

El Control Fiscal en la Contratación Pública a partir de la Constitución Política de 1991*

Fiscal Control in Public Procurement from the Political Constitution of 1991

Miguel Ángel Morales Salazar**

Resumen

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se establecieron una serie de cambios en materia de Control Fiscal en Colombia, con el propósito de disponer de manera eficiente de la asignación de los recursos públicos, dentro de aquellos cambios, se propuso instaurar un ente que se encargara de vigilar el organismo, que en ese entonces ejercía el Control Fiscal en Colombia.

Por otra parte, el país adoptó un proceso de Control Fiscal posterior y selectivo, conducido por de la Contraloría General de la República, a quien además, se le delegó la misión de vigilar la gestión fiscal de la administración y de las entidades o particulares que manejen recursos públicos.

A partir de la constitución de 1991, se entendió el Control Fiscal, como el seguimiento que se ejerce tanto a los servidores públicos como a particulares, que tienen a su cargo recursos económicos del Estado, realizan la Gestión Fiscal, entendida esta, como el conglomerado de actividades que realizan las personas que manejan recursos públicos, tendientes a la correcta, planeación, administración, e inversión, con el propósito de cumplir los fines esenciales del Estado Social de Derecho, donde según (Carreño Dueñas, 2017) se instauran en términos de derechos, garantías, salvaguardas, sujetos, principios; tales como la Legalidad, Eficiencia y Eficacia.

Palabras Clave

Control Fiscal, Contratación Estatal, Gestión Fiscal, Responsabilidad Fiscal, Ejecución Presupuestal.

* 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.

** 1 Estudiante de Octavo Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás – Sede Bogotá, perteneciente al semillero Ética Pública, adscrito al grupo socio humanística del Derecho y al grupo Derecho Público Francisco de Vitoria. Correo Electrónico: miguelmoraless@usantotomas.edu.co.

Abstract

Since the entry into force of the Constitution of 1991, a series of changes were established in the matter of Fiscal Control in Colombia, with the purpose of having an efficient allocation of public resources, within the changes, it was proposed to create a body in charge of the surveillance of the entity that exercises Fiscal Control in Colombia.

On the other hand, the country adopted a process of selective and subsequent Fiscal Control, headed by the General Comptroller of the Republic, which was also delegated the mission of monitoring the fiscal management of the administration and of the entities or individuals that manage public resources.

From the constitution of 1991, Fiscal Control was understood, as the surveillance that is done to the way public servants and private individuals, who administer the resources of the State, the Fiscal Management is carried out, it is understood by the concept of Management Fiscal, the set of activities carried out by the people who manage public resources, tending to correction, planning, administration, and investment, with the purpose of complying with the essential fines of the Social State of Law, under the principles of Legality, Efficiency and Effectiveness.

Key Words

State Contracting, Fiscal Responsibility, Fiscal Control, Budgetary Execution, Fiscal Management.

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, Fernandez Collado, & Pilar Bastidas, 2006, págs. 12,14). El método del análisis jurisprudencial empleado en este trabajo se ubica dentro del modelo señalado como dogmática jurídica (Courtis, 2006). Este trabajo de investigación es el resultado de la aplicación de instrumentos de captura y análisis de la información de *199 jurisprudencias* de la ***Sala Penal – de la Corte Suprema de Justicia***, 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 el proyecto de investigación que dio como resultado la producción de este texto, se realizó, a partir del estudio de la legislación, la doctrina y principalmente la jurisprudencia vigente al interior del ordenamiento jurídico colombiano, se pretendió hacer la pregunta a cerca de ¿cómo se ejerce el Control Fiscal en la contratación pública en Colombia?, para lograr establecer si este control se está ejerciendo o no de manera efectiva.

En primer lugar, es importante resaltar que el origen del control fiscal se remonta a la época del descubrimiento y la conquista de América, en la cual el Control Fiscal recaía sobre la administración de los recursos económicos del monarca, el funcionario designado por la Corona para ejecutar esta tarea, se denominaba como Lugarteniente de los Contadores de Castilla.

En segundo lugar, es menester mencionar, que de conformidad con la información suministrada por la Pagina web de la Contraloría General de la Republica, en Colombia, la fundación de este ente de control, se llevó a cabo a raíz de problemáticas circunstancias que desencadenaron en la proposición de un esquema de control fiscal uniforme, una de tantas situaciones fue que para ese entonces, Colombia recibió por parte del gobierno de Estados Unidos la suma de 25 millones de dólares provenientes de la venta de Panamá, esto hizo que el gobierno Nacional aumentara sus recursos financieros, pero sin renovar sus métodos fiscales, lo que produjo una ejecución progresiva de sus gastos y proporcionalmente un déficit fiscal. Ante esta situación, fue indispensable implantar una comisión que reformara las finanzas públicas del país. Por esta razón, Según (Mira, J. & Meza, C. & Vega, D. 2001) el presidente de Colombia de ese entonces, Pedro Nel Ospina Vásquez delegó a el embajador de Colombia en Estados Unidos, para que reuniera una delegación de economistas profesionales estadounidenses, con el propósito de plantear una respuesta a la delicada situación fiscal que se estaba presenciando en Colombia.

Este suceso histórico, fue lo que se conoció como la Misión Kemmerer, la cual adoptó una serie de recomendaciones que podían servir al Estado Colombiano, para llevar a cabo el control de sus recursos, dentro de las cuales se creó el Banco de la Republica, la Superintendencia Bancaria y la Contraloría.

Esta situación motivó al poder Legislativo a expedir la Ley No. 42 del 26 de enero de 1923, la cual creo el Departamento de Contraloría, como un ente autónomo del resto de Departamentos Administrativos, y se le otorgo la facultad de controlar las finanzas públicas del país.

Posterior a esto, con la expedición de la Constitución de 1991, se produjeron una serie de cambios respecto del Control fiscal, entre las cuales se propuso fundar un organismo facultado de atender la vigilancia de la entidad que ejercía el Control Fiscal en Colombia, y fue entonces cuando se le otorgo esta función a la Auditoria General de la Republica.

Desde entonces, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el país adoptó un proceso de Control Fiscal posterior y selectivo, liderado por la Contraloría General de la República, a lo cual, se le delego la misión de vigilar la gestión fiscal de la administración y de las entidades o particulares que administren recursos propios de la Nación.

¿A quién se ejerce Control Fiscal en Colombia?

En primer lugar, es importante decir que el control fiscal se concibe como el rastreo que se ejecuta a la forma como los servidores públicos y particulares, que manejan recursos económicos de la nación, llevan a cabo la gestión fiscal. El mencionado seguimiento, de conformidad con lo dicho en el veredicto C-529 de 1993 del Tribunal Constitucional Colombiano, pretende Determinar si las distintas transacciones jurídicas, financieras y materiales de la gestión fiscal, se ejecutaron de conformidad con las normas establecidas por las respectivas autoridades y los criterios de aplicables a las entidades que administran recursos de la nación.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante mencionar que cuando se habla de ejercer un control fiscal, este, se debe ejercer a una persona ya sea natural o jurídica, a la cual dentro de sus facultades, se le haya delegado la función de gestión fiscal. La Gestión fiscal entendida, según la Ley 610 de 2000, como el conglomerado de tareas, que ejecutan los servidores públicos y particulares que dispongan de fondos públicos, tendientes a la adecuada administración de los bienes públicos, con el propósito de lograr los fines esenciales del Estado.

En este orden de ideas, no se podría ser responsable fiscalmente, hasta tanto no se ejerza gestión fiscal, puesto que la responsabilidad fiscal según el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, comprende una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre dichos elementos.

La noción de gestión fiscal cumple una función importante desde el punto de vista constitucional, puesto que, según (Torregrosa Jiménez, 2017) en el Preámbulo de la Constitución reside el concepto ideológico a través del cual se concibe el modelo de Estado, en la determinación de la Auditoría General de la República en cuanto a la responsabilidad fiscal. En este orden de

ideas, el artículo 268 de la Carta Política, atribuye al Contralor General la facultad de “establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias respectivas, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”.

Al interior del ordenamiento jurídico colombiano, existe un proceso denominado proceso de responsabilidad fiscal, por medio del cual, se pretende instaurar una serie de acciones tendientes a reparar los daños causados con una conducta típica, antijurídica y culpable que ha tenido como sujeto pasivo al Estado, en el ejercicio de una actividad necesaria dentro del correcto funcionamiento en la administración del país, a raíz de una conducta dolosa o culposa de los individuos que ejecutan los recursos económicos del Estado.

¿Cómo se ejerce el Control Fiscal en la Contratación Pública actualmente?

Entre la normatividad vigente, se encuentra la Ley 80 de 1993, dicha Ley es el Estatuto General de Contratación Pública en Colombia, el cual señala los parámetros que deben seguirse para que el Estado contrate con una persona ya sea natural o jurídica, con el fin de que ejecute una obra o labor y dispuso en el artículo 65 respecto a la intervención de las autoridades que realizan el control fiscal en la contratación pública, que se ejercerá una vez finalizados los trámites administrativos de legalización de los contratos.

Y estipula que además se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para constatar que éstos se ajustaron a las disposiciones de la Ley. Después de liquidados los contratos, la vigilancia fiscal abarcará un control financiero, de gestión y de resultados.

El control previo de la actividad contractual está a en cabeza de las oficinas de Control Interno. Los entes de Control Fiscal pueden requerir informes sobre su gestión a los servidores públicos.

De igual manera, el control fiscal que se ejerce en los contratos estatales de acuerdo al artículo a la Ley 80 de 1993 y la Jurisprudencia C-623 de 1999, de Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, se lleva a cabo una vez finiquitados los respectivos trámites de legalización de los contratos, mientras su ejecución, y adicionalmente, se ejerce el control posterior después de liquidados los contratos, esto con el fin de constatar que éstos se ajustaron a las disposiciones de la ley.

La Corte Constitucional al respecto, estableció que a la Contraloría se le ha otorgado una Función de advertencia, esta es la única forma en la que puede intervenir la Contraloría en la etapa de ejecución del contrato y previo a la etapa de finalización, por medio de la cual se le permite

prevenir a la persona que ejerce gestión fiscal de que la realización de ciertas actividades, pueden desencadenar en un daño al patrimonio del Estado, por lo que debe replantear la forma como ejecuta los recursos económicos del Estado, esta facultad de advertencia que posee la Contraloría, es la materialización de esa función protectora del erario, respecto de la gestión fiscal, con el fin de evitar actos de corrupción.

Por consiguiente, el control asignado a la Contraloría General de la República, es de carácter posterior, por disposición del artículo 267 de la Constitución, por ende, se podría inferir, que a este órgano de control, no se le ha facultado para participar en la etapa de contratación, sino que, su función inicia a partir de la etapa pos contractual.

La sentencia C – 623 de 1999 sobre control fiscal, señaló que el control fiscal sobre la actividad contractual de la administración pública, según el Estatuto de Contratación pública, tiene lugar en dos momentos distintos:

Después de concluidos los respectivos trámites administrativos de legalización de los contratos, con el fin de vigilar la gestión fiscal de la administración y el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación pública.

Y una vez liquidados los contratos, para ejercer un control financiero, con el fin de verificar los resultados, fundados en la eficacia, eficiencia y la economía.

En consecuencia la actividad del control fiscal sobre esta clase de contratos, da lugar a partir de que la administración finaliza los respectivos trámites administrativos de legalización y posterior a la verificación del cumplimiento de todos los requisitos legales.

Por tanto, el control fiscal posterior es importante ejercerlo después de ejecutados los procesos u operaciones objeto de control y antes de que prescriban las respectivas acciones fiscales, administrativas, y penales, procedentes según la Ley y la Constitución.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha expuesto en este sentido en la Jurisprudencia 2093 de 2004, de C.P: Gabriel Eduardo Mendoza, que el sujeto activo en el proceso de responsabilidad fiscal, son los servidores públicos y las personas particulares que ejecutan recursos económicos del Estado, quienes al momento de ejecutar la gestión fiscal, mediante actividades jurídicas y económicas, ocasionen un menoscabo al peculio del Estado.

Adicionalmente, para puntualizar cuándo un particular que ejecuta funciones públicas es sometido a inspección fiscal, no es suficiente interpretar la esencia del cargo que ocupa y la de los

fondos que maneja, sino que además es imperioso constatar si lleva a cabo actos de gestión fiscal, en los términos estipulados en la ley 610 de 2000.

Es importante tener en cuenta, que el contrato estatal es una herramienta de gestión pública para el logro de bienes y servicios, que puedan solventar las necesidades de las entidades del Estado, además, es importante recalcar, cuando es fundamental distinguir en qué casos el recurso público que se debe tramitar por medio del contrato estatal, se aparta de ser público para transformarse en privado y en qué eventos el recurso público aún se encuentra en la esfera de custodia del Estado, en el momento de la ejecución de un contrato.

La ejecución del contrato estatal siempre involucra recursos públicos, no obstante abandonan esta naturaleza, si se emplean al pago del contratista, por tanto, ingresan a su patrimonio, puesto que después de sufragada la obligación de la entidad del Estado, el dinero en su origen público, ingresa a enriquecer el patrimonio del contratista, por esta razón, deja esta naturaleza, transformándose en particular, recurso al cual ya no se le tiene la facultad de ejercerle el control fiscal respectivo, siempre y cuando el contratista haya cumplido cabalmente con sus obligaciones.

Conclusiones

Después de concluido el respectivo trabajo de investigación, y haber analizado una serie de sentencias tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, se puede establecer que el ejercicio del Control Fiscal, ha sido una herramienta ineficaz para lograr la correcta asignación de los recursos públicos y que además, el proceso de Responsabilidad Fiscal no es lo suficientemente rígido, como para lograr el resarcimiento de los perjuicios causados al patrimonio del Estado.

En la mayoría de sentencias analizadas, se pudo establecer que la Contraloría, por decirlo así, llega tarde a verificar la correcta asignación de los recursos, cuando ya el detrimento ha sido causado, y los recursos se encuentra en manos de terceros, haciéndose casi imposible recuperar los recursos estatales.

Por lo anterior, se logra concluir que la función de advertencia que se le ha sido asignada a la contraloría General de la Republica, se torna ineficaz, puesto que con simples recomendaciones a la persona ya sea natural o jurídica que ejerce gestión fiscal, es imposible lograr la no desviación y correcta asignación de los recursos, haciéndose más factible que se presenten actos de corrupción.

De manera propositiva, se sugiere implementar una serie de reformas que le permitan a la Contraloría, ampliar sus funciones al momento de ejercer control fiscal, tanto en la etapa precontractual, como en la etapa netamente contractual, para que esta, no solamente tenga una facultad de advertencia, sino que ingrese directamente a verificar el manejo de los recursos y la posibilidad de investigar fiscal y penalmente, según, (Moya, 2016) sí es una obligación de los Estados procurar procesos penales justos y garantistas; su realización es la más auténtica autoafirmación de la soberanía, a las personas que al momento de ejercer la gestión fiscal, realicen actos de corrupción. Quizás así se logre limitar un poco el ejercicio de la persona encargada de asignar los recursos económicos del Estado.

Esta problemática merece atención inmediata por parte de las ramas del Poder Público, especialmente por el Poder Legislativo, que es quien finalmente tiene la facultad de reformar las leyes en las que se le ha asignado el Control Fiscal a tales entidades.

Además porque el país, en este momento está atravesando una ola de corrupción de gran magnitud, el cual está desencadenando en una serie de vulneraciones masivas de derechos, puesto que la desviación de los recursos, no permite que se puedan suplir necesidades básicas de los demás habitantes de la población, teniendo en cuenta que el control fiscal es una herramienta de origen constitucional, que pretende que los individuos que ejercen gestión fiscal, salvaguarden los principios de transparencia, primando el bien común, antes que el interés particular.

Bibliografía

Amaya, U. (1996). Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal. Bogotá: Editorial Umbral Ediciones, 1996. Págs. 72 - 106

Amaya, U. (2002). Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos Sustanciales y Procesales, (1ª ed.). Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia. Págs. 37 - 45

Benavides, J. & Santofimio, J. (2010). X Jornadas de Derecho Administrativo. Incertidumbre en la Contratación Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, agosto de 2010, p. 25 y ss

Carreño Dueñas, D. (2017). Una Teoría Crítica del Derecho para el postconflicto, 2017, Justicia constitucional: Tomo I / Cristhian E. Beltrán Bustos y otros. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Págs. 17 - 22

Fajardo Peña, S. La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado, Revista digital de Derecho Administrativo, No. °18. Segundo semestre, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 327-351

Herrera, A. (1996). La Responsabilidad Fiscal en Colombia. Barranquilla: Revista de Derecho Universidad del Norte, 1996, Págs. 86-97

Mira, J. & Meza, C. & Vega, D, (2001). El Control Fiscal en Colombia. Trabajo de Grado. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana, 2001 Pags.5-7.

Moya Vargas, M. F. (2009). La dinámica de la soberanía en el contexto de la jurisdicción penal 2009. Bogotá: Vol. 2, Núm. 31 (2009). Págs. 41 - 43

Moya Vargas, M. F. & López Díaz, C. (2002): Comentarios a los códigos penal y de procedimiento penal.2002.Bogota: Ed: Universidad Externado De Colombia ISBN: 9-586-1661 2 págs. 733

Torregrosa Jiménez, N. & Vilma S. Moreno Díaz y otros. (2017). Justicia constitucional: Tomo II / Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. (2017) ISBN 978-958-749-770-0. Págs. 121 - 124

Santofimio Gamboa, J. (1996). Tratado de derecho administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad Carlos III de Madrid. Págs. 17-38

Younes Moreno, D. (1987). Régimen de Control Fiscal. Bogotá: Editorial Temis, 1987. Págs. 11 – 16.

Web grafía

Contraloría General de la República. (s.f.). *Historia Y Contralores*. Obtenido de <http://www.contraloria.gov/la-entidad/la-historia-y-contralores>

Jurisprudencia

Jurisprudencia Corte Constitucional Sentencia C-623 de 1999, M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz

Jurisprudencia Corte Constitucional Sentencia C-529 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Jurisprudencia Corte Constitucional Sentencia C-308 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 73222017-Radicado No. 49819, M.P. María Patricia Salazar Cuellar.

Jurisprudencia Corte Constitucional Sentencia T – 066 de 1998 M.P.: Cifuentes Muñoz, Eduardo. 1998.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 26 de agosto de 2004, C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza. Rad. 2093.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2015, C.P.: Olga Mélida Valle. Rad. 36878.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 12 de noviembre de 2015, C.P.: María Claudia Rojas. Rad. 2004-01667-01.

Leyes

Ley No. 42. Diario Oficial de la Republica de Colombia, Bogotá, 26 de enero de 1923.

Ley No. 80. Diario Oficial de la Republica de Colombia. Bogotá, 28 de octubre de 1993.

Ley No. 610. Diario Oficial de la Republica de Colombia, Bogotá, 15 de agosto de 2000.

Constitución Política de Colombia de 1991