

INCIDENCIA DEL DAÑO PATRIMONIAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA. ¹

Paola Andrea Ochoa Pérez² Graciela Fernández Manrique³

Resumen

El propósito del artículo es analizar la incidencia del Daño Patrimonial en el proceso contractual, que se ha dado durante la implementación de las normas constitucionales (Constitución política, 1991) y legales (Ley , 1993), conllevando a un proceso conflictivo y muy ineficaz, donde han sido varios factores los influyentes en esta dinámica, entre otros, una interpretación errónea y negativa gestión del “Estatuto de la Contratación Pública”.

El artículo intenta construir unas pautas jurídicas del Daño Patrimonial que tiene una fuerte incidencia en la subcontratación, la corrupción y los malos procesos adelantados por las entidades públicas. La ley 80 refleja una postura ideológica, más que una realidad económica, en lo que se refiere a la estructura y organización estatal; un ejemplo claro de ello, sucede en la fase precontractual donde se selecciona al mejor proponente, basado en teoría económica clásica, en abierta contradicción con la realidad jurídica y económica del país.

¹ El artículo es un producto de la investigación realizada en el 2015 dentro del marco académico para optar al grado de especialista en Derecho Administrativo

² Abogada egresada de la Universidad de Pamplona, con experiencia en el área administrativa. pao_ochoa_28@hotmail.com

³ Abogada, especialista en derecho penal y criminología, defensora pública. dra.gracielaf@hotmail.com

Palabras claves: Daño Patrimonial, Contratación Estatal, régimen administrativo, principio de equilibrio económico, principio de transparencia.

Abstract

The purpose of the paper is to analyze the incidence of property damage in the contractual process, which has been given for the implementation of the highly unstable constitutional provisions (1991 Constitution) and legal (Act 80 of 1993), leading to a conflictive process and very inefficient, where there have been several influential factors in this dynamic, inter alia, misinterpretation and negative management of the "Statute of the procurement" -Law 80, 1993.

This paper tries to build a legal guidelines property damage which has a strong impact on outsourcing , corruption and bad occurring processes by public bodies. Law 80 reflects an ideological stance rather than an economic reality in regard to the structure and state organization; a clear example of this happens in the pre-contractual stage where the best bidder, based on classical economic theory and contradicting the legal and economic reality of the country selected.

Keywords: patrimonial damage, government procurement, direct labor, principle of economic equilibrium, principle of transparency.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo, es el análisis de la incidencia del Daño Patrimonial en la Contratación Estatal en Colombia, eje teórico del proyecto de investigación. Seguidamente y durante la etapa de ejecución del proyecto, se delimita el objeto de estudio para analizarlo desde un enfoque cualitativo, el procedimiento analítico se estructura a partir de dos momentos claves, en primer lugar se realiza una descripción del avance de la Contratación Estatal en los procesos administrativos desarrollado en países suramericanos, consecutivamente se realiza la identificación de la línea jurisprudencial del Daño Patrimonial enfocado en los mecanismos jurídicos de la Contratación Pública. En su parte final, el presente artículo de investigación está orientado a desarrollar una vía jurídica eficiente y eficaz de carácter sancionatorio para darle cumplimiento a los procesos contractuales de las Entidades Públicas. En este sentido, la Contratación Pública en Colombia representa una de las mayores fuentes de empleo, con gran influencia en la industria nacional e internacional, al desarrollar la infraestructura y servir como herramienta en la regularización del mercado interno.

La presente investigación abordó la temática de la Contratación Pública desde un enfoque directo: el Daño Patrimonial, siendo este el punto álgido de la discusión, respecto a los eventos que pueden surgir en dicha situación, donde cabe mencionar los temas que giran en torno al Estado, que siempre van a ser importantes, por cuanto se refieren al manejo de los bienes públicos, algo que trasciende en la condición social de los ciudadanos, es decir, el erario hace parte de todos los beneficiarios, que ponen sus bienes en una sola cabeza, que es la administración pública, por ello, reviste de una magna importancia al momento de entender los fenómenos que afectan directamente al estamento gubernamental, pero mayor aun, es el daño que viven todos los coasociados cuando concursan prácticas ilegales en los procesos de administración e inversión.

La política contractual estatal en la actualidad tiene una organización en etapas, que se llevan a cabo con un proceso administrativo bastante complejo y dependiendo la forma en que cada institución encargada de los recursos lo aplica, ya sea a mediano o largo plazo para robustecer la institucionalidad, se identifican entonces diferentes etapas o facetas para el cumplimiento de los fines del Estado. Por lo tanto es viable investigar este tema para el aporte académico en la implementación de unos lineamientos jurídicos que sirvan de orientación de forma doctrinal en el desarrollo contractual de las entidades públicas, donde la factibilidad de tener resultados positivos es sumamente alto, si se tiene en cuenta que las herramientas que actualmente posee la sociedad son más sofisticadas y útiles, que se constituyen en información (legislación, doctrina y jurisprudencia) para comprender los problema existentes en la institucionalidad del Estado, siendo un paso clave para las obligaciones que este tiene con sus habitantes, del cual se espera de la mejor manera que se tengan acercamientos jurídicos integrales para la solución de los vicios (Daño Patrimonial , corrupción).

Metodología

Materiales y métodos

La investigación planteada se abordó desde el paradigma materialismo histórico dialéctico (Hurtado de Barrera, 2012) y en consecuencia, el tipo de investigación desarrollado fue el analítico, donde se estableció un contexto sobre la Contratación Estatal desde los procesos administrativos que se han dado en Suramérica, puntualmente en el caso colombiano. Se realizó el proceso de síntesis de información que sirvió de fundamento para la esquematización de una vía jurídica eficiente y eficaz de carácter sancionatorio para darle cumplimiento a los procesos contractuales de las Entidades Públicas.

Seguidamente, el enfoque de la presente investigación fue el racionalista-idealista, igualmente se delimito como método la hermenéutica; lo anterior como quiera que el fin de la investigación fue interpretar de manera evolutiva el Daño Patrimonial relacionado específicamente con la Contratación Pública.

Teniendo en cuenta el tipo de investigación escogido para desarrollar la presente investigación analítica y el diseño documental, se toman fuentes primarias, delimitadas a los documentos extraídos para el cumplimiento del segundo objetivo, con la sentencias del Consejo de Estado; sin embargo, también se utilizó la fuente secundaria, toda vez que la información obtenida es de documentos investigativos de algunos autores que hacen una retrospectiva de los temas seleccionados.

La presente investigación tomo como técnica el análisis documental, respecto a las fuentes obtenidas y se utilizó el instrumento denominado matriz de análisis, en el caso de la jurisprudencia (Sentencia , 2012), (Sentencia, 2010), (Sentencia , 2013), (Sentencia, 2014) analizada para el cumplimiento del segundo objetivo planteado.

Resultados

La Contratación Estatal en Suramérica

El proceso de contratación es histórico y muy conocido desde las épocas antiguas, puesto que los bienes y servicios eran el fundamento del Estado para ofrecer a los coasociados un bienestar general y a su vez, mantener un esquema de superioridad y firmeza, que contribuyera a tener el control sobre el territorio. Dado esto, los tiempos y lugares variaron, y asimismo, las culturas y sociedades, donde el proceso publico vario conforme a las necesidades e ideas de las personas, que se fueron organizando y forjando en distintas formas. En este sentido, la fase que tuvo Suramérica en todo el auge jurídico de la Contratación Pública, fue generado

por la influencia de la comunidad europea, que traspaso sus fronteras para asentar sus normas en territorios extranjeros y así contribuir a los avances estatales.

Contratación Pública en Chile

Los países suramericanos han tenido históricamente una fuerte incidencia de Europa, por todo el proceso de conquista, colonización y esclavitud que se forjó en los siglos pasados; sin embargo, el esquema jurídico que ha montado el Estado chileno es bastante ambicioso y vanguardista, saliendo un poco de aquellos momentos primitivos que existieron en su nacimiento como Estado independiente y soberano.

Debido a ello, el Estado tiene sus procedimientos para cumplir sus funciones y responder a los deberes que contrajo con sus ciudadanos, donde la eficiencia en el manejo del erario nacional por los funcionarios que se encuentran durante periodos de tiempo (temporales o permanentes) deben generar estabilidad social, que es necesariamente se refleje por la legalidad, eficacia y validez de los contratos que son suscritos por los representantes de cada órgano estatal y los particulares. Al respecto, la ley 19.886 sobre Contratos y reglamentada por el Decreto 250, donde los principios que la inspiran son los de legalidad, formalismo, publicidad y transparencia, igualdad, idoneidad del contratante, mutabilidad del contrato, preeminencia de la administración, y control; sin embargo, no son solo unos ideales inalcanzables o utópicos, por el contrario, terminan siendo los objetivos o lineamientos que enmarcan el funcionamiento y cumplimiento de la norma.

La ley y su reglamento han organizado la contratación directa, entre otros aspectos, como cabe destacar el contrato de prestación de servicios y suministro,

donde el artículo 2° expresa que: “*Definición de contrato de suministro*. Para los efectos de esta ley se entenderá por contrato de suministro el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles. (...)”

En este entendido se observa que este tipo de contrato abarca un área amplia, muy importante para desarrollar los fines del Estado chileno, conforme al procedimiento jurídico necesario para obtener los servicios requeridos.

Ahora bien, siguiendo con el análisis de la norma, la ley N°19.886 en su artículo 4° expresa: *De los requisitos para contratar con la Administración del Estado*. Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. (...)

Este tipo de contratación, deja entrever el sistema económico que mantiene el gobierno chileno, formado por la globalización para expandir su mercado interno y a la vez, consumir el mercado externo, porque la participación de personas naturales o jurídicas de origen chileno y extranjero, abre el mercado para agrupar varias ofertas y seleccionar las mejores, conllevando al equilibrio económico y satisfacción social. No obstante, el procedimiento contractual en Chile es muy riguroso, como lo plasma la ley N°19.886 en su artículo 5°: “*De los procedimientos de contratación*. La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales.”

Esta condición legal de tener un monto mayor de las 1000 UTM⁴ a los licitantes que se enfrentan en la puja por ganar las licitaciones públicas, se establece con la finalidad de garantizar los contratos que se den durante esta fase contractual, pues es una herramienta económica que permite conocer la solvencia de aquellas entidades que se involucran en estos procesos, además de consolidar la transparencia y mirar que se puedan cumplir a cabalidad todos los ítems establecidos por la ley y su reglamentación.

El artículo 7° de la ley N°19.886 define la licitación o propuesta pública “como el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”.

Al tenor de lo siguiente, (Jara & Jara, 2008) analizan la ley 19.886: Haciendo un somero análisis, podemos apreciar los elementos esenciales de una licitación pública:

- 1) *Es un procedimiento*: Esto significa que en el desarrollo de la licitación pública, la Administración debe observar una serie de pasos que están previamente definidos en la ley y en las bases administrativas.
- 2) *De carácter concursal*: Concurso significa competencia, ya sea en razón de la suerte o del esfuerzo y virtudes de cada competidor (obviamente, en el caso que nos ocupa la competencia es en razón de las virtudes de los proveedores). En una licitación el concurso se manifiesta por el hecho de que los proponentes compiten entre sí por obtener un contrato oneroso con la Administración.

⁴ Unidad tributaria mensual: unidad definida en Chile que corresponde a un monto de dinero expresado en pesos y determinado por ley, el cual se actualiza en forma permanente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC)

Podemos decir que éste es el elemento principal de toda licitación. Sin concurso o competencia de propuestas previo al contrato, no hay licitación, y estaremos en presencia de un trato directo.

3) *Está dirigido a los interesados*: Los interesados son sujetos indeterminados, que solamente estarán singularizados al momento del cierre del plazo para presentar propuestas al formalizarse estas.

4) *Debe existir sujeción a las bases*: La definición dada por la ley establece esta obligación para los oferentes al formular sus ofertas. Sin embargo, de acuerdo a las normas generales, también la administración debe someterse a las bases que ella misma estableció, ya sea al evaluar las propuestas, al declarar la licitación desierta, al exigir garantías, etc. En tal sentido, el artículo 10 inciso tercero de la ley prescribe que los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen.

5) *Se selecciona la oferta más conveniente*: El proveedor que presenta la mejor propuesta desde el punto de vista técnico y económico, se adjudicará el contrato.

6) *El llamado es público*: La invitación a presentar propuestas está dirigida a toda la comunidad, pudiendo presentarse todos aquellos que lo deseen, en la medida en que no estén inhabilitados para contratar con el Estado según el artículo 4 de la ley.”

Finalmente un aspecto positivo de la ley 19.886 en razón a la contratación directa, es la versatilidad que existe en la norma para llegar a conseguir las mejores ofertas y hacer unos buenos acuerdos para aquellas necesidades de la administración, pues al considerarse que existe un procedimiento, ya se están tomando puntos centrales que ayudan a concentrar el poder en una sola área y no permite amplia confusión sobre la realidad jurídica de la contratación, entre otros aspectos, el que existe una sujeción a la ley, da una estabilidad jurídica muy importante, debido a que esto permite controlar a mayor escala la entrega y gasto de los recursos públicos hecho en diversos contratos. Otro punto, un tanto negativo

proviene precisamente aquellas falencias que existe en la norma, en el entendido que se tiene tan erróneo los términos jurídicos que se cae en lío sobre la contratación con la licitación pública, aunque esta viene siendo una formalidad de orden terminológico, no se puede entrar en confundir los fines de la ley, que es lo primordial al momento de gestionar los recursos estatales.

Contratación Pública en Argentina

El Estado argentino es uno de los ejemplos más importantes de Latinoamérica, en cuanto fue el país más colonizado y que hoy día conserva con mayor fervor la cultura europea en su comunidad, por lo tanto, la organización jurídica que existe en su territorio viene siendo un poco similar a la que existe en Chile y Uruguay, pero con sus particularidades bien definidas.

En consecuencia, el gobierno argentino ha tratado de compendiar todas las normas existentes y aplicables sobre Contratación Pública en un *Régimen de Contrataciones del Estado Nacional de la República Argentina* (en adelante RCE), donde el (Decreto, 2001) define en su artículo 1°:

Objeto. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.

Con esta configuración del objeto central de la norma, el gobierno argentino pretender cumplir los fines constitucionales de salvaguardar la nación y proteger a

sus ciudadanos, procurando obtener los mejores contratos ante las mejores propuestas, que sean más económicas y con mejores resultados.

Respecto a esto, el artículo 2° de la misma norma, declara que “es de aplicación obligatoria a todas las entidades incluidas en la norma (Ley, 1992) de administración financiera 24156 (art. 8°)”. No obstante, existen excepciones, en caso que ciertos contratos no pueden regularse por el área administrativa, por el contrario, su trámite, aplicación de ley y procedimiento se establece en el derecho privado.

Según (Hualde, 2013) Esas entidades son:

a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social;

b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias;

c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones;

d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

Esta división tiene un gran número de entidades en el área pública, lo cual deja entrever que la nación argentina siempre trata de proteger los recursos públicos e invertirlos al beneficio general y comunitario, dando facultades a las entidades estatales de dinamizar la Contratación Pública a través de los mecanismos jurídicos idóneos.

Así mismo, el régimen de contrataciones del Estado plasmó en su artículo 3° los principios, por los cuales se rigen la Contratación Pública en cada caso concreto, estos son: razonabilidad, eficiencia, concurrencia, competencia, transparencia, publicidad, responsabilidad e igualdad. Dichos principios son el horizonte que la ley plantea para darle cumplimiento y versatilidad a los objetivos que se traza en esta legislación y no llegar a tener problemas contractuales, que agudicen la crisis social en un país con sus elementos propios.

Se pueden plantear varias alternativas, pero la más común, es educar para tener una mejor sociedad, y esta permite que los ciudadanos que estén a cargo de las funciones del Estado sean personas honestas e idóneas para cumplir con firmeza su deber; sin embargo, esta vía esperanzadora deja un buen margen de error, porque los seres humanos son impredecibles y sus acciones son tan cambiantes como su personalidad, por lo tanto educar y tener un sistema jurídico integral, es una fórmula algo más efectiva que utópica, que daría mayor desarrollo y futuro al crecimiento de ese país.

Contratación Pública en Colombia

Colombia fue uno de los países suramericanos más marcado por el proceso de colonización y esclavitud que se dio en los siglos antiguos; no obstante, el desarrollo jurídico que se ha materializado en los últimos 25 años es muy

satisfactorio para un país que tiene grandes problemas sociales, sobre todo en materia de desigualdad.

En este sentido, desde el aspecto jurídico, existe un área del derecho independiente que traza sus propias reglas y la cual tiene normas directamente creadas para su jurisdicción, este es el caso del Derecho Administrativo, que ha sido en el Estado colombiano el sustento legal para dirimir controversias entre la Administración y los particulares.

Por lo anterior, existen diversas sub áreas que se desprenden de esta rama, entre ellas, se encuentra la Contratación Pública, que es uno de los elementos esenciales de un gobierno para invertir los recursos públicos en el territorio y en pro de sus ciudadanos, donde (Cabarcas & Gorbaneff, 2009) expresa que:

La Contratación Pública en Colombia es conflictiva, poco eficaz y eficiente; con frecuencia, causa Daño Patrimonial al Estado. El mecanismo del daño es doble. La vía más común es que los empleados públicos, responsables de la contratación, causan el daño antijurídico a los contratistas por la negligencia, el desconocimiento de las normas o debido a la rigidez de las mismas.

Conforme a lo descrito por los doctrinantes, se observa una fuerte crítica al nuevo sistema de Contratación Pública que se ha orientado, según el gobierno hacer más público y por consiguiente transparente, para que cumpla con los estándares internacionales, pero sobre todo, para que mejore la calidad de vida de todos los colombianos; sin embargo, para ellos estos fines solo quedan plasmados en la ley, pero no se puede desarrollar, porque no existen herramientas suficientes que funcionen de forma sincronizada para hacer cumplir dichos ideales, y por el contrario, esta inestabilidad conlleva a la confusión, que mucho peor, toda vez que en medio del caos los oportunistas hacen de las suyas y se aprovechan del erario público.

Ahora bien, (Gorbaneff, 2003) fue contundente al mostrar su interpretación sobre la ley 80 de 1993 (Estatuto general de contratación de la administración pública) donde expone que:

La ley 80 refleja una actitud ideológica, más que un cálculo económico, en lo que se refiere a las estructuras organizacionales de las entidades públicas. Cuando ordena escoger al mejor proponente, la ley se basa en la teoría económica clásica y entra en contradicción con la realidad, y la realidad prevalece mediante la renegociación de los términos del contrato, la dificultad para aplicarla y los incentivos equivocados para los contratistas. La ley ofrece un contrato único, que es incompleto y condena al gobierno a unos resultados subóptimos. Por ello, debería prever una gama de contratos tipo, jerarquizados según su grado de la completitud.

Se puede decir que el maestro ha hecho un buen análisis, respecto de lo que sucede en la práctica con esta ley, toda vez que la norma ha quedado tan amplia, que ante las diversas circunstancias que se presenten, los gastos y daños que surjan, van a ser asumidos por la administración, permitiendo el despilfarro del dinero de todos los contribuyentes al sistema, pero que es avalado y asumido por la misma ley como un efecto positivo, para mantener un sistema capitalista eficiente.

Desde otra perspectiva, existen diferentes elementos que componen la ley de contratación, como son los principios por los cuales se idealiza una buena aplicación y funcionamiento en el territorio, donde (Solarte, 2008) menciona uno de ellos:

La publicidad en los procesos de contratación constituyen una preocupación sustancial por parte del Legislador colombiano para combatir la corrupción administrativa, por ello lo que surgió como reglamentación, hoy se convierte en ley

de la republica cuando se impone la elaboración de documentos preliminares al inicio del proceso de selección de los contratistas.

Este principio es uno de los más importantes, porque de alguna manera de él depende que los demás se ejecuten, y si no se obtiene un buen manejo de este método, indiscutiblemente ya el proceso de contratación, desde su oferta estará viciado por errores técnicos o intencionados, pero de la forma en que se dé existirá un daño social posterior.

Finalmente, en los estudios que se han hecho desde que se inició la implementación del nuevo sistema constitucionalista colombiano un gran estudioso del derecho como lo es (Gómez, 2013) se refirió directamente a la fase contractual:

Los operadores jurídicos y asesores de Entidades Públicas, en procura de lograr una contratación eficiente, eficaz, y económica en el marco de la seguridad jurídica, demandarán de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, continuar el acompañamiento y la generación de lineamientos que contribuyan al fortalecimiento de la gestión contractual, con el apoyo de ciudadanos y empresarios, que estarán como siempre a la expectativa frente a los efectos y alcance de todos estos cambios.

Estas directrices surgieron porque la entidad Colombia Compra Eficiente, fue instituida posterior a la ley 80 de 1993, para darle mayores garantías a los oferentes en las convocatorias de licitación pública que el gobierno colombiano licitaba para invertir los recursos públicos, entonces dicha entidad juega como el rol de supervisora, pero a la vez de garante en que los procesos que se den, tengan la mayor transparencia y sean completamente cumplido cada uno de los procedimientos normativos para llegar a feliz término en la Contratación Pública.

Discusión

La Contratación Estatal es un área milenaria que se ha caracterizado por ser una fase entre lo público y las personas, tengan la clasificación que tengan, pero en los contextos donde se dio el avance de esta práctica, siempre se presentaban situaciones de insatisfacción, ya sea por parte del Estado, sus ciudadanos o los responsables de ejecutar dichas labores, lo que derivaba en una controversia, que a medida en que se fue avanzando en la sociedad, las leyes siguieron su rumbo y escalaron para transformarse lo que hoy día son.

En aras de permanecer y avanzar el sistema globalizado que viven los países en cada continente, el Estado colombiano ha institucionalizado los intereses del pueblo en una forma autónoma y responsable de llevar a cabo los procesos de inversión económica en sus ciudadanos, para lo cual la organización y distribución de recursos ha sido estructurado de tal manera que se logren los fines esenciales del Estado, con la intención de promover la igualdad y dignidad de las personas; todo esto, en la medida en que las entidades creadas para dichos fines deben procurar mantener el equilibrio y honestidad en todas sus acciones, sin prevalecer una situación u otra, al momento de la toma de decisiones.

En tal sentido, a través de los años la aplicación de medidas jurídicas promovidas para organizar la Contratación Pública, siendo este el mecanismo legal desarrollado para dinamizar los recursos públicos en la inversión del país, se han localizado en las entidades a nivel Nacional, Departamental y Municipal, que se han visto en el deber de crear sus propios instrumentos de organización, pues la ley de forma amplia y general es algo inconclusa, solo da pautas abiertas para el proceso contractual, pero en la manera en que estas se ponen en práctica cambia un poco la realidad jurídica de la norma, por lo tanto, la selección de los contratistas que se encargan de ejecutar las tareas encomendadas, deben orientar sus actos al

cumplimiento del objetivo estatal, como se refleja en el desarrollo, cumplimiento y satisfacción de políticas públicas.

Sin embargo, existen tópicos que han dejado elementos negativos en el proceso contractual, entre ellos cabe mencionar dos: el primero, es la inestabilidad jurídica que existe en el Estado para disciplinar las prácticas contractuales, cuando las instituciones son las encargadas de llevar los procesos de forma autónoma, con funcionarios inexpertos a cargo de las labores administrativas de dichos procesos, donde el resultado viene siendo desfavorable para la administración pública, que es la que en última instancia debe responder por las acciones de sus representantes. El segundo, es la corrupción, un problema social que se ha catalogado como un mal que agobia a la administración pública, y que es practicado en todas las esferas del poder, es algo así, como el vicio del Estado, siendo la forma más ruin y malévolamente de pudrir el sistema; es así, que entre esos elementos es necesario implementar unas políticas que puedan desarrollar los principios de transparencia, equilibrio económico e idoneidad propios de la Contratación Estatal y que pueden permitir al Estado vigilar y poner en conocimiento las actuaciones de las Entidades Públicas.

Por ende, al momento en que se identifiquen estos aspectos negativos en el proceso contractual, ya sea en alguna de las etapas previstas en la ley (precontractual, contractual, y postcontractual), se deben utilizar los mecanismos necesarios para frenar cualquier acción que genere el Daño Patrimonial incesante y que después termine en largos procesos judiciales, que no solo van a desgastar el aparato estatal, sino a su vez el aparato judicial por un tiempo, en algunos casos, indefinido, lo cual, no es viable ante la nueva tendencia moderna del derecho, que busca definir en menor tiempo los términos judiciales de los procesos llevados ante la justicia, en este tema, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para dirimir los conflictos que surgen de las relaciones entre los particulares y el Estado. Ahora bien, si se logra entender que la verdadera esencia de no llegar a esta instancia está en la implementación de un sistema de contratación eficiente y eficaz,

pues indiscutiblemente la utilización del aparato judicial será ocasional y no la regla general, como actualmente lo muestra las cifras formales, dadas por (Arias & Sandoval, 2002):“entre 1990 y 2000 las entidades públicas gastaron 46% de sus recursos en el pago de las sentencias y conciliaciones”.

Así mismo, en el momento en que se presenten los conflictos contractuales en la relación directa con el Estado, en una menor o mayor medida, es este el que debe crear mecanismos que controlen las acciones de sus contratistas, es decir, dar el escenario de la auditoría del contrato, pero el problema se agudiza cuando este no cuenta con la capacidad física ni profesional para monitorear las obras y se debe recurrir nuevamente a lo externo, a la búsqueda de una entidad que es ajena a los fines del Estado, por lo tanto, esta fase dentro del proceso de contratación aumenta los costos y no certifica el cumplimiento.

En este orden de ideas, la obligatoriedad de cumplir con las pautas de la Contratación Pública se encuentran establecidas en la ley, donde se deben utilizar los medios necesarios para tal fin, y dentro de las posibles alternativas de solución se dan los espacios de debate o complemento entre las partes para adoptar los mejores criterios en la realización del contrato, condiciones, acuerdos, puntos de interés, que guarde total consonancia con el principio del equilibrio económico, que es un factor muy determinante al momento de dirimir los conflictos contractuales de manera posterior, porque permite: reducir los costos de transacción, establecer criterios para la forma más óptima de transar los contratos y el cumplimiento de políticas públicas eficientes.

Finalmente, el problema que existe frente a la Contratación Pública en Colombia es difícil de manejar, por cuanto el sistema estatal se encuentra quebrantado en su institucionalidad, a causa de las diferentes situaciones que se presentan (corrupción e inexperiencia profesional), entre otros; sin embargo, es necesario plantear posibles soluciones a esta problemática, que indiscutiblemente

desestabiliza el Estado Social de Derecho que nació en 1991 y ha ido avanzando con las normas contemporáneas que el derecho trasnacional une a las diferentes naciones. Por ende, en el desarrollo de esta propuesta investigativa se diseña una vía jurídica eficiente y eficaz de carácter sancionatorio para darle cumplimiento a los procesos contractuales de las Entidades Públicas, siendo estructurada por fases de forma independiente a lo que hoy se conoce normativamente como “sistema de contratación pública- ley 80/1993”, entendiendo que este modelo jurídico ha fracasado en el Estado colombiano, teniendo en cuenta los resultados que se evidencia desde la implementación de esta norma hasta la actualidad (año 2015), donde solo cabe generar nuevas ideas para que se reorganicen las instituciones estatales y a su vez, se pueda solucionar de forma justa los errores del pasado.

En este sentido se propone:

1) La etapa precontractual debe ser coordinada por las entidades estatales con profesionales idóneos en sus cargos, es decir, que primero exista un proceso de selección especial para obtener el mejor equipo de trabajo que desarrolle esta etapa en cada estructura organizacional de las entidades públicas, y así poder optar por las mejores propuestas u ofertas de las convocatorias que se den en los distintos proyectos sociales.

2) La etapa contractual debe tener un sistema riguroso de seguimiento y acompañamiento, que no solo quede en la interventoría, como forma única de evaluar la ejecución de los contratos, sino por el contrario, debe existir un verdadero compromiso por partes de los funcionarios que realicen esta labor, además que se debe tratar de aprovechar al máximo los funcionarios públicos, puesto que optar por una entidad privada para que realice esta función, es dejar en manos de terceros las funciones públicas, generando sobrecostos y el delegando el control directo de la ejecución de los recursos oficiales.

3) La etapa pos contractual debe ser solo una fase de supervisión final del cumplimiento contractual ya desarrollado por las partes intervinientes, y no se

debería volver la fase donde se comiencen a buscar culpables de la mala gestión hecha durante los proyectos gestionados; es así, que la evaluación final debe ser coherente con los acuerdos pactados en los contratos, para visualizar la entrega final de los resultados, algo que solo se da si existe un verdadero cronograma de trabajo, realizado con el compromiso y la veracidad de cada paso realizado en la Contratación Pública.

Conclusiones

El Daño Patrimonial es un elemento en el cual se enlazan los elementos que permiten declarar la responsabilidad del Estado (contractual y extracontractual) y en el que a su vez, se engloban los diferentes criterios sobre imputación del daño, estudiada por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, para analizar cómo es la dinámica de la ley en la práctica y no se termine convirtiendo en un mero formalismo, que conlleve a opacar la realidad jurídica existente en Colombia.

La ley 80 de 1993 de Contratación Estatal permite la escogencia del mejor proponente, porque se basa en la teoría económica clásica. Esta presunción entra en objeción con el contexto, debido a que el reconocimiento de la renegociación de los términos establecidos por la norma, en caso que exista alguna causal que paralice la ejecución del contrato, genera unos sobrecostos en continua ejecución que debería ser supervisada por la administración, interpretando erróneamente el contratista que los recursos públicos no están destinados a un beneficio propio, por el contrario, la conducta de los representantes de entidades privadas tienen que tener el deber y la moral de utilizar los bienes públicos en para el beneficio social.

La Contratación Pública a través de su propio sistema jurídico es solo un contrato único, superficial, inconcluso y muy parcializado que no permite desarrollar diversos tipos de contratos para una mejor organización del sistema contractual, porque la estructura de la ley general de contratación no divide de forma concreta los tipos de contrato que se presentan en la administración pública, y esta es una gran falencia que apoya la inestabilidad jurídica de un país tan desigual como Colombia.

Entre los países de la región sur existen diferentes normas que regulan las relaciones inter-administrativas, caso Chile y Argentina, pero se observa una gran diferencia entre los sistemas de Chile y Colombia, toda vez que el gobierno chileno ha creado un marco de contratación bastante competitivo (nacional e internacional) para darle una economía estable a su país, y a su vez, brinda protección a la nación, frente a alguna controversia contractual y un posible Daño Patrimonial; no obstante, en Colombia el sistema es más amplio para las entidades privadas, lo cual genera un verdadero desequilibrio económico e inestabilidad jurídica, que si se refleja en el contundente Daño Patrimonial del cual es causante y víctima el mismo estado.

Las normas en Chile (ley nacional, 2003) permiten al gobierno tomar medidas necesarias para evitar un Daño Patrimonial infraganti, sin embargo, la poca similitud entre Chile y Colombia, es que ambos países buscan invertir los recursos de los impuestos pagados por los ciudadanos, es decir, buscan retribuir la responsabilidad de sus coterráneos. Sin embargo, la rigurosidad del procedimiento normativo (Decreto, 2004) en Chile, muestra que es muy complejo generar un Daño Patrimonial a gran escala, como si sucede en Colombia, pues sus altos niveles de educación, apoyo internacional y asesoramiento constante, no permiten que este país las falencias se maximicen en todas las entidades estatales, aunque si existe un leve Daño Patrimonial, este no afecta tanto como en el caso colombiano, que los límites de corrupción e ineficacia laboral de sus administrativos desbordan las cifras conocidas, es decir, el detrimento público en la mayoría de casos siempre esta oculto de las entidades supervisoras, por eso, cuando el problema es tan grande,

ya no hay forma de ocultarlo y se generan un cadena de sucesos decepcionantes para a sociedad en general.

El detrimento patrimonial que se deriva con las irregularidades en la contratación pública, evidencian las fallas del servicio estatal al momento de retribuir los ingresos de impuestos pagados por los contribuyentes, toda vez que la malversación de dichos recursos se ha convertido en un negocio y mafia de grandes contratistas que obtienen los contratos estatales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arias, A., & Sandoval, L. (2002). *La nación demandada: un estudio sobre el pago de sentencia, conciliaciones y laudos arbitrales*. Institucional, Contraloría General de la República, Bogotá.

Cabarcas, G., & Gorbaneff, Y. (2009). El equilibrio Económico y la contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, 67-91.

Constitución política (Asamblea nacional constituyente 4 de 07 de 1991).

Decreto, 1023 (Secretaria para la modernización del estado 13 de 8 de 2001).

Decreto, 250 (Ministerio de hacienda 24 de 09 de 2004).

Gomez, I. (2013). *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogotá: Legis.

Gorbaneff, Y. (2003). Problemas teóricos de la contratación pública en Colombia. *Cuadernos administración Bogotá*, 91-107.

Guerra Moreno, D. (2015). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano, a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 157-184.

Hualde, A. P. (2013). Contratación pública y sus nuevos paradigmas. *Universidad Nacional de Cuyo*.

Hurtado de Barrera, J. (2012). *Metodología de la Investigación: Guía para una comprensión Holística de la Ciencia*. Caracas: Quirón.

Jara, A., & Jara, J. (2008). Revisión crítica del trato o contratación directa como modalidad de contratación administrativa. *Ley 19.886 sobre base de contratos administrativos y prestación de servicios*. Santiago de Chile, Chile: Universidad de Chile.

Ovalles Rodríguez, F. (2015). Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias en el derecho disciplinario colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 227-258.

Ley , 80 (Congreso de la república 28 de 10 de 1993).

Ley nacional, 19886 (Honorable congreso nacional de Chile 30 de 07 de 2003).

Ley, 24156 (Senado y cámara de diputados de la nación argentina 26 de 10 de 1992).

DNP. Departamento de Planeación Nacional Colombia. (2002). *Informe de consultoría*. Bogotá.

Sentencia , 20810 (Consejo de Estado 23 de 02 de 2012).

Sentencia , 26637 (Consejo de Estado 13 de 06 de 2013).

Sentencia, 18499 (Consejo de Estado 11 de 08 de 2010).

Sentencia, 27453 (Consejo de Estado 27 de 03 de 2014).

Solarte, F. (2008). *Contratos estatales atípicos*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

