

FALLAS EN LA GESTIÓN PÚBLICA CONTRACTUAL: LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN Y LA INCOMPLETUD DE LOS CONTRATOS ESTATALES

Parte 2

Dilam Andrés Gámez Quijada

Revista Polémica

ISSN 0120-5129 • e-ISSN: 2500-5081

N° 28 • julio-diciembre del 2024

Escuela Superior de Administración Pública

FALLAS EN LA GESTIÓN PÚBLICA CONTRACTUAL: LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN Y LA INCOMPLETUD DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Parte 2

Dilam Andrés Gámez Quijada

Capítulo III. El contrato estatal en Colombia –aspectos relevantes–

La gestión contractual pública resume, convoca y sintetiza los más importantes principios de la actividad del Estado, los dinamiza y los pone en práctica mediante su cumplimiento y el de las reglas que de ellos se derivan. El cuerpo normativo cuya expedición corresponde al Legislativo contiene las reglas y principios que rigen la actividad contractual del Estado, es decir, la Ley 80 de 1993.

La causa del contrato estatal, o sea el motivo que da lugar a su celebración, es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

Como ciertamente lo anota Cassagne:

“el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo ... La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional, es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil ...” (Cassagne, 1999, pág. 15)

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 29 de agosto de 2012, rad. 05001232600019940231801 (20615).

De este modo, la contratación de la administración pública está influida por el fin que ella involucra, es decir, el interés público. Este determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares realizan la labor encomendada a través del contrato y, de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Los contratistas, entonces, se entienden como cocontratantes de la administración, como lo expresó Marienhoff:

“La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos fines; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una substitución del Estado por el Administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino de una mera colaboración del Administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones” (Marienhoff, 1983, pág. 58).

Los contratistas persiguen un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar, y que se traduce en el derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. De ahí que, al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones: por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor. De suerte que, con el vínculo, se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución.

1. De las potestades con que cuenta la Administración –diferentes al derecho privado–

extinguir entre tal, entendido como negocio jurídico de la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado, es un acto bilateral en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o como acuerdo entre ellas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica (artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio), si bien como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, o sea, el contrato es ley para las partes (art. 1602 de C.C.), se encuentra también cimentado en el principio de mutabilidad, según el cual el contrato de la Administración puede sufrir cambios dadas la exigencias del orden público y de interés general. Además, está sujeto al ejercicio del poder de dirección,

control y vigilancia de la Administración para su cabal cumplimiento, en el entendido de que el contratista es un colaborador suyo, en el logro del cometido estatal que se busca con la contratación (Garrido Falla, Palomar Olmeda, & Losada González, 2005).

Así, en tanto los contratos son celebrados por las entidades públicas para cumplir los fines estatales (art. 2 C.P.), se justifica que tengan una gama variada de prerrogativas de control, dirección y coerción para su consecución, toda vez que a ellas no le es permitido desligarse de la forma cómo los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato.

De ahí que, la Administración, como parte del negocio jurídico estatal, se encuentra en una especial posición de mando (*imperium*) en el contrato, que se caracteriza por el reconocimiento de poderes exorbitantes para controlar y dirigir el contrato, interpretarlo, modificarlo (*ius variandi*), terminarlo o caducarlo unilateralmente con sujeción a la ley, mediante la expedición de actos administrativos que vinculan jurídicamente a su concordante, prerrogativas consagradas para la tutela del interés público ínsito en los contratos celebrados por ella. Así, entonces, cuando una de las partes contratantes es la Administración, se imponen de suyo ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al cocontratante (Dromi, 2002, pág. 50).

Lejos de entrar en la vetusta discusión de si estos poderes exorbitantes son criterio determinante del contrato estatal, una de las manifestaciones -quizás la más importante- en las cuales se materializan es a través de las llamadas cláusulas excepcionales al derecho común, mecanismos que permiten a las entidades estatales prevalecer el interés general en orden al cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación pública, asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo y el desarrollo de la función pública confiada a las mismas.

¹ “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Al decir de Vedel: “... las cláusulas exorbitantes son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles y comerciales ...”, cláusulas que, por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de derecho privado y que, aun cuando no serían necesariamente ilícitas, no suelen encontrarse en dichos tipos de contratos en beneficio de una de las partes contratantes, además de que pueden figurar

explícitamente en el contrato, pero existirán aunque no hubiesen sido estipuladas (Vedel, 1980, pág. 191).

Marienhoff (1983, pág. 84) explica que estas prerrogativas de poder derivan su existencia del hecho de que el Estado no puede prescindir de su carácter de poder público, aún en las relaciones contractuales y si “no impone como poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que dejan a salvo ese poder”, de suerte que surgen a su favor, de acuerdo con el objeto del contrato, cláusulas exorbitantes virtuales o implícitas dentro del mismo autorizadas por ministerio de la ley.

La verdadera razón de estas potestades de la Administración consiste en que a través de ellas se asegura el cumplimiento de la función pública y se garantiza la continuidad de los servicios públicos, tal y como acertadamente lo señalan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, así:

“a) La prerrogativa del poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de cumplimiento inmediato con la carga de impugnación en el contencioso – administrativa si está disconforme con la legalidad. En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: (...) la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, (...), la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (...).

“(...) este formidable poder no resulta del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos (...)

Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los ‘servicios públicos’, cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serán ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De nuevo también es en el tráfico en masa el que a fortiori da más relieve a estas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica...” (García de Enterría & Fernández, 2004, págs. 696 - 697).

Más que estipulaciones que nacen del contrato, constituyen un verdadero régimen jurídico de exorbitancia a favor de la Administración, integrado, por una parte, de potestades y, por otra, de cláusulas exorbitantes otorgadas por la ley, con el fin de garantizar la prevalencia y protección del interés público frente a cualquier interés particular; y, ante cuya ausencia de pacto expreso, incluso, no se les resta su existencia y aplicabilidad, siendo excepcionales al derecho común, por cuanto no son de uso frecuente, habitual u ordinario en los contratos regidos por el derecho privado. En estos, las partes se encuentran en una situación de igualdad y condiciones similares que impiden que una tenga mayores poderes jurídicos que la otra, para la satisfacción de los intereses particulares que animan su relación negocial; contrario sensu, en el contrato estatal, y en especial el instituto de las potestades exorbitantes, parten de la desigualdad jurídica de los sujetos del contrato por la finalidad específica del mismo.

En otros términos, los poderes exorbitantes son facultades regladas que emanan del poder público y se originan en la ley, con fundamento en las cuales la Administración puede dirigir, controlar, interpretar, modificar, terminar, sancionar y caducar, en forma unilateral, el contrato, los cuales deben ejercerse mediante actos administrativos motivados, de conformidad con un procedimiento establecido y dentro de ciertos límites fijados por el orden jurídico.

En este sentido, los poderes excepcionales al derecho común únicamente pueden ser ejercidos en los eventos y con las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad [los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley, conforme a lo dispuesto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política].

2. Obligación de adelantar licitación pública

Un negocio jurídico es válido cuando se ajusta al ordenamiento y observa en su formación los requisitos previstos en la ley. En vigencia de la Ley 80 de 1993 –normativa actual–, las modalidades de selección de contratistas se circunscriben a: i) licitación pública, ii) concurso público –hoy concurso de méritos– y iii) contratación directa. La Ley 1150 de 2007 adicionó la selección abreviada, prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio pueden adelantarse procesos

simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. Asimismo, las Leyes 1450 y 1474 de 2011 agregaron una última modalidad de selección, “contratación de mínima cuantía”, para los eventos en que la contratación no “exceda el 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto”.

La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que la misma ley señala para las modalidades de concurso público y contratación directa, en atención a la cuantía y naturaleza del objeto a contratar.

De esta forma, la licitación pública es la regla general y la contratación directa es la excepción a dicha regla. Así lo señala expresamente el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “... la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos”, salvo en los casos indicados en la misma norma para contratar directamente.

La contratación directa es una modalidad de selección de carácter excepcional, en virtud de la cual las entidades públicas, en los casos expresamente señalados en la ley, pueden celebrar contratos sin necesidad de adelantar licitación o concurso, para la adquisición de bienes o servicios que, por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para los demás procesos, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública.

Significa, entonces, que las modalidades de selección de contratistas no pueden ser utilizadas por la administración a su arbitrio, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para quienes participen en el proceso, con miras a garantizar que la oferta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.

3. La planeación

En materia contractual, las entidades públicas están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del

respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, entre otros [cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.]; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar .

Capítulo IV. Enfoque metodológico

Esta investigación es de tipo cualitativo, pues parte de un estudio descriptivo en la medida en que pretende detallar las causas por las cuales falla el Estado al momento de desarrollar su actividad contractual. También es de corte interpretativo – explicativo, pues pretende analizar dichas fallas –así como sus causas– dentro de la gestión pública contractual, con el fin de relacionarlas y establecer cómo y en qué etapa se manifiestan. Lo anterior, con el fin de evaluar la incompletud de los contratos estatales y sus elevados costos de transacción.

Con el fin de responder a la pregunta de esta investigación, se utilizaron dos esquemas metodológicos complementarios: el primero se basó en un método comparativo de la información recopilada, el cual sirvió para codificar y analizar de manera simultánea la jurisprudencia emanada principalmente del Consejo de Estado, la cual fue consignada en una matriz de estudio cuyo diseño permitió detectar las principales falencias que se presentan en la gestión pública contractual a la hora de adjudicar, ejecutar o liquidar los contratos estatales.

El segundo esquema metodológico consistió en el análisis estadístico. En este escenario se realizó una confrontación teórico – práctica, que permitió establecer las fallas más recurrentes y sus causas, lo que permitió analizar la incompletitud de los contratos estatales, principalmente, el contrato de obra, así como sus costos de transacción.

Los datos elaborados en la investigación permitieron apreciar los diversos problemas de la gestión pública de los contratos, ya sea en su etapa precontractual, de ejecución o postcontractual, así como también permitió establecer cuál contrato presenta más inconvenientes a la hora de su celebración.

Se hizo necesaria la elaboración de una matriz en la cual se pudo filtrar la información más importante y pertinente. En esta matriz se hizo una identificación de cada una de las sentencias que hacen parte de la muestra, las cuales pueden corroborarse en tiempo real. Por su extensión, no se pudo anexar en este documento; sin embargo, se puede consultar de manera pública en el siguiente enlace:

https://drive.google.com/file/d/1gBkxGuoX2mjeXkNMq_9_AKUvfqBMG11j/view?usp=sharing.

Adicionalmente, se elaboró un esquema en el que se concretaron las fallas contractuales y sus posibles causas, lo que permitió filtrar de manera más ordenada y clara dicha relación, teniendo en cuenta el objeto del presente trabajo investigativo. Se puede consultar en línea en:

https://drive.google.com/file/d/1c7Ar6cllSx_s2ZUbnwoY9-gl8TPeOWsY/view?usp=sharing.

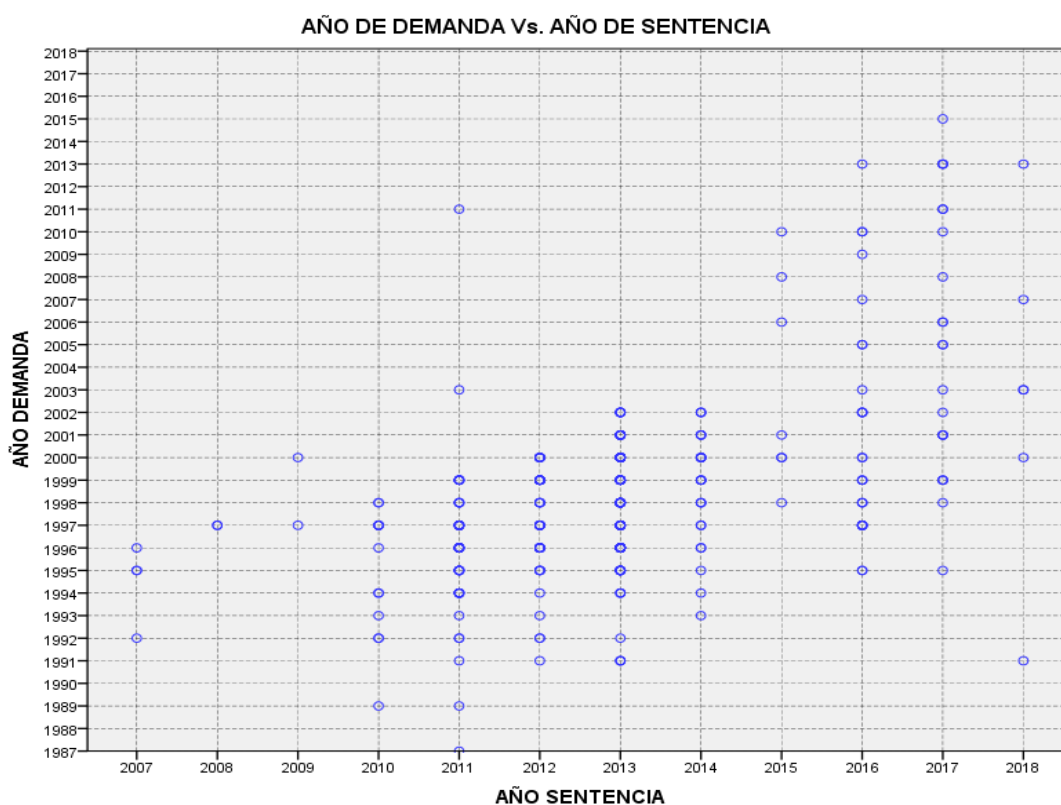
Capítulo V. Resultados

Se utilizó el software estadístico SPSS, que ofrece técnicas de recolección de datos y analítica predictiva, así como también brinda varias técnicas que facilitan la gestión de los datos, la selección y la ejecución de análisis y el intercambio de resultados (Visauta Vinacua, 1997). Es un sistema amplio y flexible de análisis estadístico y de gestión de información –análisis log-lineal (López Roldán, 2015, pág. 6)– con el cual se graficó el análisis descriptivo.

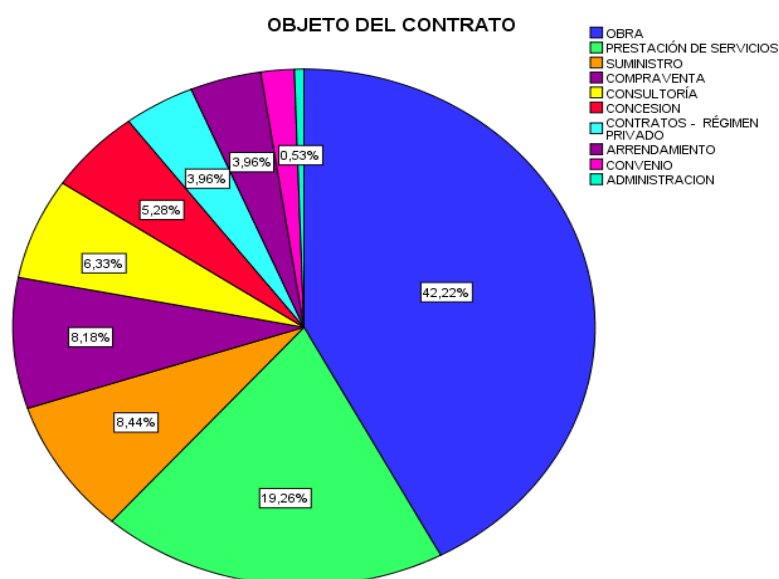
Con la matriz elaborada se realizó un análisis gráfico-descriptivo con enfoque cualitativo. Se tomó una muestra a conveniencia –de un universo de 541 sentencias– de los fallos condenatorios (379 casos), dado que no hay un marco muestral de las sentencias. Fue necesario tomar una muestra no probabilística, con el fin de poder analizar los datos que son necesarios para cumplir el objetivo de esta investigación. La base de datos –universo de sentencias– se puede consultar en:

<https://drive.google.com/drive/folders/1Gp-dhCiwLl4IycKtbKTcQV1pptwZC2wW?usp=sharing>.

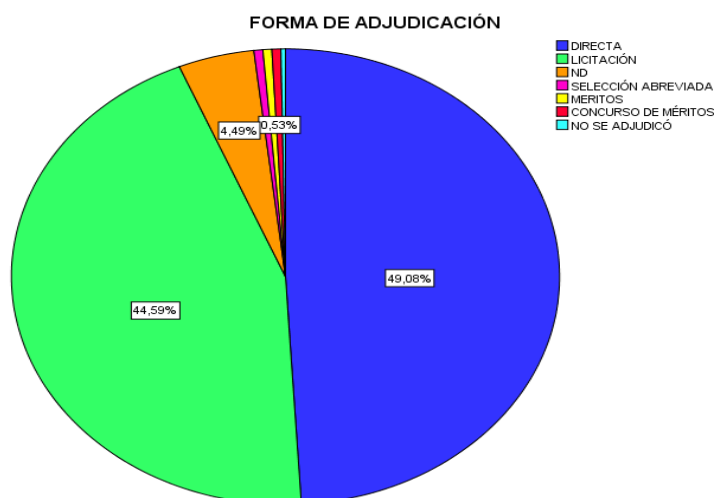
En primer lugar, se realizó un gráfico de dispersión en el que se compararon el año de la demanda y el año de la sentencia. Hubo sentencias que se dictaron mucho tiempo después de la fecha en que se presentó la demanda. La sentencia con más demora fue proferida en 2018, cuando la demanda se había interpuesto en 1991. La sentencia más rápida ocurrió en 2018, tras la demanda en 2015.



Gráfica 2. Objeto del contrato

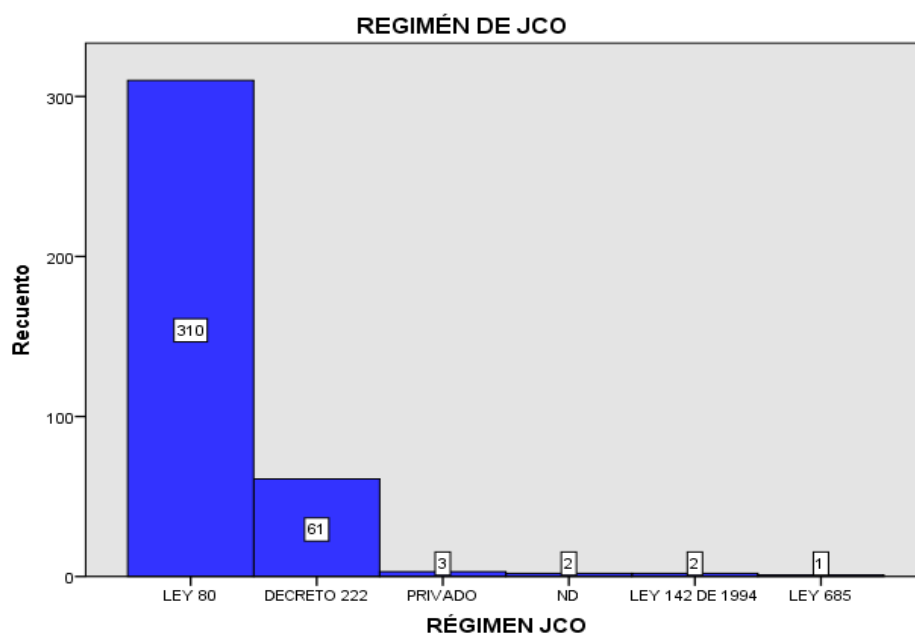


En esta gráfica observamos que el 42.2% de los contratos fueron de obra, seguidos de los contratos por prestación de servicios con un 19,3%. Más del 60% de los contratos se concentra en estos dos tipos. Cerca del 16% de los contratos son contratos de administración, convenio, arrendamiento y contratos de régimen privado en conjunto.



Gráfica 3. Forma de adjudicación de los contratos.

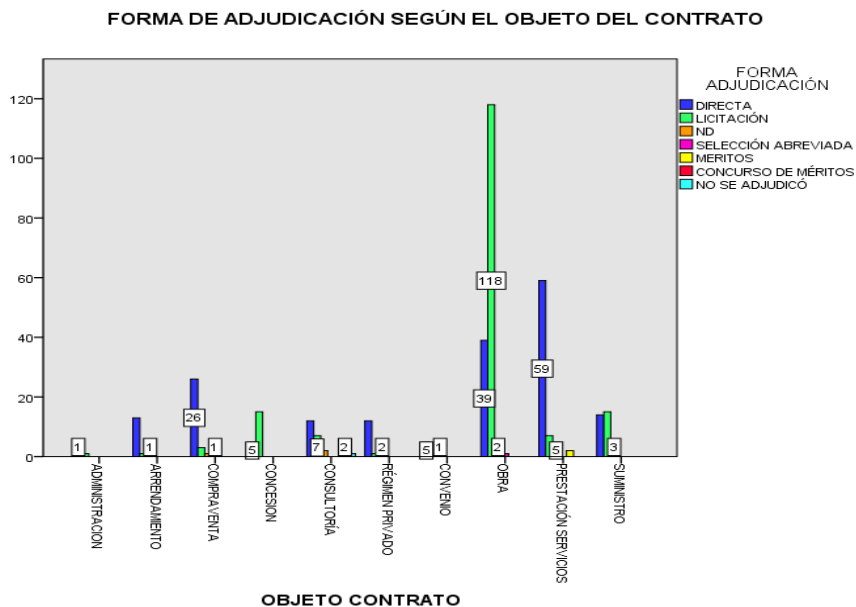
Cerca del 50% de los contratos fueron adjudicados de manera directa, mientras que el 44% de los contratos pasaron por un proceso de licitación. Solo el 1.6% de los contratos fueron dados por selección abreviada o por méritos, mientras que el 0.3% no se adjudicó.



Gráfica 4. Régimen del JCO

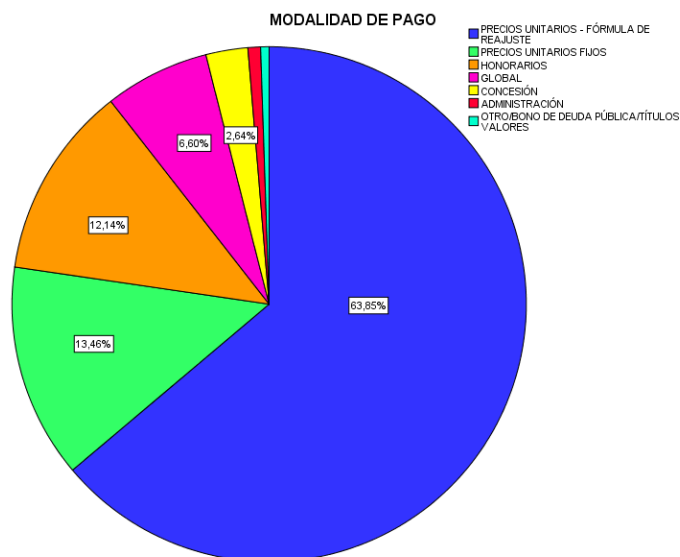
Un total de 310 casos (81.8%) fueron contratados bajo la Ley 80, seguidos por contratos llevados bajo el Decreto 222, con el 16%. La Ley 80 es la norma más frecuente y la que describe mejor los contratos de esas sentencias.

Gráfica 5. Objeto de los contratos clasificados por la forma de adjudicación.

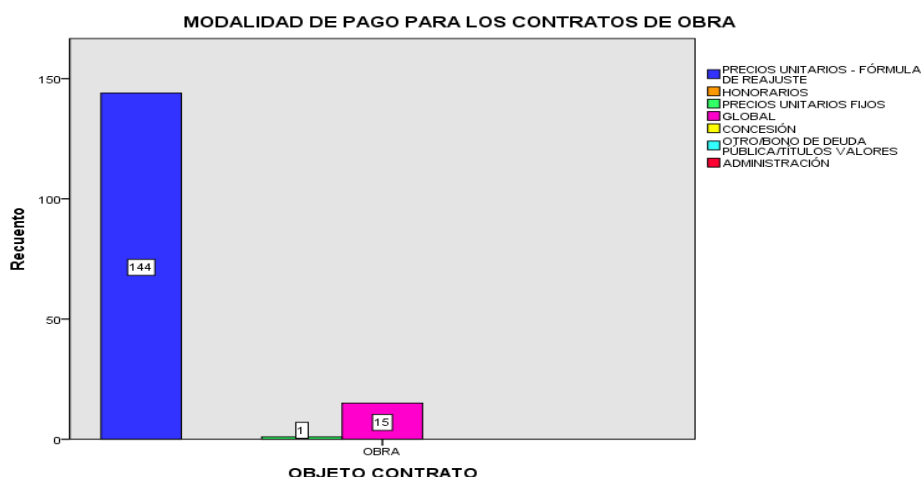


Los contratos de obra, en su mayoría, se adjudicaron por licitación, con 118 casos reportados (73.3% de los contratos de obra y 31.3% de los contratos en general). Los contratos que tienen mayor número de adjudicaciones de forma directa son los contratos por prestación de servicios, con 59 casos reportados (15.6%).

Gráfica 6. Modalidad de pago de los contratos.



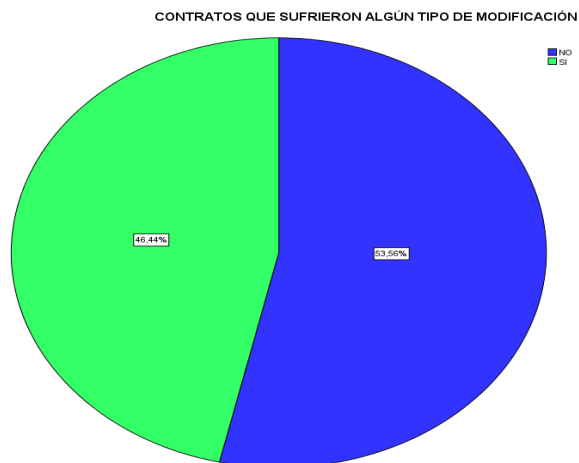
En general, todos los tipos de contratos son pagados principalmente (63.9%) por precios unitarios con fórmula de reajuste. La siguiente modalidad de pago más frecuente es de precios unitarios fijos (13.5%). La diferencia entre ellos es significativa.



Gráfica 7. Modalidad de pago para los contratos de obra.

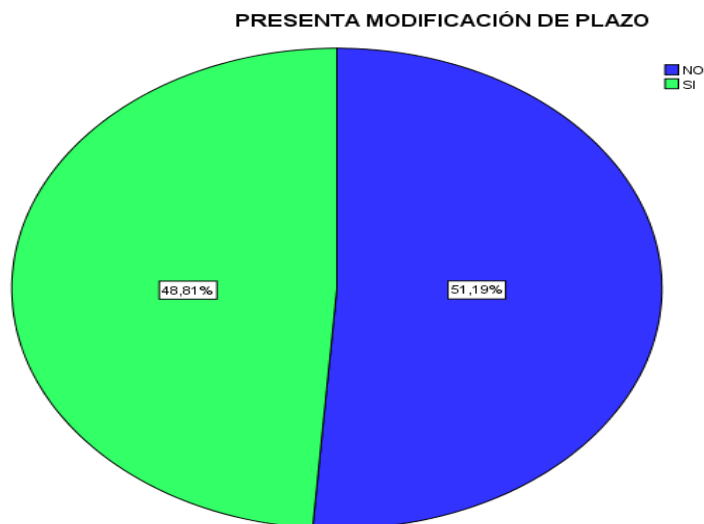
En los contratos de obra, la modalidad de pago más frecuente es la de precios unitarios con fórmula de reajuste, con 144 casos reportados (38.2% de los contratos). No se presentan pagos en los contratos de obra bajo las modalidades de administración, concesión, honorarios, bono de deuda pública ni títulos valores.

Gráfica 8. Contratos que sufrieron algún tipo de modificación

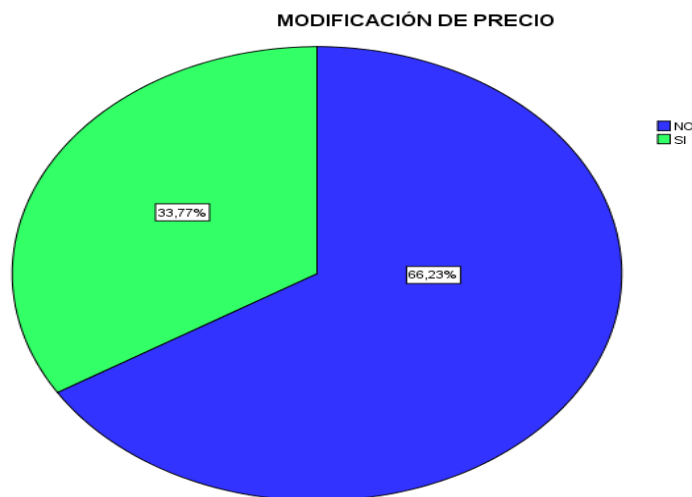


El 53.6% de los contratos no sufrieron modificaciones en precio o en plazo, y el 46% de los contratos presentaron modificación de algún tipo.

Gráfica 9. Modificación del plazo

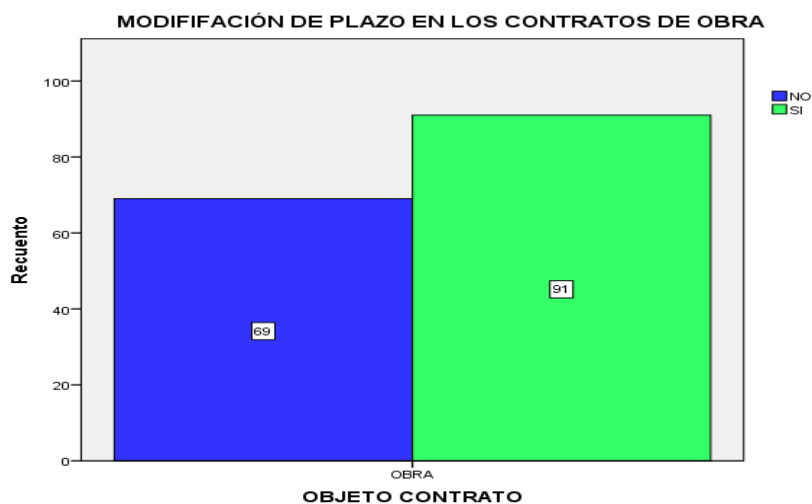


Del total de los contratos en general, el 48,8% presentaron algún tipo de modificación en el plazo y un 51,2% no se modificó. Son datos muy cercanos.



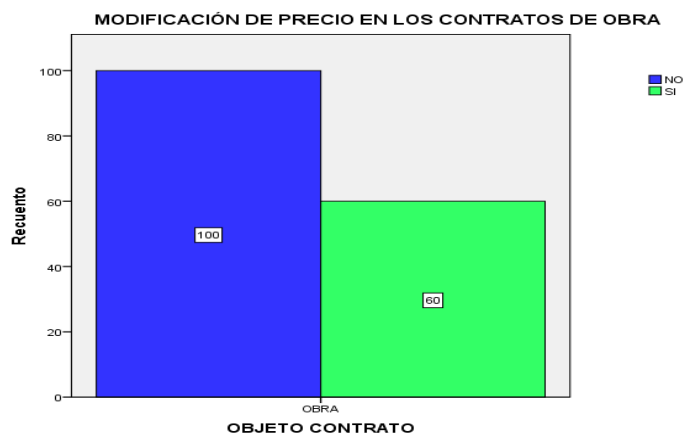
Gráfica 10. Modificación de precio

El 66% de los contratos (251 casos) no fueron modificados en su precio, y el 33,8% sí lo fueron. Aunque representa una cifra inferior, es un dato significativo debido a que los contratos deben ser completos y no sufrir alteración, adición o modificación alguna.



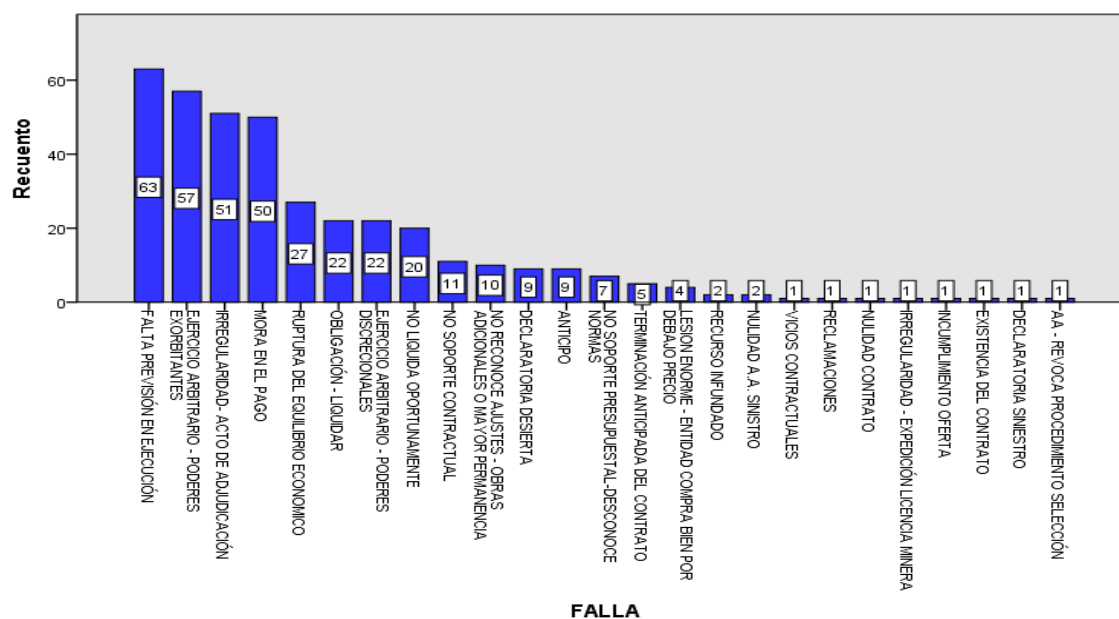
Gráfica 11. Presencia de modificación de plazo en los contratos de obra

De los 160 contratos de obra, el 56.9% presentaron modificación en el plazo (91 casos). Es decir, que más de la mitad de las veces se modificó el plazo.



Gráfica 12. Presencia de modificación de precio en los contratos de obra

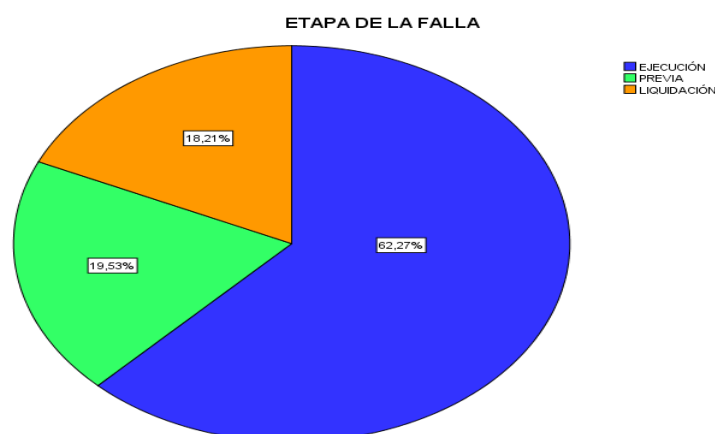
El 62.5% de los contratos de obra no presentaron modificación en el precio (100 casos). El 37.5% sí lo presentó.



Gráfica 13. Falla.

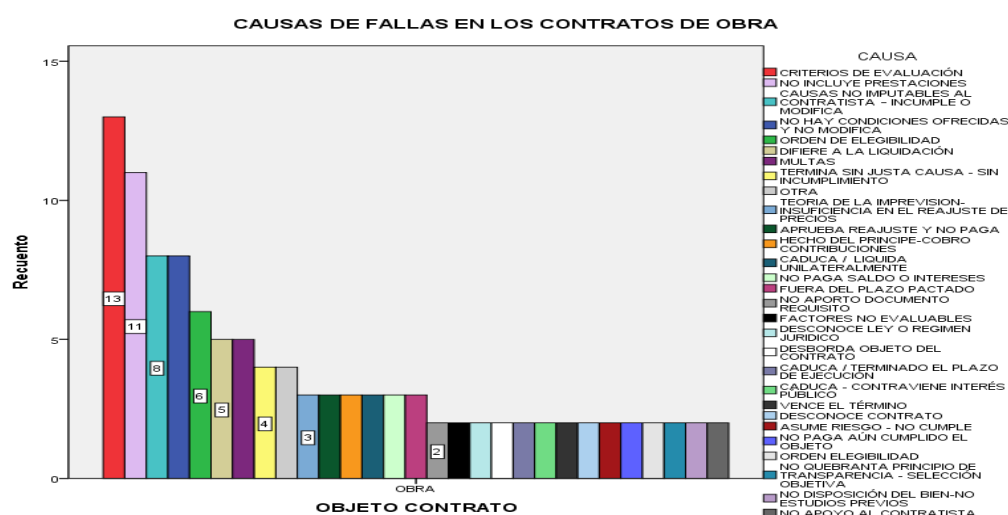
La falta de previsión en la ejecución del contrato es la causa falla más presentada, con 63 casos (16.7%), seguido del ejercicio arbitrario de poderes exorbitantes, con 57 casos (15.1%), y las irregularidades en el acto de

adjudicación (13.4%). Las fallas menos comunes, con un rango de 1 a 5 fallas presentadas, fueron: cuando se revoca el procedimiento de selección, se pide la declaratoria de existencia del contrato, se presenta algún tipo de irregularidad en la expedición de licencias, la entidad compra un bien por debajo de su precio o se decreta la nulidad de la declaratoria de siniestro o de otras reclamaciones, así como también cuando termina de manera anticipada el contrato o se presenta algún otro tipo de vicios contractuales –error, fuerza o dolo. Todas estas representaron el 5.6% de los casos.



Gráfica 14. Etapa de la falla.

Principalmente, la falla se presenta durante la ejecución del contrato. Hay una diferencia significativa entre el porcentaje de veces que falla en esta etapa (62.3%) y las veces que falla en la etapa previa (19.5%) o en la etapa de liquidación (18.2%).

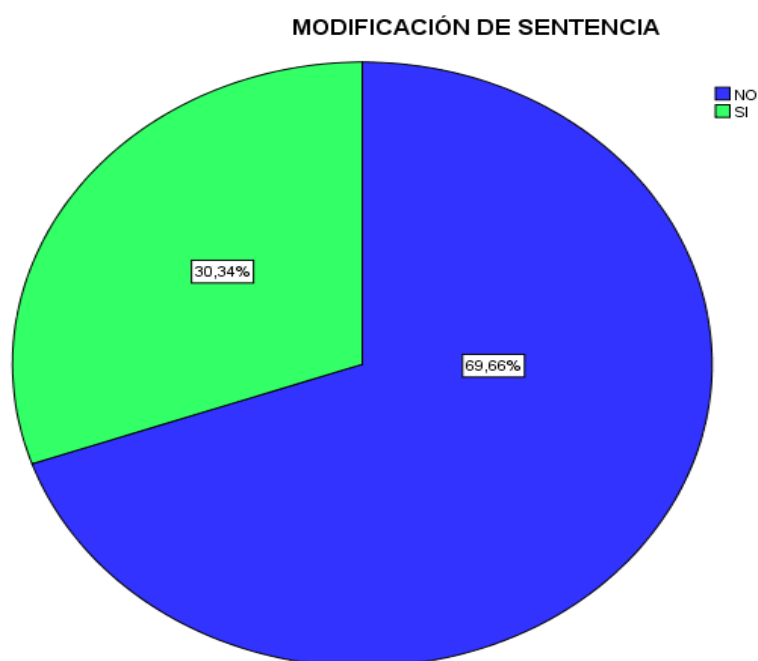


Gráfica 15. Causas de fallas en los contratos de obra.

En este gráfico observamos que la causa más frecuente es por irregularidad en los “criterios de evaluación” (13 casos), con un 8% de los contratos de obra (160 contratos). La segunda causa es porque “no incluye prestaciones”, con 11 casos que representan el 6.8% de los contratos de obra. En la gráfica, de la tercera barra hasta la barra 13 se presenta 58 casos, que representan el 36.2%, que se repiten en múltiples situaciones. Además, el 17,5% de las causas tienen dos casos, lo que nos equivale a 14 causas diferentes con dos repeticiones cada una.

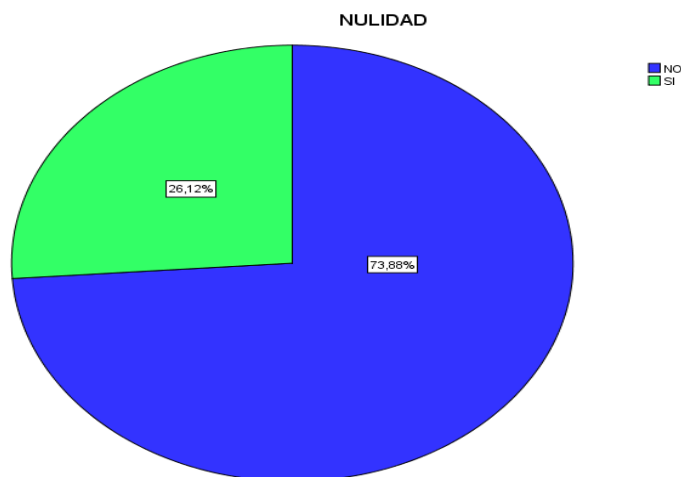
Por último, hay un 31,2% de causas no descritas en este gráfico, pues solo presentaban un caso, es decir, hay 50 causas que no son graficadas, pues corresponden a un solo caso.

Es de anotar que, en la mayoría de los contratos de obra, se encontró un modelo –tipo de formato– del documento escrito en el cual se consignaba la negociación y se estipulaban las obligaciones contractuales.



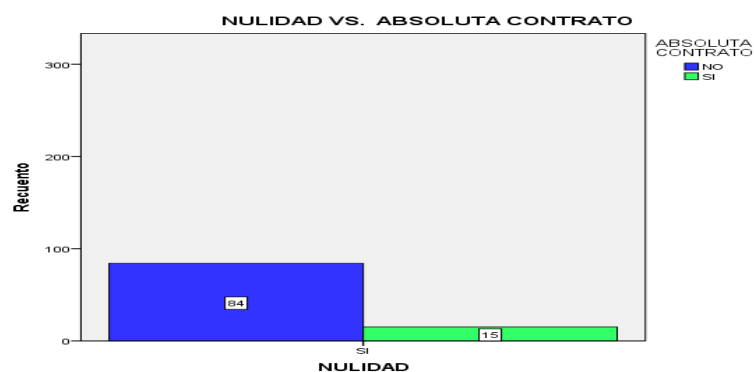
Gráfica 16. Presencia de modificación de la sentencia.

En el 69.6% de los casos no se presentó modificación de la sentencia. Hay una diferencia significativa entre el porcentaje en que se modificó la sentencia (30.3%) y las que no.



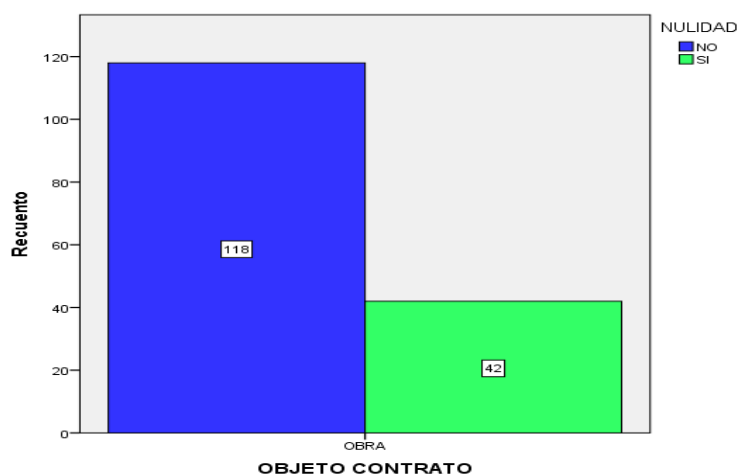
Gráfica 17. Nulidad.

En el 73.8% de las sentencias no presentó nulidad (278 casos). El 26.1% presentó nulidad (26.12%), con 99 casos.



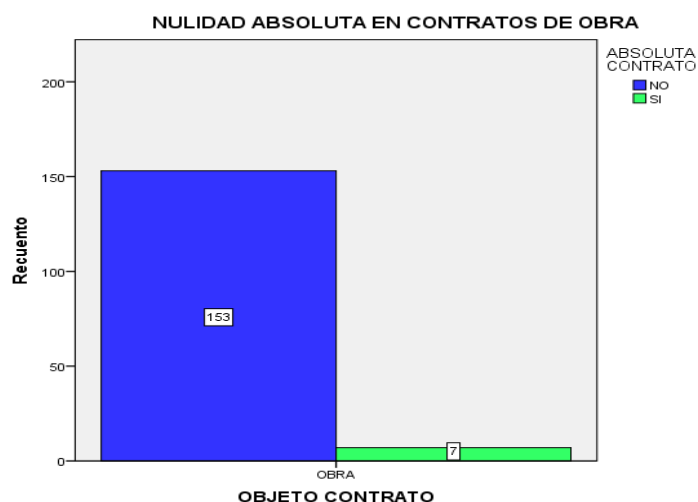
Gráfica 18. Nulidad Vs. Absoluta.

De los 99 casos que presentaron nulidad, 15 casos presentaron nulidad absoluta y 84 casos no.



Gráfica 19. Presencia de nulidad en los contratos de obra

De los 160 contratos de obra estudiados, 42 presentaron algún tipo de nulidad, lo que representó un 26.2%. así la mitad de los contratos que presentaron nulidad fueron contratos de obra.



Gráfica 20. Presencia de nulidad absoluta en los contratos de obra

De los 42 contratos de obra que presentaron algún tipo de nulidad, 7 fueron casos de nulidad absoluta; es decir, que el 16.6% de los contratos de obra que presentaron nulidad fueron casos de nulidad absoluta.



Gráfica 21. Actuación de la interventoría.

En 319 casos (84.7%) no se presentó actuación de la interventoría. En el 15% (56 casos) la interventoría sí actuó. En 2 casos no se especificó si hubo actuación de la interventoría o no.

Conclusiones

Lo primero que se debe advertir es que, como se explicó en el capítulo III, los contratistas se conciben –para la Administración– como “colaboradores” de las entidades estatales en el logro de sus cometidos. En efecto, cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que eventualmente pueden llegar a exceder en forma desproporcionada –en procura de cumplir con el fin último de la contratación– los expresos términos de los contratos, lo que, a su vez, genera que la administración deba compensarles los mayores gastos o erogaciones en los que presuntamente incurrieron.

En esta investigación se halló que el 46.4% de los contratos analizados –de 379 casos– sufrió algún tipo de modificación durante su ejecución; esto es, modificación del plazo o modificación en su precio (Gráfica 8). Lo anterior concuerda con lo que la teoría denomina “incompletud del contrato” o, lo que es lo mismo, la falta de un diseño óptimo contractual que ayude a visualizar los costos del contrato y establecer unas condiciones fijas, de modo que las mismas no se vean afectadas por rupturas, modificaciones o subcontrataciones.

El hecho de que casi la mitad de los contratos ejecutados no sean completos revela una situación preocupante para el desarrollo de la gestión pública contractual. En primer lugar, porque los costos que implica cumplir las finalidades estatales y satisfacer los intereses generales son absurdamente elevados y, en segundo lugar, porque describe una situación en la cual los contratistas –agentes económicos contratantes– tienen incentivos para desarrollar prácticas oportunistas. Así, entonces, al resultar fácilmente modificable el contrato estatal, los contratistas son más proclives a abandonar su reputación y sentirse tentados a buscar más beneficios económicos, en clara violación de las obligaciones contractuales o de la ley.

Ahora, sin importar el grado de oportunismo y quién se beneficie del mismo, en la mayoría de los casos nos encontramos con contratos incompletos, toda vez que en ellos no se aplican los rigores y prevenciones en lo que se refiere a las contingencias. Prueba de ello son las numerosas causas por las cuales el Estado es demandado. El 31% de las causas no fueron descritas en el gráfico 15, pues corresponden a un solo caso presentado. Pareciera, entonces, que los contratistas se enfocan más en buscar la oportunidad para demandar al Estado que en cumplir o “colaborar” con la administración en el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos de obra, por ejemplo, que son los contratos que más se demandan (Gráfica 2), se encontró que el documento contentivo de la negociación se consignó en un documento escrito –tipo formato– en el cual se establecieron las obligaciones contractuales. Este tipo de contratos difícilmente puede recoger toda la complejidad de la transacción, pues corresponde a un contrato con pocas especificaciones y que desconoce la realidad contractual de las entidades. En contraste, la especificación detallada del contrato estatal resultaría costoso y sería aún más difícil vigilar su cumplimiento.

Según la teoría neo institucional, los contratos son incompletos por dos razones: primero, por la “... la incertidumbre que implica la existencia de un amplio número de posibles contingencias y [que] puede ser muy costoso conocerlas y especificarlas de manera completa”; y, en segundo lugar, porque el “desarrollo contractual particular ... puede ser muy costoso de medir”; por tanto, las brechas contractuales pueden ser difíciles de prever y evitar.

Así, entonces, la incertidumbre introducida con el supuesto de la racionalidad limitada y los problemas de información (incompleta o asimétrica) a los que se encuentra sometida la Administración Pública genera el ambiente propicio para que los contratistas tengan incentivos para incumplir los contratos

estatales o, en el peor de los casos, para demandar a la entidad contratante ante el aparato de justicia en favor de sus propios intereses.

La incompletitud de los contratos estatales obedece a la asimetría y a la información incompleta que se consigna en el contrato. En cuanto a la información asimétrica, vemos que la mayoría de los contratos de obra se adjudicaron por medio de licitación pública (Gráfica 5), circunstancia que revela que los contratistas –cuando presentan su propuesta– allegan una que resulta ser la más favorable, pero que saben que no corresponde con los costos reales de la ejecución del contrato.

En relación con la información incompleta, vemos que los contratos tipo “formato” que utilizan las entidades estatales no recogen la mayor parte de las contingencias que se pueden presentar. Esto, sumado a la falta de claridad de las estipulaciones contenidas en dichos contratos “formatos”, crea un detonante que aumenta los costos de transacción en la contratación pública. A esto se agrega que las entidades usan eufemismos para disfrazar las obligaciones propias de los contratos, lo cual genera una incompletitud del contrato mismo.

La incompletitud hace más propensa la ruptura de los contratos estatales. No en vano, la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato es la quinta razón por la que más se demanda a la Administración Pública ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como se advierte en la gráfica 13.

Dada su finalidad, la administración debe propender por darle continuidad a la prestación del servicio y al cumplimiento de sus cometidos estatales. Es por esto que la ley le impone lograr el cumplimiento de su objeto contractual, vale decir, la provisión de los bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados. Esta situación, así descrita, es aprovechada por los contratistas, quienes ven un incentivo para desplegar conductas oportunistas y alegar circunstancias de ruptura o desequilibrio contractual, pues saben que su contraparte puede adoptar las medidas tendientes a impedir que se dificulte o no pueda cumplirse el contrato y, con ello, obtener un beneficio o una utilidad adicional a la que proyectó conseguir con su propuesta. Olvidan su papel de “colaboradores de la administración” y buscan mayores beneficios.

Los diseñadores de contratos en la administración deberían proveer incentivos y recompensas como instrumentos que ayuden a resolver y

prevenir los problemas de información, daño moral, aversión al riesgo y, en general, minimizar el comportamiento oportunista de los contratistas. Pero nada de ello se conseguirá si no se tiene claridad sobre la complejidad de la contratación estatal. Todos los contratos complejos son incompletos, por lo cual se deben observar modos de operación que apoyen la toma de decisiones; además, se debe actuar con mayor rigor en relación con las “promesas” contractuales, pues aquellas que no estén apoyadas por compromisos creíbles expondrán a la administración a un mayor riesgo.

En efecto, los contratos más simples solo tienen declaraciones sobre el presente y no se refieren al futuro, es decir, solo actúan en el corto plazo (el ejemplo típico es el contrato entre dos partes que intercambian bienes y servicios instantáneamente). Pero, en los contratos de obra, el riesgo y la incertidumbre son relevantes porque se refieren a las acciones futuras de los contratistas, al paso que el contrato se puede extender para futuras transacciones.

La amenaza de mayor coerción a través de las multas para los contratistas (recuérdese que el uso de los poderes exorbitantes es la segunda causal de falla) no necesariamente disminuirá los incentivos para que dichos agentes violen la ley, es decir, la amenaza de sanción no desvía la conducta de los contratistas hacia patrones no oportunistas. Es necesario, entonces, generar incentivos para que ellos vean en la contratación pública una “recompensa” honorable a su gestión; por ejemplo, un sistema de calificación de contratistas, donde se premie a los más eficientes y se castigue a los más conflictivos para los intereses generales y los cometidos estatales. Contratar con la administración debe ser, entonces, la mayor distinción de reputación para los contratistas.

Los contratos son una solución parcial a los problemas de información y de incentivos, pero la reputación juega un papel importante para enfrentar algunos problemas de información, porque es una “garantía no escrita” para que las especificaciones de los bienes y servicios se cumplan efectivamente. La reputación es un incentivo que tienen los contratistas para ofrecer un bien de calidad, sin engañar al Estado y sin necesidad de competir con otros contratistas a través de una guerra de precios. La reputación no significa una solución definitiva, pero sí una mejoría parcial ante la situación anotada.

Otra situación que se debe analizar en la elaboración de los contratos es la forma en que se estipula la modalidad de pago. No es oculto el hecho de que los contratistas siempre tratarán de “maximizar su utilidad”. Es por esto que están dispuestos a realizar cualquier acción para conseguir la satisfacción de

sus propios intereses. Con todo, la administración debe procurar disminuir la mayor parte de incentivos que permitan constituir un comportamiento oportunista.

En la mayoría de los contratos se establece como modalidad de pago la de “precios unitarios con fórmula de reajuste”, pero no el pago global. El hecho de que se pueda ajustar o reformar la utilidad esperada hace más propensa a la administración a que tenga que solventar este tipo de situaciones. Si bien es cierto que la mayoría de las modificaciones en los contratos de obra se produjeron en el “plazo” (Gráfica 9), lo cierto es que las veces en que se modificó el precio no es despreciable (33.8%) (Gráfica 10). Lo ideal es que no ocurra modificación alguna de la utilidad que fue proyectada por el mismo contratista, salvo por situaciones realmente imprevistas.

Por otro lado, no se puede desconocer que los costos de supervisión de los contratos estatales (costos ex post) también general altos costos de transacción para el Estado. En efecto, se demostró que en el 84.7% de los casos la interventoría no se pronunció en relación con los incumplimientos contractuales en que incurrió el contratista (Gráfica 21). Esto, sin duda, hace más gravosa la situación de la administración, pues, además de que debe asumir los costos de transacción que implican sus contratos incompletos y las conductas oportunistas de los contratistas, debe pagar los honorarios de quien hace este papel –interventor–, el cual, por demás, tampoco tiene incentivos para salvaguardar los intereses generales, como lo ha de tener la propia dueña de la obra.

También es de resaltar que el sistema normativo solo ofrece un cuerpo general de reglas y principios que no permiten especificar los contratos al detalle, por lo que los términos explícitos del contrato son vagos e incompletos. A esto se suma que el acceso a la justicia tiene costos (costo de la reclamación de derechos, costos del departamento jurídico, costo del litigio ante los tribunales, aranceles, entre otros) los cuales hacen más alto el costo que el Estado debe pagar por la realización de sus fines estatales, pues, además de pagar el valor de la obra, debe asegurar los costos potenciales que implicaría el eventual litigio.

Finalmente, es de anotar que, si bien en la matriz se intentó recolectar información respecto de las condenas en contra del Estado, con miras a obtener un informe de estas, lo cierto es que en esta investigación no se pudo presentar ninguna información estadística sobre el particular, pues la mayoría de dichas condenas de responsabilidad se profieren en abstracto. Lo anterior significa que, generalmente, se demuestra el daño y la imputación

contractual a la Administración Pública (elementos subjetivos de la responsabilidad); no obstante, se presentan falencias probatorias en lo que concierne a la tasación o cuantificación de tales perjuicios, todo lo cual implica que se debe abrir un incidente de perjuicios ante los tribunales administrativos en primera instancia, escenario en el cual se debe aportar todas las pruebas pertinentes sobre dicha cuantificación de los perjuicios, en los términos de que trata el actual artículo 193 de la Ley 1437 de 2011 (actual Código Contencioso Administrativo) .

Bibliografía

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). *Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico*. Bogotá: Giro-Graphos Ltda.
- Banco Interamericano de Desarrollo (CO-L1097). (s.d.). *Programa de fortalecimiento a la defensa jurídica del Estado*. Bogotá. Obtenido de <http://web.worldbank.org>
- (BID-INDES), B. I. (2011). *Gestión financiera pública*. USA: Mantra Editores.
- Afanador, B., & León, N. (2002). El enfoque institucional del desarrollo económico. *Universidad de la Salle - Facultad de economía* , 1 - 24.
- Aguado, J. L. (1996). El deber de información en la formación de los contratos. Madrid: Marcial Pons.
- Alston, L., Eggertsson, T., & North, D. (1996). *Empirical studies in institutional change*. Cambridge: University Press Cambridge.
- Arias Pulido, A. E., & Sandoval Navas, L. A. (2002). La Nación demandada: un estudio sobre el pago de sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales. *Revista Economía Colombiana y Coyuntura Política*(291), 67 - 83.
- Ayala Espino, J. (1992). *Limites del mercado, limites del estado: Ensayos sobre economía política del Estado*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Ayala Espino, J. (1996). *Mercado, elección pública e instituciones: una revisión de las teorías modernas del Estado*. México: Miguel Porrúa.
- Ayala Espino, J. (2004). *Instituciones y Economía: Una introducción al neoinstitucionalismo económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Banco Mundial . (2012). *Plan especial de descongestión en la jurisdicción contenciosa administrativa: fase de diagnóstico*. Bogotá: Región de América Latina y el Caribe.
- Banco Mundial. (2011). *Diagnóstico de la congestión en al jurisdicción contenciosa administrativa de Bogotá*. Washington: s.d.
- Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Clavijo, S. (2001). Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000. *Facultad economía y derecho: Universidad de los Andes*, 43 - 69.
- Clavijo, S. (s.d. de s.d. de 2002). *Deuda pública cierta y contingente: el caso de Colombia*. Recuperado el 5 de 11 de 2017, de http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/sosprim0302.pdf.
- Correa Henao, N. R. (2013). Análisis económico de las demandas contra el Estado. *Pontificia Univerdad Javeriana - Departamento de derecho económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, 32. Obtenido de www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/cap.2Correault.pdf
- Cruz, N. M. (2000). *Una aproximación a la política de los costes de transacción a través del análisis constitucional comparado: la regulación de medicamentos en dos ámbitos institucionales*. La

Industria farmacéutica en España y en Estados Unidos. . Madrid: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

¹ “... Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”

De Sousa Santos, B., & García Villegas, M. (2005). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá : Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Universidad de los Andes .

Dromi, J. R. (2002). *La Licitación Pública*. Buenos Aires: Astrea, 2E.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2004). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Thomson Civitas .

Garrido Falla, F., Palomar Olmeda, A., & Losada González, H. (2005). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Tecnos.

Gibbons, R. (1997). *Un primer curso de teoría de juegos*. Barcelona: Antoni Bosch.

Gobaneff, Y. (2002). Teoría del Agente - Principal y el mercadeo. Bogotá: Revista Universidad EAFIT No. 129, enero - febrero.

Gorbaneff, Y. (2013). Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia. *Cuadernos de Administración*, 91 - 107.

Hargreaves Heap, S., Lyons, B., Hollis, M., Sugden, R., & Weale, A. (1992). *Theory of choice: a critical guide*. Oxford: Basil Blackwel.

Kalmanovitz, S. (julio - diciembre de 2003). El neoinstitucionalismo como escuela. *Revista de economía institucional*, 9(5), 189 - 2012.

Kalmanovitz, S. (1999). Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional. *Revista de Economía Colombiana y Conjuntura Política* , 7 - 18.

Lajili, K., & Mahoney, J. (2006). Revisiting agency and transaction costs theory predictions on vertical financial ownership and contracting: Electronic integration as an organizational form choice. *Managerial and decisión economics*, 27(7), 573 - 586.

Marienhoff, M. (1983). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Martínez, E. (2005). La Corrupción y los Costos de Transacción - Una Mirada desde la Contratación Estatal Colombiana -. En J. M. Ramírez. Universidad del Valle.

Masten, S. E. (1999). *Acerca de Oliver E. Williamson*. En: *Empresas, mercados y jerarquías: la perspectiva económica de los costes de transacción*. USA: Oxford University Press.

North, D. C. (1984). *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid: Alianza Universidad.

North, D. C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. United States of America: Cambridge University Press.

Núñez, D. F. (2017). *Contratación Pública, Competencia y Corrupción: los Efectos de los Arreglos Institucionales en la Ejecución de Megaproyectos de Infraestructura en Colombia*. INFORME DE SEMILLERO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ECONOMISTA, UNIVERSIDAD DE LA SALLE COLOMBIA, Bogotá D.C.

Pauda, J. e. (2000). *Técnicas de investigación aplicadas a las ciencias sociales* . México : Fondo de Cultura Económica .

Przeworski, A. (abril - junio de 1997). Sobre el diseño del Estado: Un enfoque agencia - principal. *El economista mexicano*, 1(3), 143 - 168.

Ruiz Maya, L. (1990). *Metodología estadística para el análisis de datos cualitativos* . Madrid : Centro de estudios sociológicos .

- Scott, W. (1999). Retomando los argumentos institucionales. En P. J. Dimaggio, & W. W. Powell, *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional* (págs. 216 - 236). Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Stigler, G. (1961). The economic of information. *Journal of political economy*, 213.
- Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Williamson, O. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Reprint.
- Williamson, O. (1989). *Las instituciones económicas del capitalismo*. México D.F.: Fondo de cultura económica.
- Williamson, O. E. (2000). The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. *Journal of Economic Literature*.
- Winter, S., & Williamson, O. (. (1996). *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. México: Fondo de cultura económica.
- Yuri Gorbaneff, G. C. (2009). Equilibrio económico y su efecto sobre la litigiosidad en la contratación pública en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 41-64.

Relación de gráficos

Gráfica 1. Año demanda Vs año de sentencia	30
Gráfica 2. Objeto del contrato	31
Gráfica 3. Forma de adjudicación de los contratos.....	32
Gráfica 4. Régimen jurídico del contrato	33
Gráfica 5. Objeto de los contratos clasificados por forma adjudicación	34
Gráfica 6. Modalidad de pago de los contratos	35
Gráfica 7. Modalidad de pago para los contratos de obra	36
Gráfica 8. Contratos que sufrieron algún tipo de modificación	37
Gráfica 9. Modificación del plazo	38
Gráfica 10. Modificaciói de precio.....	39
Gráfica 11. Presencia de modificación del plazo en contratos de obra	40
Gráfica 12. Presencia de modificación de precio en contratos de obra	41
Gráfica 13. Falla	42
Gráfica 14. Etapa de la falla	43
Gráfica 15. Causa de fallas en los contratos de obra	44
Gráfica 16. Modificación sentencia primera instancia.....	45
Gráfica 17. Nulidad	46
Gráfica 18. Nulidad Vs Nulidad Absoluta contrato.....	47
Gráfica 19. Presencia de algún tipo de nulidad en contratos obra.	48
Gráfica 20. Presencia de nulidad absoluta en contratos obra	49
Gráfica 21. Actuación interventoría.....	50