

### The fiscal control to the public procurement

Joan Sebastián Cuesta Nova \*\*

#### Resumen

Con la entrada en vigencia de ley 42 de 1992 comienza la regulación del control fiscal en nuestro país, y los organismos encargados de realizar el mismo. A pesar de que hay una regulación respecto al tema fiscal en nuestro país en las últimas dos décadas se han presentado irregularidades respecto al manejo de los recursos públicos en nuestro país, más específicamente en temas relacionados con la contratación pública. Con el presente artículo se pretende analizar la jurisprudencia desde el año 1991 de la Corte Suprema de Justicia, más específicamente en la sala de casación penal, sobre los temas de control fiscal enfocado hacia la contratación pública que en los últimos años ha dado mucho de qué hablar en nuestro país.

#### Palabras clave

Control fiscal, contratación pública, contraloría, presupuesto.

#### Abstract

Upon the entry into validity of law 42 of 1992, the regulation of fiscal control begins in our country, and the agencies reasonable for carrying it out. Although there is a regulation regarding the fiscal issue in our country in the last two decades there have been irregularities regarding the management of public resources in our country, more specifically in issues related to public procurement. This article aims to analyze the jurisprudence since 1991 of the Supreme Court of Justice, more specifically in the criminal cassation chamber, on the issues of fiscal control focused on public procurement that in recent years has given much of what speak in our country.

#### Keywords

Fiscal control, public procurement, comptroller, budget.

---

\*El siguiente trabajo de investigación es producto del proyecto de investigación Política Pública Y Control Fiscal de los grupos socio humanística del derecho y Derecho Público Francisco de Vitoria dentro de la línea de Corrupción.

\*\* Estudiante de octavo semestre de derecho de la Universidad Santo Tomas, perteneciente al semillero Ética pública, adscrito al grupo socio humanística del derecho y al grupo Derecho Público Francisco de Vitoria.

## **Introducción**

El derecho como ciencia social hace descripciones e interpretaciones de fenómenos sociales, coyunturales, socio-políticos por lo que requiere una visión interdisciplinaria propia del enfoque cualitativo (Hernandez Sampieri, & Et Al, 2006, págs..12-14). El método del análisis jurisprudencial empleado en este trabajo se ubica dentro del modelo señalado como dogmática jurídica (Courtis, 2006). Esta ponencia es el resultado de la aplicación de instrumentos de captura y análisis de la información de 199 jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal acerca del Control Fiscal en Colombia, a su método, principios, procesos, entre otros; así como también a la interpretación que conlleva la propuesta del control fiscal como bien jurídico y como Derecho Fundamental.

En la realización de esta investigación se hizo un análisis de sentencias respecto a temas de control fiscal y contratación pública, en las cuales se destacan una serie de irregularidades en la celebración contratos por el Estado y el manejo de recursos. El análisis de estas sentencias se realizaron 199 fichas jurisprudenciales en las cuales se identificaba el hecho irregular, el delito, y los hechos que originaron la irregularidad. Por medio de la presente ponencia se analizaron los problemas del control fiscal en nuestro país y a su vez las irregularidades de la contratación pública, que conlleva a la corrupción.

Con la expedición de la ley 42 de 1993 se da inicio a toda la regulación de lo que se conoce como control fiscal, donde se encuentran los principios, sistemas y los procedimientos del denominado control fiscal; así mismo se dice que las ramas legislativa y judicial, las entidades nacionales, los organismos que son creados por la Constitución Política, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, entre otros organismos que están sujetos al control fiscal el cual es ejercido por la Contraloría General de la República. “El cambio constitucional de 1991 marcó el inicio de un proceso de reformas en el sistema de control fiscal, por lo que se pasó del control previo numérico–legal al control posterior y selectivo.” (Naranjo Galves, 2007, pág. 153)

*“El cambio del control previo y preceptivo, a posterior y selectivo, hay que entenderlo como una política del fortalecimiento de la institucionalidad del Estado, hay que ir más allá hasta la verificación de la calidad de los resultados contractuales.”* (Maldonado Narváez, 2014, pág. 145)

## Control Fiscal

A pesar de que la Contraloría ha hecho un gran trabajo por vigilar los recursos públicos y su destinación a la realización de diferentes contratos en todo el territorio nacional, no ha sido suficiente la labor para lograr una transparencia en muchos de los contratos estatales del país, y se han visto grandes escándalos en los últimos años respecto al tema de la contratación pública en nuestro país; es por todo esto que se ha hecho un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la sala de casación penal respecto a la contratación pública en nuestro país. (Moya Vargas & López Díaz, 2002)

Se puede decir que el control fiscal es una función pública la cual está encaminada a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y también de los particulares que manejen fondos o bienes del Estado (Ley 42 de 1993), pero para dar una definición más exacta hay que remitirse a la Ley 610 de 2000 en su artículo 3, que reglamenta el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, la cual define la gestión fiscal de como : “*El conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos que manejen fondos públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado.*” (Ley 610 de 2000)

Por lo tanto, se puede ver que el control fiscal no se limita únicamente a la potestad de ordenar el gasto de los fondos y bienes del Estado, sino también se refiere a la planeación, administración, adjudicación, recaudo, manejo, entre otros, los cuales van a constituir todo lo que se conoce como control fiscal el cual debe estar ejercido por la Contraloría General de la República, y al mismo tiempo por las contralorías departamentales y municipales, para de esta manera lograr el buen manejo de los recursos estatales.

En contraste con el análisis jurisprudencial hay que remitirse a la Corte Constitucional colombiana, la cual se ha pronunciado sobre el control fiscal y la posible responsabilidad hacia los órganos de dirección y control:

*“El control fiscal es el dispositivo con el que se asegura el cumplimiento de los objetivos previstos por la constitución para la economía del Estado. El control fiscal hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de la contratación.”* (Corte Constitucional, 1998)

En otra oportunidad la misma corporación se refirió al tema de la responsabilidad fiscal:

*“La responsabilidad fiscal engloba a los directivos de las entidades y también a las demás personas que profieran decisiones que de esta manera determinan la gestión fiscal, que se les infiere responsabilidad dentro del proceso, por los perjuicios causados al Estado.” (Corte Constitucional, 1996).*

Así por tanto hay que apreciar los diferentes pronunciamientos de la Corte constitucional respecto al control fiscal y la responsabilidad fiscal, el cual va en consonancia con el concepto de la ley 610 de 2000, y también con la ley 42 de 1993 respecto a la responsabilidad fiscal.

Si se tiene entonces que el control fiscal *“es una forma de control estatal que a partir de la vigilancia de la gestión fiscal, son los llamados a salvaguardar los bienes y recursos de naturaleza financiera que constituyen el patrimonio público de un país.”* (Archibold Barrios, 2013, pág. 30) Por lo que la tarea de los órganos de control fiscal es muy importante para de esta manera lograr un crecimiento en la economía del país.

Uno de los órganos encargados de hacer ese control fiscal es la Contraloría General de la República por medio de la cual se podrán *“aplicar sistemas de control establecidos, como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno.”* (Gomez Buitrago, 2017 , pág. 138) con eso se puede establecer los estados financieros de las entidades estatales, las operaciones económicas y administrativas, entre otras cosas. Por lo que se debe mirar tal vez una forma de punibilidad para poder controlar de cierta forma a las personas ya que *“el castigo tiene el propósito de afectar a la misma sociedad.”* (Carreño Dueñas, 2015, pág. 42)

## **Contratación Pública**

Bien, ya se ha visto lo que en teoría es el control fiscal, se puede ver que la ley y la jurisprudencia en cuanto a este tema es muy clara, pero no todo es así como se ve en la normatividad y en la jurisprudencia, ya que últimamente se han destapado grandes escándalos respecto a la contratación pública, que va de la mano del control fiscal, como han sido el de el carrusel de la contratación, Odebrecht y ahora último el de la represa de Hidroituango, en el cual se están investigando los responsables, entre otros casos.

*“Se aprecia que las investigaciones proliferaron en momentos como el cambio constitucional en 1991.”* (Torregrosa Jiménez & Torregrosa Jiménez, 2017, pág. 174). En medio de la labor de investigación de la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, se

han encontrado sentencias bastante importantes respecto al tema de la contratación pública y los principios que rigen la misma, entre los cuales está el proceso n° 34282 Bogotá D.C., del ocho (08) de noviembre de dos mil once (2011). Que tiene como magistrado ponente a Julio Enrique Socha Salamanca, sentencia que es bastante importante para el tema en mención debido a que trata el tema del llamado carrusel de la contratación en el cual se acusa al entonces senador Gustavo Moreno Rojas por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, y el delito de concusión.

En la mencionada sentencia se hace alusión a la vulneración, por parte Moreno Rojas, de los principios que gobiernan la contratación pública, entre los cuales están: moralidad, imparcialidad, igualdad, transparencia y selección objetiva, principios que no deben ser vulnerados ya que de esta manera se podría tener alejados de la contratación pública los intereses individuales de cada persona y la corrupción (*Corte Suprema de Justicia, 2011*)

Ahora bien, acudiendo a los principios de la contratación pública hay que hacer mención al principio de transparencia el cual se desarrolla en otra de las sentencias investigadas de la Corte Suprema de Justicia:

*“Una de las principales consecuencias del principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (estatuto de la contratación pública), implica que, por regla general:*

*“La licitación pública es la regla general, y se circunscribe a su vez en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad, que pertenecen a toda la función administrativa, por disposición del artículo 209 de la Constitución Política.” (Corte Suprema de Justicia, 2003).*

Con todo esto, se puede ver en general las reglas de la licitación pública y a su vez los principios a los cuales debe regirse la forma en que se realiza la contratación estatal en nuestro país, y es un tema que se debe tener en cuenta a la hora de adjudicar los diferentes contratos.

A través de la Ley 1150 de 2007, se impuso la idea de que, al diseñar un contrato estatal para la ejecución de obras públicas,

*“Se debe realizar un análisis sobre el reparto de los riesgos contractuales. El propósito de distribuir los riesgos de un contrato conlleva, una actitud del administrador, definidos por las personas que tienen a su cargo la elaboración de los pliegos de condiciones de una licitación” (Araújo Oñate, 2011, pág. 174)*

Con esto lo que se tiene es que la adjudicación de los contratos no sea transparente, y empiece a inclinarse la balanza, hacia el contratista particular que mejor oferta le presente a la persona a cargo de la adjudicación del contrato, y a partir de ahí es que surgen los temas de corrupción en la contratación pública, cosa que no debería suceder, pero en nuestro país esto sucede con mucha frecuencia.

Entre tantas causas que dan origen a la corrupción en la contratación pública se puede encontrar una a la cual se remiten muchas leyes de contratación pública *“es la relacionada con la inexistencia de pluralidad de oferentes, es decir, aquellos casos en los cuales solo existe un oferente que puede suministrar un determinado servicio.”* (Castro Cuenca, 2017, pág. 125) Esta es una de las formas más comunes de adjudicar contratos para de estos mismos poderles sacar un buen provecho económico.

*“La corrupción en la contratación pública no es un concepto autónomo, sino la materialización de un fenómeno (la corrupción) en una actividad de las administraciones públicas (la contratación pública).”* (Castro Cuenca & Et Al, 2010, pág. 205) Por lo que no se puede descuidar en ningún momento con el control fiscal que se hace a cada uno de los contratos que celebren los servidores públicos, puesto que en cualquier momento se presenta alguna anomalía bien sea en la adjudicación de los contratos, o bien en las formalidades de los mismos, para de esta manera favorecer intereses particulares.

Con todo el tema de la contratación pública y la corrupción que hay a través de ésta, surge un interrogante y es el de ¿cuál es el bien jurídico tutelado que se ve vulnerado con los delitos contra la administración pública? Sin duda la respuesta a esta pregunta no es nada sencilla, pero para poder responderla hay que indagar un poco sobre la posición de la doctrina.

*“En Alemania, la doctrina dice que el bien jurídico protegido en los delitos en la Administración es la confianza en la misma Administración y al mismo en los servicios públicos”* (Castro Cuenca, 2017, pág. 143) Mientras tanto por otro sector de la doctrina Alemana, se ha visto que el doctor Queralt *“nos dice que el bien jurídico tutelado en los delitos que tienen que ver con la administración pública es el mismo servicio público puesto, esta se consigue mediante la prestación de servicios públicos, así que, esa capacidad de prestar servicios constituye el bien jurídico protegido”.* (Castro Cuenca, 2017, pág. 143) Por otro lado, en Italia aunque se está de acuerdo con que la administración se ve perjudicada cuando se vulnera a la administración pública con la comisión de delitos, el doctrinante italiano *“Manzini señala que es el mismo buen nombre*

*de la administración pública el bien jurídico protegido y a su vez la corriente articulación, lo que conlleva aspectos como la rectitud, la indiferencia, la disputa, la honra de los empleados públicos y la misma intención del Estado.” (Castro Cuenca, 2017, pág. 144)*

Pero mirado un poco más hacía nuestro país hay que ver al doctrinante colombiano “*Pabón Parra, señala que, el adecuado desarrollo de la actividad estatal es el bien jurídico protegido. Por lo que el objeto jurídico tutelado serán las acciones que despliega el Estado para la ejecución de sus fines.*” (Castro Cuenca, 2017, pág. 145)

Analizado ya lo que ha dicho la doctrina, hay que remitirse a lo que ha dicho la honorable Corte Constitucional colombiana que en los delitos contra la administración pública hay una gran variedad de conductas punibles que protegen el patrimonio y otras protegen el ejercicio de la función pública ya que con el actuar de los servidores públicos se ve afectado el buen nombre que tiene la administración. (Corte Constitucional, C-128 de 2003)

Al mismo tiempo al ver que se está afectando al Estado con los delitos contra la administración pública, no se puede quedar en que solo se está afectando al Estado, sino también a los ciudadanos ya que se va perdiendo la confianza que se tenía por las instituciones del estado.

En ese sentido, la sala de casación de la corte suprema de justicia 17141 del 15 de mayo de 2003:

*“La administración es lesionada cuando el servidor público sintiéndose dueño de las cosas que con base en la confianza se le han entregado para que administre, las toma para sí y genera la desconfianza dentro del Estado.” (Corte Suprema de Justicia, 2003).*

Con todo lo expuesto no queda más que seguir en la tarea de mantener la vigilancia a todos y cada uno de los órganos estatales para de esta manera evitar caer en las vulneraciones a los recursos públicos y a la administración pública, el problema no es de las leyes, el problema es de la formación en cuanto a la ética y los valores de las personas que tienen a cargo la administración pública, ya que estudios les sobra a muchos de ellos.

## **Conclusiones**

Siempre ha existido la necesidad de ejercer control sobre la administración de los recursos, y es por eso que éste no es un tema nuevo, pero al parecer el control que se hace no es suficiente.

El control fiscal es un mecanismo constitucional que busca orientar a que los funcionarios encargados del control fiscal tengan muy en cuenta los principios de legalidad, eficiencia,

economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Hay que buscar el bienestar general por encima del interés particular, ya que esta es una de las grandes razones por las que suceden gran parte de las irregularidades en la contratación pública.

Con el análisis jurisprudencial hecho se puede ver que la forma más común de cometer irregularidades en la contratación pública es a través del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, ya que a partir del contrato inician todas anomalías de la contratación estatal.

## **Bibliografía**

- Araújo Oñate, R. (2011). *La Ley 1150 de 2007. ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?.* Bogotá: Universidad del Rosario . pág. 160-180.
- Archibold Barrios, W. (2013). Revisoría fiscal y control fiscal como formas de control estatal en Colombia. *Revista Civilizar de Empresa y Economía Núm. 8*, pág. 27-39.
- Carreño Dueñas, D. (2015). "La punibilidad del sujeto masculino religioso hoy". *Albertus Magnus Revista Interdisciplinar De Estudios Filosóficos Y Teológicos ISSN: 2011-9771* , pág. 29-51.
- Castro Cuenca, C. (2017). *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla.* Bogotá: Universidad del Rosario. Pág.120-160.
- Castro Cuenca, C., García López, L. F., & Martínez Vargas, J. R. (2010). *La contratación estatal. Teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional.* Bogotá : Universidad del Rosario. Pág. 180- 215.
- Chavarro Cadena, J. E. (2012). *Estatuto General de la Contratación Pública y Registro único de proponentes.* Bogotá: 2012 . Pág. 120-170
- Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.* Madrid: Trotta.
- Gomez Buitrago, J. (2017 ). *Gerencia pública y control fiscal .* Bogotá : Universidad del Rosario. Pág. 115-145.
- Hernandez Sampieri, & Et Al (2006). *Metodología de la Investigación.* Mexico D.F.: Mcgraw-hill Interamericana.
- Justicia, Investigación El Tiempo. (15 de Octubre de 2017). Van 156 políticos vinculados a casos de corrupción en Colombia. *El Tiempo.*



- Maldonado Narváez, M. I. (2014). El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho. *Revista Facultad de Derecho Y Ciencias Políticas S. Vol. 44, No. 120, ISSN 0120-3886*, Pág. 129-152.
- Moya Vargas, & Et Al. (2002). *Comentarios a los códigos penal y de procedimiento penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Naranjo Galves, R. (2007). *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario. Pág. 140-175.
- Obregón González, C. (2017). ¿Más corruptos que antes? *Caracol Radio*.
- Pachón Lucas, C. (2014). *Contratación Pública. Análisis normativo. Descripción de procedimientos.* . Bogotá : ECOE.
- Torregrosa Jiménez, N. E., & Torregrosa Jiménez, R. A. (2017). Una mirada al caso del palacio de justicia desde la responsabilidad del estado frente a los derechos humanos. Una aproximación a un estado del arte. *Revista Republicana ISSN: 1909-4450*, pág. 167-184.
- Torres Estepa, A. (2013). Responsabilidad de los funcionarios en la contratación estatal en Colombia. *Revista Principia Iuris N°.20, SSN: 0124-2067*, pág. 247-264 .

### **Jurisprudencia**

- Corte Constitucional, M.P. Antonio Barrera Carbonell Sentencia SU-620 de 1996.
- Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz Sentencia C-499 de 1998.
- Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis C-128 de 2003.
- Corte Suprema de Justicia, MP: Edgar Lombana Trujillo, Proceso #17089 -23 de septiembre de 2003.
- Corte Suprema de Justicia, M.P Julio Enrique Socha Salamanca - Proceso # 34282 -Bogotá D.C., ocho (08) de noviembre de dos mil once (2011).

### **Normatividad**

- Ley 42 de 1993.
- Ley 610 de 2000.