidos éstos, se evidencia algún tipo de fraude en los mismos.

En este mismo sentido, el artículo 44 de la Ley 80 manifiesta que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y cuando:

1. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
3. Se celebren con abuso o desviación de poder.
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley (Ley 80 de 1993, Art 44)

Declarar nulidad absoluta en los contratos estatales, le compete a la jurisdicción contencioso administrativa, y se presenta cuando existe una violación grave a la legalidad de las actuaciones de las partes.

En la doctrina se toma la nulidad como una sanción civil impuesta por omisión de requisitos considerados necesarios por la ley para dar validez a los contratos, al tratar con ésta de suprimir los efectos de un acto ilegal para restablecer la legalidad que se transgrede al celebrar el contrato. (Gaitán, 2012).

Al no cumplirse los requisitos mínimos que le permiten a los contratos nacer a la vida jurídica por tener imperfecciones, la ley ordena su terminación unilateral cuando se observen vicios de nulidad absoluta.

El legislador al juzgar si hay nulidad absoluta analiza detenidamente si se violaron prohibiciones expresas y explícitas o son simples irregularidades como por ejemplo, la selección del contratista, incorrecta escogencia de modalidad de contratación, o si solo se contraviene norma de jerarquía inferior como las resoluciones ministeriales. Existen algunos casos donde no se establece nulidad absoluta, por ejemplo celebrar dos contratos con el mismo objeto y diferente tiempo de ejecución; otros casos donde sí se dispone vicio contractual, por ejemplo, en el caso que el contrato no cumpla el principio de planeación, en ese caso, sí se observa un objeto ilícito, porque demuestra que al ejecutarse va a depender de situaciones inciertas, necesitando de decisiones de terceros o los tiempos de ejecución no se podrán cumplir por factores no planeados, allí es nulo por objeto ilícito, ya que falla el principio de planeación (Colombia Compra, 2010).

Caso de nulidad de contrato de concesión vial

Se presenta la Sentencia de abril 27 de 2012, del Consejo de Estado (C.P. Stella Conto Díaz del Castillo), donde el Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito y Transportes de Bogotá, fue demandada por la Personería de Bogotá y en Sentencia de mayo 14 de 2002 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, resolvió: declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Sociedad Tomas Greeg y declarar nulidad del contrato de concesión entre la Secretaría de Tránsito y la Unión Temporal, desestimando las demás pretensiones.

Los hechos que ocasionaron esta decisión fueron: el 16 de diciembre de 1994, el FONDATT y la Unión Temporal ASCOTRAINPA APD de Colombia suscribieron un contrato para concesionar el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública, “zonas azules” en el norte de Bogotá, el plazo fue cinco años, a partir del acta de iniciación (diciembre 29 de 1994), después de dicho período la administración se devolvía al contratante, con las obras y elementos para explotación de la vía pública. En marzo 16 de 1995 FONDATT hizo una solicitud para incluir como participante de la Unión Temporal a la sociedad Tomas Greeg Sons Transportadora de Valores S.A., lo cual fue aceptado por la contratante, a través del otrosí de julio 21 de 1995.

Para llegar a esta decisión el Ministerio consideró las causales de nulidad que tratan los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, contra la prohibición de incurrir en abuso o desviación de poder, fundamentado en el hecho que en el contrato y las normas que sirvieron de base no mencionan el destino final de los dineros recaudados con la obra o concesión del espacio público; además que se desconoció el artículo 82 del Acuerdo Distrital

6 de 1990, al no contar con el concepto favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, el cual avalaba que dichos contratos se ajustaban a las políticas de desarrollo urbano y reglamentaciones urbanísticas. Al consultar a Planeación Distrital señaló que no emitió concepto previo favorable para suscribir dicho contrato de concesión, lo que lleva a la nulidad absoluta del mismo.

Ante esto el FONDATT interpuso recurso de apelación, en donde el Consejo de Estado declaró revocada la decisión del Tribunal Administrativo.

Ateniéndose a que la exigencia del concepto previo fue suplida con el Acuerdo 31 de 1992, donde las zonas en mención quedaron comprendidas en el Plan de Desarrollo Económico y Social de Obras Públicas del Distrito Capital de Bogotá, para el período de 1993 a 1995.

Además, consideró que la nulidad absoluta de un contrato no se puede fundamentar en disposiciones administrativas, considerando que la vía pública seguirá prestando el servicio acorde con la cláusula 13ª del contrato y a cuyo vencimiento retornaría al distrito su administración, junto con las obras y elementos instalados; por lo que no prospera la demanda y decide revocar el fallo del Tribunal (Consejo de Estado, 2012)

Conclusiones

El progreso del país está directamente relacionado con las condiciones de infraestructura vial, si ésta se encuentra en mal estado, o es deficiente o inexistente, los ciudadanos pierden ingresos, porque no pueden acceder a insumos para su producción o comercializar sus productos, lo que afecta en forma significativa la economía general del país. Por lo anterior, el gobierno se ha percatado de la importancia de construir, modernizar y mantener las vías en excelente estado de conservación, por lo que a través de entidades como el INVÍAS, el INCO hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, el Ministerio de Transporte y otras, ha impulsado la figura de la concesión vial para lograrlo.

Se pudo determinar que en Colombia la figura de la concesión vial como tal tuvo su génesis en la necesidad de modernizar la infraestructura del país, a falta de recursos públicos suficientes y la oportunidad para integrar la empresa privada con proyectos del Estado, entre otras, por lo que a partir de la creación del Instituto Nacional de Vías INVÍAS se comenzó con este sistema. A nivel jurídico este tipo de contratos se guía por lo regulado en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Teniendo en cuenta que el contrato de concesión vial es especial porque a la firma del mismo no pueden preverse algunas contingencias o dificultades que puedan presentarse al ejecutarlo, la ley establece las figuras de la adición, prórroga y otrosí, como formas modificatorias del contrato, con el fin de favorecer la terminación de lo contratado y evitar el daño grave o afectación a los usuarios del servicio.

Sin embargo, cuando a la firma de dicho contrato no se cumplan los requisitos exigidos en la ley o se hacen quebrantando alguna norma que lo regula, dicho contrato puede contener vicios de nulidad, es decir, puede ser declarado nulo, en este sentido, la nulidad del contrato nace con la violación de la legalidad, específicamente de la norma dominante que regula la celebración del mismo, y la manera que se tiene para restablecer la legalidad que se violenta, es a través de la eliminación de la situación jurídica irregular llevada a cabo al celebrar el contrato. Al declarar nulo un contrato se busca comprobar judicialmente un vicio grave que afecta la validez de éste, asumiendo que en el momento de su celebración se desconocieron disposiciones de orden público, por lo que se busca devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de presentarse la nulidad.

Al analizar la contratación pública en Colombia, se puede inferir que se ha dado pie para el fraude y la corrupción, en donde se firman contratos sin el lleno de los requisitos, pero con la normatividad vigente no se ha evidenciado un control eficiente por parte del Estado para frenar de alguna forma los brotes de corrupción.

Existen diferentes formas fraudulentas que pueden viciar de nulidad los contratos, como son: contratación con familiares directos, con cónyuge o compañero permanente, a través de testaferros, con familiares de funcionarios de mediano rango u otra entidad municipal o departamental directa, contratación directa con otros funcionarios públicos, entre otros. Estos vicios en los contratos pueden darse en cualquiera de las etapas que se surten: trámite, es la etapa de estudios, necesidad y factibilidad, se consiguen los recursos, elaboran pliegos, invitan a cotizar o concursar proponentes; en la segunda etapa la celebración, se adjudica y firma el contrato, verificando el cumplimiento de todos los requisitos como pólizas y otros; o en la tercera que es la etapa de liquidación, antes de llevar a cabo se verifica que el contratista

ha cumplido lo pactado en condiciones de tiempo, costos establecidos y sobretodo calidad (Cortés & Herrera, 2009).

Bibliografía

- Aguado, V. (4 de Febrero de 2017). *Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos*. Obtenido de Ponencia para el XII Congreso De La Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1815-Ponencia-Segunda-Sesion-Efectos-de-la-Invalidez-Contratos-Publicos-Prof-Aguado-i-Cudola.aspx>
- Alcaldía de Bogotá. (30 de agosto de 2010). *Instructivo para la elaboración de la justificación de modificaciones contractuales*. Obtenido de http://intranetsdis.integracionsocial.gov.co/anexos/documentos/3.2_proc_adminis_adquisiciones/3.%20Instructivo%20para%20Justificacion%20Modificaciones.pdf
- Bohórquez, L., & Camacho, M. A. (2002). *El contrato de concesión*. Obtenido de Pontificia Universidad Javeriana: Derecho Público: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS17.pdf>
- Colombia Compra. (18 de Marzo de 2010). *Características del contrato de concesión pública en la Ley 80 de 1993. Síntesis etapa contractual: Nulidades*. Obtenido de Sentencia CE SIII E 14390: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/7427>
- Colombia, Ley 1150. (2007).
- Colombia, Ley 80. (1993).
- Consejo de Estado. (19 de Mayo de 2010). *Rad. 11001-03-06-00-2010-00005-00 C.P. William Zambrano*.
- Consejo de Estado. (27 de abril de 2012). *Radicación 2500-23-26-000-1996-3323-01 (23649)*. Obtenido de C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Consejo de Estado. (24 de Abril de 2017). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Radicación: 250002326000200602169 01 (41880)*. Obtenido de M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
- Corte Constitucional Sentencia C-300. (2012). *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*.

- Cortés, F. A., & Herrera, C. A. (2009). *Contratación administrativa y corrupción en Colombia. Fallos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de Bogotá: Escuela de Administración Pública -ESAP:
[http://cdim.esap.edu.co/bancomedios/Documentos%20PDF/a6853%20-%20contratacion%20administrativa%20y%20corrupcion%20en%20colombia%20\(pag%20108%20-%20506%20kb\).pdf](http://cdim.esap.edu.co/bancomedios/Documentos%20PDF/a6853%20-%20contratacion%20administrativa%20y%20corrupcion%20en%20colombia%20(pag%20108%20-%20506%20kb).pdf)
- Gaitán Sanabria, J. E. (Noviembre de 2012). *Terminación unilateral del contrato estatal viciado de nulidad absoluta, frente a la caducidad de la acción contractual y/o frente al saneamiento por prescripción extraordinaria*. Obtenido de Bogotá: Universidad Santo Tomás:
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1841/Gaitanjorge2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gaitán, J. E. (Noviembre de 2012). *Terminación unilateral del contrato estatal viciado de nulidad absoluta, frente a la caducidad de la acción contractual y/o frente al saneamiento por prescripción extraordinaria*. Obtenido de Bogotá: Universidad Santo Tomás:
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1841/Gaitanjorge2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- González, A. M., & Alba, C. A. (2006). *Infraestructura vial en Colombia: un análisis económico como aporte al desarrollo de las regiones 1994- 2004*. Obtenido de Bogotá: Universidad de La Salle:
<http://repository.lasalle.edu.co/bitstream/handle/10185/12066/T10.06%20G589in.pdf?sequence=1>
- Gordillo, A. (s.f.). *La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios*. Obtenido de Capítulo XX: https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf
- Londoño, I. (2014). *La nulidad absoluta en los contratos estatales*. Obtenido de Universidad Militar Nueva Granada: Derecho Administrativo:
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12273/LA%20NULIDAD%20ABSOLUTA%20EN%20LOS%20CONTRATOS%20ESTATALES%20PDF.pdf?jsessionid=29D8C81539A1B3AE33D58DA5E6F458AC?sequence=1>
- Muñoz, W. (2002). Concesiones viales en Colombia: historia y desarrollo. *Tecnura 10*. *Imágenes*, 18-26.

- Pérez, L. S. (2017). *La adición en los contratos de concesión de obra pública según el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007. Estudio de caso: otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre INCO y el Concesionario Ruta del Sol S.A.S.* Obtenido de Universidad Católica de Colombia:
<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15063?mode=full>
- Ramírez, A. F. (2015). *Inversión en infraestructura vial y su impacto en el desarrollo económico: Un análisis al caso Colombia (1993 -2014).* Obtenido de Universidad Nacional de Colombia: <http://bdigital.unal.edu.co/51281/1/8163694.2015.pdf>
- Rodríguez Florez, L. A. (2016). *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes, a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta.* Obtenido de
https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/3058/5/38_11767_modelo-rae-institucional%20-ARTICULO%20DE%20INVESTIGACION%20EN%20CONTRATACION%20ESTATAL..pdf
- Vélez, G. (2010). *Sistemas de financiación de la construcción de infraestructura.* Medellín: Universidad EAFIT.