



Atribución-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#). [Advertencia](#).

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

Adaptar — remezclar, transformar y construir a partir del material

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

La nulidad de contratos de infraestructura vial en los que se ha probado la existencia de causa ilícita: Estudio del caso de la Ruta del Sol II.¹

The nullity of road infrastructure contracts in which the existence of an illicit cause has been proven: Case study of the Ruta del Sol II.

Jenny Zambrano Parada
Universidad Católica de Colombia

Resumen

Colombia en los últimos años ha enfrentado una difícil situación por las consecuencias derivadas de hechos de corrupción en la contratación estatal, una prueba de lo anterior, son los sobornos pagados a integrantes de entidades públicas para la adjudicación de contratos. Este artículo hará un estudio puntual de los casos de corrupción presentados en el proyecto vial de la Ruta del sol II. La discusión que se ha abierto al respecto ha dividido las opiniones de la doctrina en Colombia, ya que por un lado se considera que el Estado no está obligado a pagar al contratista por las obras cuando se logre demostrar la causa ilícita dentro del contrato; sin embargo, el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 indica lo contrario, ya que expresó que deben pagarse al contratista el valor actualizado de costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista incluyendo intereses, disposición que se encuentra en discusión, en los casos que puede identificarse la posible existencia de un vicio en los elementos esenciales del contrato, concretamente en la causa lícita.

¹ Artículo de reflexión elaborado por Jenny Zambrano Parada, estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, con materias culminadas, correo electrónico: jzambrano89@ucatolica.edu.co, como Trabajo de Grado para optar al Título de Abogada, bajo la dirección de la Dra. Margarita Cárdenas Poveda, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, 2018.

Palabras clave: Contratación Estatal, Selección Objetiva, Sobornos, Corrupción, Infraestructura Vial, Nulidad, Causa Ilícita.

Abstract

Colombia in recent years has faced a difficult situation due to the consequences of corruption in state contracting, a proof of the above, are the bribes paid to members of public entities for the award of contracts. This article will make a timely study of the corruption cases presented in the road project of the route of the sun II. The discussion that has been opened in this regard has divided the opinions of the doctrine in Colombia, since on the one hand it is considered that the State is not obliged to pay the contractor for the works when it is possible to demonstrate the unlawful cause within the contract; However, Article 20 of Law 1882 of 2018 indicates otherwise, since Article 20 stated that the updated value of costs, investments and expenses executed by the contractor must be paid to the contractor including interest provision that is under discussion. , in the cases that the possible existence of a vice in the essential elements of the contract can be identified, specifically in the legal cause.

Keywords: State Contracting, Objective Selection, Bribery, Corruption, Road Infrastructure, Nullity, Illegal Cause.

Sumario

Introducción. 1. Contratación estatal de infraestructura vial en Colombia. 2. Elementos esenciales del contrato estatal en el ordenamiento jurídico colombiano. 3. De la nulidad absoluta del contrato estatal por causa ilícita: El caso de la Ruta del sol II. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Los procesos de contratación pública representan una actividad esencial para el Estado en el cumplimiento de los fines previstos en la Constitución Política de 1991. En ese sentido las normas en la materia han indicado que todos los procesos de este tipo deben ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; en caso de existir conductas contrarias a dichos principios se deben sancionar de acuerdo con las normas existentes en la materia (Aljure, 2016).

En ese sentido, en los últimos años, se ha evidenciado una serie de irregularidades en materia de contratación pública, como hechos de corrupción y sobornos para garantizar la selección de un contratista, para este fin se hacen pliegos de condiciones a la medida del oferente que se quiere seleccionar y en las evaluaciones de las propuestas se presentan irregularidades, lo que termina generando que el contrato tenga una causa ilícita.

La causa ilícita dentro de un contrato hace referencia concretamente a la adjudicación del contrato debida a hechos contrarios a la moral, las buenas costumbres y el orden público. Los hechos de corrupción como sobornos representan entonces una causa ilícita dentro del contrato, que vicia su celebración (Chaves, 2015). En todo este contexto y debido a la realidad que hoy enfrenta Colombia sobre el pago o no de las obras realizadas dentro de contratos en los cuales se tiene probado la existencia de hechos de corrupción para su adjudicación, es importante realizar un análisis sobre las posiciones en el ordenamiento jurídico interno e internacional.

Así entonces y de acuerdo con los argumentos expuestos anteriormente, este artículo plantea como pregunta de investigación la siguiente ¿Cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad en contratos estatales por causa ilícita, desde la experiencia del contrato de infraestructura vial de la Ruta del Sol II? Lo anterior con el objetivo general de determinar si en todos los casos el Estado puede sustraerse de obligaciones de pago de obra donde se pruebe que el contrato tuvo causa ilícita, y cuales son aquellos valores que se deben reconocer.

El presente artículo de reflexión es desarrollado mediante la aplicación de la metodología doctrinal y jurisprudencial hermenéutica (Agudelo, 2018) a partir de la revisión acerca de la normativa nacional e internacional sobre el pago de contratos adjudicados por maniobras fraudulentas del contratista.

1. Contratación estatal de infraestructura vial en Colombia.

La actividad contractual en Colombia se define como aquella actuación del Estado realizada con el fin de obtener un bien o un servicio, o realizar una obra, de una persona natural o jurídica, este proceso incluye una etapa precontractual, otra contractual que se da durante su ejecución, y una posterior a la ejecución denominada post-contractual que va incluso hasta la garantía de obra.

Estos procesos de contratación se rigen por las normas dispuestas en la Constitución Política de 1991, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispuesto en la Ley 80 de 1993, que es un conjunto de normas disciplinarias y fiscales que permiten el control de la actividad contractual estatal y adicionalmente desarrolla genéricamente las obligaciones del contratante y contratista, que deben estar sujetos a las finalidades dispuestas en el artículo 3 de esta norma, a saber la satisfacción del interés general y la continua prestación del servicio público (Ossa, 2014).

Así mismo, previendo las necesidades que surgen en los procesos contractuales se han expedido diversas normas como la Ley 1150 de 2007 que introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación estatal, esta modifica algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993 como la eliminación de ciertos artículos que determinaban la forma de escogencia en modalidades de selección, de igual manera y parte fundamental respecto de esta ley se introduce el concepto de Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) cuyo fin es contar con una plataforma virtual que permita recopilar, estandarizar e integrar información, además de crear herramientas necesarias mediante las cuales las entidades públicas puedan optimizar los procesos de contratación (Silva, 2019).

Ahora bien, con el fin de realizar un compendio de los decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993, en materia de contratación pública, se expide en el año 2015 el Decreto compilatorio 1082 de 2015, este se profiere en consonancia con la política de gobierno de crear los decretos únicos de los sectores del gobierno en Colombia, esto busca que exista una racionalización de normas y además una simplificación de regulación en torno a temas específicos.

Esbozados los precedentes anteriores, es importante entrar a analizar, ciertos aspectos esenciales del contrato, para comprender los efectos de la declaratoria de nulidad por causa ilícita que es el objeto de estudio del presente artículo.

2. Elementos esenciales del contrato estatal en el ordenamiento jurídico colombiano.

El contrato estatal tal como está concebido en el ordenamiento jurídico colombiano se compone de elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza de este. Frente a los elementos esenciales, es importante señalar que estos deben concurrir para que exista el respectivo negocio jurídico (Bahamón, 2018).

A continuación, se abordarán de manera sucinta los elementos esenciales del contrato estatal, con el fin de dar claridad en los aspectos que serán estudiados en el marco del análisis del contrato de infraestructura vial de la Ruta del Sol II.

2.1 Consentimiento en el contrato estatal:

El consentimiento hace referencia a la voluntad de las partes para suscribir el contrato estatal, para Santaella (2005) este elemento hace referencia a la voluntad efectiva de una persona natural o jurídica para obligarse, dicha voluntad está totalmente libre de error, fuerza o dolo. En ese ámbito este elemento debe ser manifestado por cada una de las partes, respecto de las obligaciones contenidas en el contrato.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (2005) por su parte señala que el consentimiento debe entenderse como “el acuerdo o la coincidencia de dos o más voluntades sobre un mismo objeto y contraprestación” la concurrencia de dichas voluntades entre el estado y un particular genera la existencia indiscutible del contrato. Así mismo, Socarrás (2017) en el caso de los vicios en el consentimiento se consideran como una nulidad relativa, es decir que puede ser saneado, así ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia.

Evaluable el concepto de consentimiento, es importante ahora evaluar el elemento esencial de capacidad.

2.2 Capacidad en el contrato estatal:

La Capacidad se entiende como la competencia que tienen los sujetos para obligarse, en esa medida es importante anotar que tanto la entidad estatal, como el particular deben contar con capacidad para obligarse respecto del objeto contractual. Así entonces, se hace referencia a la capacidad que permite ser sujeto de derechos y ejercer los mismos a la persona natural o jurídica.

Respecto de la capacidad de las entidades estatales, conforme al artículo 2 de la Ley 80 debe presumirse que todas las entidades estatales son capaces de celebrar contratos. Dentro de las entidades se encuentran también todas aquellas en que el Estado tenga una participación superior al 50%, incluso aquellos organismos sin personería jurídica, que, si bien no tienen capacidad de goce, si tienen capacidad de ejercicio (Álvarez, 2012).

Por su parte la capacidad del particular es general y amplia, es decir es de goce y de ejercicio. En esa medida el particular tiene capacidad para obligarse como persona natural, persona jurídica, consorcios y uniones temporales que son agrupaciones de personas que se unen para celebrar y ejecutar un contrato, los requisitos de la conformación de estos se establecerán en los pliegos de condiciones de cada proceso de contratación.

Dicha capacidad también hace referencia a que no existan restricciones en la capacidad, es decir como lo señala Escallón (2014) inhabilidades señaladas por la Ley que le impidan a una de las partes obligarse, es importante respecto de este tema advertir que restricción a la capacidad debe ser expresa, no debe existir ambigüedad, teniendo en cuenta que las inhabilidades son de aplicación restrictiva, las mismas no podrán ser aplicadas por analogía. Hecho el anterior análisis sucinto sobre la capacidad, es momento de evaluar el elemento esencial que hace referencia al objeto del contrato.

2.3 Objeto en el contrato estatal:

El objeto del contrato estatal es un elemento indispensable dentro de este, ya que un vicio en dicho elemento supondrá la nulidad absoluta del contrato. En esa medida, como lo advierte Aponte (2014) el objeto debe ser material y legalmente posible y existirá ilicitud en el objeto cuando recaea sobre un bien que está por fuera del comercio o en los términos del Artículo 1519 del Código Civil cuando contraviene el derecho público de la Nación, de igual manera se considera que existe objeto ilícito cuando por ejemplo la contraprestación pactada se hace con dineros que tenían una destinación específica diferente.

Respecto del objeto del contrato estatal y las formalidades para la modificación del mismo, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

La modificación del objeto contractual también debe constar por escrito para que pueda alcanzar existencia, validez y eficacia, puesto que la modificación de un acuerdo al que legalmente se exige que conste por escrito, debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del acuerdo originario, ha de ser exigida para reconocer existencia, validez y eficacia, al que lo modifica (Consejo de Estado, Expediente 24221 de 2013).

De igual manera, en el marco del objeto contractual se conviene la prestación de dar, hacer o no hacer, y gozará de las características de intangibilidad e inmutabilidad, lo que quiere decir que ninguna de las partes puede mutar el objeto contractual.

En esa medida, como lo señala se debe aclarar que en todo caso cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de uno nuevo, ya que las modificaciones están previstas únicamente para los casos en los cuales se hacen ajustes al valor y y/o el plazo del contrato que se celebró con anterioridad (García, 2010).

En cuanto a la ejecución del objeto se da en igualdad de condiciones, lo que se traduce en que cada una de las partes está obligada a cumplir las prestaciones a las cuales es comprometió y ninguna de ellas está por encima de la otra, no obstante, exista una entidad pública y una privada, no obstante la determinación del objeto es facultad plena de la entidad pública contratante, que como lo señala Amaya (2016) en virtud del principio de planeación, define las condiciones en las que se va a ejecutar el contrato de acuerdo a una identificación de sus necesidades y a un estudio de mercado, elementos que le permiten construir un pliego de condiciones, que son las reglas bajo las cuales se dará la selección del contratista.

Hechas las precisiones anteriores, a continuación, se estudiará la causa como elemento esencial del contrato estatal, a fin de determinar en qué escenarios puede considerarse la existencia de una causa ilícita que genere la nulidad absoluta del contrato celebrado.

2.4 Causa en el contrato estatal:

La causa del contrato hace referencia al motivo por el cual se va a suscribir el contrato, el Código Civil en el artículo 1524 define la causa como “el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (Código Civil colombiano, Artículo 1524), en otras palabras, se refiere a las razones que se tienen para suscribir el contrato.

Para Santofimio (2017) por ejemplo la causa es en concreto la idea o necesidad que impulsó el contrato o promovió la intención de suscribir el contrato, en el caso de la contratación estatal la causa de un contrato está limitada específicamente por los fines del Estado, la prestación de

servicios públicos y la garantía de los derechos de los asociados en general, que son esencia precisamente del Estado Social de Derecho.

Frente a la causa lícita el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

En cuanto a la causa ilícita el artículo 1524 se refiere a ella así: " (...) Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. En este sentido, en materia de contratación estatal está expresamente prohibido suscribir contrato vulnerando los lineamientos constitucionales y legales. Para el caso de la contratación directa, está prohibido de suscribir contrato sin contar con los soportes técnicos y económicos en virtud del principio de la transparencia que debe revestir la función pública. Pero, aun así, la Administración puede entrar a reconocer los pagos de la prestación u obra efectivamente ejecutados, siempre que no se probare conocimiento previo de la ilicitud (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 29911 de 2015).

Ahora bien, para entender con mayor claridad el tema de la causa y su licitud, es menester indicar que cualquier causa que atente contra los principios de la contratación estatal y la función pública se puede considerar como ilícita, por ejemplo, hay ilicitud en la causa cuando se prueba que se está pagando un sobre precio en el contrato, porque se busca es favorecer a un particular que está recibiendo más dinero por parte del Estado, generando un detrimento patrimonial en los recursos de este.

Es pertinente aclarar que un vicio un cualquiera de los elementos esenciales que se han mencionado en el presente acápite genera una nulidad absoluta del contrato, como lo advierte Orrego (2013) que la nulidad del contrato debe ser declarada por la autoridad competente, que en el caso de la contratación estatal de manera general es el juez contencioso administrativo, y de manera excepcional un tribunal de arbitramento cuando se haya fijado una cláusula compromisoria dentro de dicho contrato.

Ahora bien, los efectos de dicha nulidad, y los efectos jurídicos que se generan del mismo se estudiarán a continuación a partir del estudio del caso de la Ruta del Sol II, un contrato de concesión realizado a través de la figura de contrato de asociación público privada en el cual se logró probar el pago de una serie de sobornos por parte del contratista para su adjudicación.

3. De la nulidad absoluta del contrato estatal por causa ilícita: El caso de la Ruta del sol II.

La discusión en materia de obligaciones contractuales que son recíprocas tiene diversas posturas en los casos de los contratos que se adjudicaron mediante hechos de corrupción, ya que en cuanto se predica que estos tienen causa ilícita podría declararse la nulidad de los mismos, e incluso no realizar los pagos de los trabajos ejecutados, no obstante surge la duda de la procedencia de lo anterior, ya que como se estaría vulnerando el equilibrio económico del contrato que como lo indican Gorbaneff y Cabarcas (2009) es el derecho que tienen las partes del contrato de mantener la ecuación económica que se hace al momento de proponer o contratar de mantenerla inalterada durante toda la ejecución del contrato.

Ahora bien, es importante advertir que desde el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 se prevén una serie de causales que generan la nulidad absoluta del contrato, estas son a saber:

ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1o. Se celebren con personas incursoas 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.

Debido a lo anterior, los hechos de corrupción que se adviertan en la adjudicación de un contrato estatal configuran la causa ilícita, teniendo en cuenta que existió una desviación de poder que favoreció a un contratista específico, razones por las cuales se desconocieron principios de selección objetiva, transparencia, entre otros.

En el caso del contrato de concesión del segundo tramo de la Ruta del Sol II, el cual fue adjudicado a una concesión que tenía como participante en su mayor porcentaje a Odebrecht. Concretamente

esta concesión es una figura que se denomina de acuerdo con lo señalado en la Ley 1508 de 2012 como Asociaciones Público-Privadas (en adelante APP), que se definen en dicha norma como un mecanismo que permite vincular capital privado, en un contrato entre una entidad estatal y el contratante que puede ser una persona natural o jurídica (Orellana, 2010). En dicha Ley se fijan los derechos de esos privados a las retribuciones a que haya lugar, y las reglas en general que rigen este contrato.

En estos casos de proyectos de APP, puede haber tanto iniciativa del sector público, como del sector privado, Londoño (2014) señala a esto como una de las diferencias más sustanciales con el contrato de Concesión de infraestructura vial, y advierte que adicionalmente resulta beneficioso para el Estado en la medida que en los mismos no se pacta anticipo debido precisamente a la financiación que realiza el sector privado, ya que la inversión o el aporte estatal únicamente se da en la fase de operación y mantenimiento.

Ahora bien, es claro que Odebrecht ha sido una firma cuestionada por los hechos de corrupción que se identificaron en varios países en los cuales se ofrecían sobornos o coimas para la adjudicación de grandes contratos del Estado, en los procesos judiciales que se desarrollaron se confesó por parte de los integrantes de dicha firma que en el caso de la adjudicación del contrato de concesión del segundo tramo de la Ruta del Sol II se habían pagado dichos sobornos al viceministro de Transporte Gabriel García, en el año 2016 (Morales y Morales, 2019).

Ahora bien, la controversia no termina con la denuncia de los hechos de corrupción, ya que antes de estos fueran de conocimiento público, el concesionario solicitó ante un Tribunal de Arbitramento el pago por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura de unos presuntos sobrecostos, sin embargo, durante el trámite de este se desató el escándalo por los sobornos pagados.

Lo anterior, generó un nuevo escenario dentro de las peticiones del concesionario, dado que se dio la terminación del contrato y por parte del Estado se solicitó la declaratoria de nulidad de este debido a la causa ilícita por los sobornos que se pagaron, esto teniendo en cuenta que el Consejo de Estado ha dejado claro que la misma es procedente siempre y cuando sea declarada por el juez competente (Sandoval, 2015), y también ha advertido que los efectos de la nulidad se surten a partir de la declaratoria de nulidad, en esa medida respecto de los pagos al contratista se debe advertir:

Según el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, se deberá reconocer y pagar las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad. El reconocimiento y pago resulta procedente inclusive en aquellos casos en que la declaratoria de nulidad haya sido ocasionada por objeto o causa ilícita, siempre y cuando se hubiere probado que la entidad estatal contratante hubiere obtenido un beneficio de la contratación, es decir, que las prestaciones cumplidas hubieren logrado la satisfacción del interés público, caso en el cual el monto de las prestaciones a reconocer será igual al beneficio recibido (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 37690 de 2019).

Esta situación, como lo indica Rodríguez (2007) el reconocimiento de dichos pagos se da en la medida de que la entidad contratante obtiene una prestación o beneficio que debe ser pagada en virtud de las restituciones mutuas que se deben hacer en el marco de la declaratoria de nulidad del contrato estatal.

No obstante, con la expedición de la Ley 1882 de 2018 se generó una controversia, debido a que en el artículo 20 que modificó el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 sobre la terminación anticipada de los contratos que se desarrollan bajo la modalidad de APP (Asociación Público-Privada), en el mismo se advierte en el inciso 4 del párrafo 1 lo siguiente:

PARÁGRAFO 1. (...) Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto: (...)

4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto.

Lo anterior, traduce que el Estado debe reconocer los valores actualizados de costos, gastos e inversiones realizadas por quienes financiaron el proyecto, sin importar si el contrato era nulo por causa ilícita, es decir desconociendo los hechos de corrupción que se presentan en el mismo, lo que generó nuevamente un escenario de incertidumbre, debido a que se dispuso en la misma ley que se daría una aplicación retroactiva a la misma indicando que “Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura

de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012” (Artículo 20, Ley 1882 de 2018).

Sin embargo, luego de un profundo estudio del artículo se advirtió que la Corte Constitucional decide declararlo inexecutable, por considerar que únicamente a los terceros de buena fe, es decir los financiadores o inversionistas que demuestren que desconocían los hechos de corrupción:

La Corte Constitucional consideró que, dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, sus miembros o los terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones (Corte Constitucional, Sentencia C-207 de 2019).

En el marco de lo anterior, se entiende que únicamente habrá restitución a terceros cuando se compruebe que los mismos actuaron de buena fe en el marco del contrato estatal, y por esta razón no pueden ver perjudicado su patrimonio económico, si realizaron la inversión o financiación desconociendo los hechos de corrupción que motivaron la declaración de nulidad por causa ilícita.

Sin embargo, esta teoría realmente hace dudar si puede existir desconocimiento frente a hechos de corrupción presentados para la adjudicación de un contrato de concesión o una APP, y si realmente puede considerarse en estas situaciones la existencia de terceros de buena fé.

3.1 La situación de los terceros en el caso de la nulidad del contrato de la Ruta del sol II: Laudo arbitral y revisión del Consejo de Estado colombiano:

En primer lugar, en el laudo arbitral proferido se hace mención a que teniendo en cuenta la declaración de la nulidad del contrato por causa ilícita y en consecuencia las restituciones que deben generarse a partir de lo dispuesto en los artículos 1746 del C. C. C. y 48 de la Ley 80 de (Benavides, 2020) , que se refiere en todo caso a los pagos de aquellas prestaciones ejecutadas hasta el momento en el cual se haya declarado la nulidad, y que se identifique que existe un beneficio para la entidad estatal, en el laudo arbitral se procede a reconocer aquella restitución y pago únicamente de las prestaciones que hayan beneficiado al interés público.

En este orden de ideas se desestima el pago de los perjuicios que solicito el concesionario basado en las presuntas omisiones en las que incurrió la entidad estatal frente a la ejecución del contrato, ello teniendo que al haberse declarado la declaratoria de nulidad absoluta, no puede hablarse de algún tipo de incumplimiento en el marco de la ejecución de este.

Ahora bien, el Tribunal de Arbitramento frente a la restitución y los pagos a terceros advierte en su laudo que de acuerdo a lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019:

Por lo tanto, el reconocimiento de las restituciones a que haya lugar no es un simple pago al contratista, sino que la autoridad competente de la declaratoria de nulidad del contrato debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las obligaciones con los acreedores de buena fe, incluyendo la protección del ahorro captado del público. Solo si luego de pagar todas las deudas del proyecto frente a los acreedores de buena fe quedan recursos disponibles, procede la apropiación de estas a título de restitución del capital invertido por el contratista o socio que haga parte de la persona contratista, que haya actuado sin dolo, mala fe o conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad.

En virtud de lo anterior, en el fallo del laudo se debe analizar el pasivo que a la fecha presenta el contratista para definir la destinación de los recursos que serán restituidos y garantizar en consecuencia que sean pagadas las sumas adeudadas por el contratista a los terceros de buena fé. Por ello, el Tribunal indica que deben pagarse las deudas en primer lugar de obligaciones laborales, en segundo lugar, de aquellas referentes a deudas fiscales o impuestos, en tercer lugar, se deberán pagar aquellas sumas que se adeudan a los proveedores de la concesión y por ultimo las obligaciones financieras que se tienen con los bancos.

Por otra parte, el Consejo de Estado en su fallo sobre el recurso de anulación del laudo arbitral anteriormente mencionado, presentado por la concesionaria Ruta del Sol II, que declara este ajustado a derecho, hace una serie de precisiones frente a las restituciones a los terceros de buena fé que deben generarse en este caso específico.

En ese sentido, señala que los terceros encausan su solicitud de anulación del fallo del Tribunal de Arbitramento en la caducidad de la acción, situación que en ningún momento se planteó en los argumentos discutidos en el marco del proceso arbitral. Frente a lo cual, la gran conclusión que realiza el máximo tribunal contencioso administrativo advierte lo siguiente:

(...) la Sala considera que no hay lugar a declarar la nulidad del Laudo Arbitral impugnado con fundamento en la causal de caducidad de la acción, toda vez que la decisión tomada en él no obedeció únicamente a la pretensión elevada por la demandante en reconvención o a la petición del Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, sino que se produjo como resultado del ejercicio de una facultad oficiosa radicada en cabeza del Tribunal de Arbitramento que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, no desapareció porque hubiera mediado una pretensión en ese sentido.

Con lo anterior, se desvirtúa el argumento del concesionario que buscaba que se declarara que existía caducidad de la acción de acción para la demanda de reconvención que presento la ANI en la cual en su momento solicito la nulidad del contrato, ello al advertir que esta situación puede ser declarada de manera oficiosa por el Juez, sin que tenga que existir una petición sobre el tema.

Ahora bien, frente al argumento que se esboza sobre la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre las relaciones con los terceros de buena fé, señala el Consejo de Estado que en ningún momento las disposiciones o el orden que se fijó para el pago de las acreencias respecto de las restituciones que se ordenaron a favor de la concesionario “no se traduce en un pronunciamiento respecto de las obligaciones que este contratista tuviera con terceros de buena fe, puesto que esas relaciones negociales no fueron materia del arbitramento”, aclara esta corporación que se determinó únicamente una serie de valores o montos de los gastos en los cuales pudo incurrir la concesionaria y de las cuales procederá su reconocimiento, de los cuales deberá garantizarse que se hagan las erogaciones correspondientes a los terceros de buena fé.

4. Consecuencias de la nulidad por causa ilícita declarada en los contratos de APP para la contratación estatal en Colombia.

En el marco de declaración de nulidad absoluta que se produjo frente al contrato de Concesión de la Ruta del sol II, es importante indicar que se producen en el marco de este, diversas situaciones jurídicas relevantes.

La primera de ellas es la consideración precisamente acerca de que los sobornos o las coimas como se conocen comúnmente dentro de un contrato pueden generar que exista una causa ilícita y en consecuencia se declare la nulidad absoluta del contrato, esto en los casos de los contratos de APP tiene una connotación relevante, ya que la naturaleza de este tipo de contratos genera que exista un alto porcentaje de participación de terceros, que financian, ejecutan parte del proyecto, son proveedores del concesionario, entre otros.

En ese sentido, y al considerar que los terceros no tienen de manera general una participación activa en los procesos precontractuales y por lo tanto no podrían tener conocimiento de primera mano de las irregularidades que se lleguen a presentar, y en consecuencia no pueden estar seguros totalmente de la transparencia que rodea la adjudicación del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, es claro los terceros tienen una posición clara de desventaja que puede llevarlos a corto plazo a disminuir los montos de inversión en APP, ello teniendo en cuenta que existe un riesgo notorio de perder parte del dinero invertido, ya que si bien se garantiza que las restituciones que se realicen al concesionario se destinen en un porcentaje del 100% a los terceros de buena fé, ello no constituye una garantía de la recuperación total de la inversión, ya que si bien en su momento el legislador previo ello mediante el literal (ii) del parágrafo 1° de la Ley 1882 de 2018 que señala:

(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, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno Nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

Inciso declarado exequible por la Corte Constitucional que entiende que este tipo de pagos está dirigido únicamente a aquellos terceros que actuaron de buena fe, y ello busca proteger el patrimonio público de quienes en el marco de lo anterior decidieron financiar o intervenir de algún modo en una APP.

No obstante, el verse sometido a un proceso judicial primero en el cual deba acreditar el tercero que actuó de buena fé y aún más que debe esperar un término como el dispuesto en el inciso anterior para recuperar un monto de dinero considerable supone un riesgo alto que puede frenar la inversión de terceros en las APP y en consecuencia frenar en cierta medida el desarrollo de infraestructura en el país.

Conclusiones

Lo analizado en el presente escrito nos lleva a identificar en primer lugar que siempre que exista un vicio en la capacidad del contratista o que se configura un objeto o causa ilícita dentro de la celebración de un contrato estatal, procederá la declaratoria de nulidad de este, teniendo en cuenta que ninguno de estos aspectos es susceptible de saneamiento.

En el caso de la causa ilícita que es el tema de estudio, es claro que cualquier afectación que se configure en este elemento desvirtúa los principios de la función administrativa y de la contratación ya que deja de lado la selección objetiva por la obtención de unos beneficios para miembros de la administración pública, como en el caso de la Ruta del sol II el viceministro de transporte que contrario a todos los preceptos de moralidad administrativa orienta un contrato por el pago de un soborno.

Sin duda, el caso de Odebrecht no solo en Colombia, sino en América Latina en general, ha dejado al descubierto redes transnacionales de corrupción que corrompen el aparato estatal en todos sus niveles y desfiguran la esencia de la contratación, por ello en Colombia se piden drásticas sanciones para los funcionarios que incurran en este tipo de conductas, porque los hechos de corrupción le dejan al país atrasos en las obras, elefantes blancos inconclusos en materia de obra pública, detrimentos patrimoniales por sobre costos, e infinidad de afectaciones para los habitantes del país.

Es absolutamente necesario fortalecer el principio de moralidad administrativa en la función pública, entendiendo la misma como un principio de la función administrativa que hace referencia a la identificación del interés general en todas las actuaciones realizadas por la administración, cuya aplicación deriva en el desarrollo de un buen gobierno que se caracteriza por ser óptimo, abierto, y por desarrollar mecanismos de transparencia y participación para los ciudadanos.

Y es que cuando hay hechos de corrupción de por medio es imprescindible que existan sanciones efectivas respecto de los contratantes que incurrieron en el hecho, sin embargo, en este caso concreto existieron diversos hechos que hacen pensar que realmente hubieron esfuerzos por favorecer a un contratista que pago coimas y sobornos para que se le adjudicara un contrato, y adicionalmente demandó al Estado en diversos tribunales de arbitramento desconociendo su obrar por fuera de la Ley en el país.

Ahora bien, es importante que la Corte Constitucional haya zanjado la controversia suscitada por la expedición de un artículo por parte del legislador, que está notoriamente dirigido a favorecer un caso específico, y adicionalmente le concede una retroactividad que no encuentra justificación en las normas constitucionales y legales que rigen la contratación pública.

Dejando claro que en ningún caso hay lugar a pagos a terceros que estén involucrados en el pago de sobornos, solo habrá devoluciones a aquellos terceros de buena fé que puedan demostrar que actuaron en ese marco, en ese sentido, se puede observar que tanto en el laudo arbitral como en el fallo del recurso de anulación del Consejo de Estado se garantiza que de las restituciones que se reconocen a favor del concesionario, se hagan los pagos respectivos a los terceros de buena fé, incluso no siendo suficiente la suma que se tiene para ello, se da aplicación a lo dispuesto en la Ley 1882 de 2018 que señala que el 100% de las restituciones debe ser destinado a cubrir las acreencias con los terceros de buena fé, con lo cual se garantiza que exista una restitución a aquellos inversionistas que actuaron en este caso sin conocimiento de la causa ilícita que generó la nulidad del contrato.

Referencias

Agudelo, Ó. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña y J. C. Jiménez-Triana. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (pp. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Aljure, A. P. (2016). Normatividad y jurisprudencia sobre el principio de transparencia en la contratación pública. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14281>

Amaya, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. Revista VIA IURIS, (20),105-119. ISSN: 1909-5759. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2739/273949068006>

Aponte, I. (2014). Fallas de Planeacion y Su Incidencia en el Contrato Estatal de Obra, Las. Rev. Digital de Derecho Admin., 11, 177. Recuperado de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rdigdad11ydiv=10yid=y&page=>

Álvarez, A. (2012). La capacidad jurídica de consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal. Verba Iuris, (27), 105-124. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2219>

Bahamón, M. L. (2018). Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

Benavides, J.L. (2020). Identificación de las nulidades en los contratos estatales en Colombia. Revista Digital de Derecho Administrativo. 25 (nov. 2020), 55-107. DOI:<https://doi.org/10.18601/21452946.n25.03>.

Chaves, J. E. (2015). El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales. Universitas, 64(130), 91-134. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/13666>

Escallón, D. (2014). Reacción del Estado colombiano frente al carrusel de la contratación en Bogotá: ¿eficacia o discurso? *Derecho Público*, (32), 12-26. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4760175>

García, M. P. (2010). La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos. *Anuario de Derecho Civil*, 63(4), 1621-1642.

Gorbaneff, Y., y Cabarcas, G. (2009). Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho*, (31), 67-91. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000100003

Londoño, M. (2014). Asociaciones público-privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico, conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012. *Derecho Público*, (33), 28. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6371857>

Morales, S., y Morales, O. (2019). De Sobornos a corrupción internacional: el caso Odebrecht. *Emerald Emerging Markets Case Studies*. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/337755928_De_Sobornos_a_corrupcion_internacional_el_caso_Odebrecht

Orellana, J. R. (2010). Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica. *Foro, Revista de Derecho*, (13), 97-108.

Ossa, C. E. (2014). Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano. *Revista de Derecho*, (42). Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/851/85132008010/>

Orrego, G. (2013). La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal. *Summa Iuris (histórico)*, 1(1), 35-56. doi:<https://doi.org/10.21501/23394536.615>

Rodríguez, M. F. (2007). *La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa*. Editorial Universidad del Rosario.

Sandoval, V. A. (2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. *Derecho Público*, (35), 14. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5589625>

Santaella, H. (2011). La forma del contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre el perfeccionamiento de los contratos del Estado. *Revista de Derecho Fiscal*, (3). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2701>

Santofimio Gamboa, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. 1st ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Silva, J. F. (2019). *Contratación estatal. Del principio de planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

Socarrás, R. E. (2017). Aplicabilidad de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos. *Nueva Época*, (48), 203-224.

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana. (2019). Sentencia C-207 de mayo 16. M.P Cristina Pardo Schlesinger.

Consejo de Estado colombiano, Sala de lo contencioso administrativo (2013). Sentencia Expediente 24221 de mayo 3. C.P Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado colombiano, Sala de lo contencioso administrativo (2015). Sentencia Expediente 29911 de junio 4. C.P Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado colombiano, Sala de lo contencioso administrativo (2019). Sentencia Expediente 37690 de mayo 14. C.P Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado colombiano. (2020). Sala de lo contencioso administrativo. (2020). Sentencia 65136 de septiembre 10. Consejera ponente: María Adriana Marín

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (2005). Sentencia TAD-CUN-SIII-2335-2005. M.P Ramiro Pazos Guerrero.