

El Control Fiscal Y La Contratación Pública Un Análisis Desde La Jurisprudencia En Colombia.*

Fiscal Control and Public Contracting an Analysis from the Jurisprudence in Colombia

Carlos Alberto Medina Iguarán**

Resumen

El presente trabajo de investigación es el resultado de un trabajo investigación de más de 199 sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, 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, se pondrá en conocimiento los pronunciamientos más relevantes que ha hecho la Corte, además de las conclusiones de los resultados obtenidos de la investigación y una propuesta para mejorar el sistema de control fiscal en Colombia.

Palabras claves

Control fiscal, Contratación pública, Estado, Corrupción, Erario

Abstract

This paper is the result of a research work of more than 199 sentences of the Supreme Court of Justice Criminal Chamber, its method, principles, processes, among others; As well as the interpretation that the proposal of fiscal control entails as a legal asset and as a Fundamental Right, the reader will be informed of the most relevant pronouncements made by the Court, as well as the conclusions of the results obtained from the investigation and a proposal to

* El 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 Carlos Alberto Medina Iguarán de 8 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.

improve the tax control system in Colombia, a system that underwent a major change after the 1991 constitution.

Keywords

Fiscal control, Public procurement, State, Corruption, Treasury

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 (Hernández, 2006, Pág. 12 a 14). El método del análisis jurisprudencial empleado en este trabajo se ubica dentro del modelo señalado como dogmática jurídica (Courtis, 2006). La investigación cumple dos propósitos fundamentales, primero producir conocimiento y teorías “investigación básica” segundo resolver problemas “investigación aplicada”. Gracias a estos dos tipos de investigación la humanidad ha evolucionado. La investigación es la herramienta para conocer lo que nos rodea y su carácter es universal. (Sampieri, 2014). Esta ponencia es el resultado de la aplicación de instrumentos de captura y análisis de la información de más 199 jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia Sala 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.

Uno de los principales mecanismos de protección del erario en la sociedad, es el control fiscal. A través de este instrumento es posible que quienes se apropiaron o les dieron una mala administración a los recursos públicos tengan que pagar tanto a la sociedad como al estado por todos y cada uno de los daños que han ocasionado. Esta herramienta también reduce el impacto de la corrupción, pues permite rescatar gran cantidad de los recursos apropiados de los bolsillos de los corruptos, a su vez no menos importante, genera un efecto muy transcendental en la sociedad que es divulgar el mensaje de que ningún funcionario se puede quedar con el dinero que le ha robado al Estado, del mismo modo el control fiscal garantiza la implementación y alcance eficaz a cada rincón del territorio nacional de los recursos públicos, logrando que se cumplan los fines sociales consagrados en la constitución. Por lo anterior, el control fiscal casi que es equiparable con una tutela, por ser

la garantía estatal para la ejecución de obras que garantizan derechos fundamentales como son alcantarillados, acueductos, vías, y hospitales.

Dicho lo anterior surge una gran duda y es cuál ha sido el papel de las instituciones en el control y los pronunciamiento sobre el *cáncer* de la corrupción que afecta a nuestro país, que pareciese que está haciendo metástasis y se propaga día por día de forma contundente por muestras institución. Para efectos de esta ponencia tomare como punto de relatoría la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal; primero explicaran en que consiste el control fiscal, segundo se citaran las jurisprudencias más relevantes sobre el tema (Torregrosa, 2015, pág. 13), poniendo en evidencia el papel que han cumplidos los órganos de control ante la Corte y el fundamento jurídico que han utilizado los magistrados a lo largo de los años para dictar sentencias, para finalizar se hará una crítica debidamente argumentada de que debe mejorar nuestro sistema actual para controlar el *cáncer de la corrupción*.

Desarrollo

El derecho comparado ha revelado que en países como España y Uruguay, con un notable índice de corrupción menor al de nuestro país, el control fiscal está en manos de la rama judicial a través de los Tribunales de Cuentas, muy diferente en Colombia en nuestro caso es administrado por organismos de control que no están en la Rama Judicial y carecen de los instrumentos necesarios para hacer cumplir efectivamente sus decisiones.

Es muy común que los pocos fallos con esencia fiscal que se dictan sean infructuosos, debido a que todos los objetivos del proceso fiscal no se está materializando, esto quiere decir que el proceso trasciende más allá de una sentencia condenatoria, este debería de tener como elemento esencial la recuperación del erario, según cifras de la Auditoria General por cada 1.000 pesos que despojan de las arcas del Estado los corruptos en Colombia solo se están recuperando 40 pesos es decir (4%) (Tiempo, 2017). Esto deja un sin sabor en la sociedad, a su vez no se impone unos de los objetivos de la pena de los que habla Beccaria, y es el temor en la sociedad de la ejecución de la conducta sancionable, se está dejando un sentimiento de impunidad, que es replicado por la nuevas generaciones.

Previo a la constitución de 1991, el control fiscal se concebía según la sentencia del magistrado ponente de la Corte Suprema Eustorgio Sarria como:

“La gestión fiscal de la administración se divide en dos etapas la primera, comienza con las actuaciones de obtención u composición de un patrimonio público que se reserva a saldar las necesidades del servidor público plan de gobierno u otros”. Seguido de las actuaciones propias para mantener, mejorar y aprovechar el patrimonio público, y concluye con la afectación, disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles del Estado, para que se cumpla el fin que le dio origen, y lo justifiquen”

Debido a la constitución de 1991, el precepto anterior fue cambiando, acogiendo la tesis plateada por Alberto Amaya, la cual es una posición que presenta menos limitaciones:

“la gestión fiscal, se entiende como el conjunto de actividades, operaciones y procedimientos que desarrolla la administración pública, o particulares que administran dineros públicos, con el fin de cumplir tanto sus objetivos y metas, como los fines generales del estado” (Amaya, 1996, pág. 32)

El control financiero es aquel análisis que se ejecuta, atendiendo las normas y parámetros de la función de auditoría estipuladas en la ley, para decidir con posterioridad a los estudios si existe o no una concordancia con lo contratado y lo obtenido, así como el estado de las cuentas de la entidad contratante.

Se tiene que corroborar que en la ejecución del contratos, los pagos realizados y proceso de contratación, atendieron o no las normas dictaminadas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aprobados o señalados por la Contaduría General (Miranda, 2000, pág. 72).

Se puede concluir que Carta Política de 1991 instauró un nuevo campo de actuación al ejercicio del control fiscal, otorgándole más eficacia e independencia en su mandato; esto debido a que dio una nueva dirección a la concepción que se tenía de control fiscal en Colombia, creó un nuevo espacio para su ejercicio, cambiando la visión de control numerario por la de control anterior, por un novedoso sistema de control ulterior y selectivo.

La introducción de estos nuevos preceptos en nuestra legislación, cambio por completo la filosofía del control fiscal en Colombia, bajo la noción de control fiscal numérico que se

tenía anteriormente, la autoridad competente se restringía en analizar y valorar la precisión de los procedimientos contables de las entidades. Es decir que no se tenían en cuenta los principios de economía, equidad, eficacia y valoración de los costos ambientales del contrato. Este control fiscal que se hacía con posterioridad a la constitución de 1991 no transcendía a otros campo y se confinaba de manera exclusiva a la verificación de la existencia de inconsistencias contables, las cuales, en la caso de que las hubieran, se convertían en el principal soporte de una investigación penal, disciplinaria, o fiscal.

Con el cambio que se hizo a raíz de la constitución del 91 se amplió el campo de acción a las contralorías de manera que estas, tienen un mayor campo, y poseen más posibilidades de proteger el erario en pro de la protección del interés general y el principio rector de nuestra constitución que es el Estado social de derecho. (Carreño, 2016, pág. 139).

Las entidades que tiene a cargo el control fiscal en Colombia, hoy en día no se detienen en la verificación contable de las operaciones si no que tienen la posibilidad de evaluar la utilización de los recursos públicos en una entidad. Los aspectos que le es posible verificar a la contraloría son:

La racionalización de los gastos

La atención de los principios de eficiencia, eficacia y economía

La protección del interés colectivo

Y según la ley 42 de 1993, la valoración de los costos ambientales. (Oficial, 1993)

El control fiscal es una función pública que en el país se ejerce a través de la Contraloría General de la República esta es una entidad pública independiente que no pertenece a ninguna rama del poder público, la contraloría tiene la función constitucional de vigilar la gestión fiscal de la administración pública y se extiende aquellos particulares u entidades que por mandato legal tengan a su cargo muebles, inmuebles o dineros del Estado, por razones como la descentralización.

El control fiscal en Colombia debe realizarse en dos fases, en forma ulterior y facultativo de conformidad a los procedimientos y herramientas legales dictaminados por la autoridad

competente; otro punto que debe regir el control fiscal y que no es menos importante son los principios tipificados en la ley .

Dicho lo anterior la Constitución Política de Colombia en su artículo 267 instituye cual es la función de la Contraloría General de la Republica, el artículo establece, que tiene la función del control fiscal, vigilando la recta gestión fiscal de la administración pública y se extiende a los particulares o entidades que manejen muebles inmuebles y dineros de la Nación. De forma posterior y selectiva conforme a las estipulaciones de ley.

Si bien la Constitución de 1991 trajo consigo muchos cambios positivos, el problema que estamos viviendo hoy en Colombia radica en que los órganos de control fiscal, gracias a la descentralización aducida por la nueva constitución, se han convertido en fortines políticos muy deseables para esas mafias políticas que hoy operan en el país, es un hecho de que los entes territoriales hoy en día escojan a su arbitrio a quien tendrá la función de controlador en las respectivas jurisdicciones , se ha convertido esto en un círculo vicioso donde en vez de ser los guardianes del erario, hoy en algunos casos son escuderos de la corrupción.

El control posterior de la gestión fiscal se realiza en dos acciones o momentos que se ejercen de manera diferenciada, el primero es la labor de vigilancia en sentido estricto, el mecanismo que establece el ordenamiento jurídico para ejercer dicha vigilancia son las auditorías, y con este se da inicio al proceso de responsabilidad fiscal. En cuanto a los momentos del control fiscal la jurisprudencia constitucional ha dicho que el control fiscal, se efectúa en dos momentos o acciones distintos pero siguen encontrándose intrínsecamente relacionados, el primero de estos momentos es de carácter obligatorio, mientras que el segundo momento u acción es resultante del primero. En la sentencia **C-557 de 2009**, la Corte establece que en un primer momento, las todas las contralorías efectúan su labor de vigilancia propiamente dicha, dentro del perímetro de sus respectivas competencias, de conformidad a lo establecido en la constitución y las leyes vigentes.

A través del primero momento del control fiscal *auditorias* sobre las personas objetos del control fiscal. Surge la formulación de los respectivos resultados, comentarios, sugerencias a los sujetos de control fiscal, de los estudios realizados en las auditorias.

El segundo momento o acción surge derivado de la auditoria, es a través de este que emana los elementos de responsabilidad y que se imputan tanto por acciones y omisiones dolosas, que pudieron originar un daño al erario de la Nación.

El proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a dictaminar, que determinada persona en el ejercicio de sus funciones públicas ya sea como representante directo de una entidad pública, o administrando fondos públicos es responsable o no de los actos señalados, además que si sus actos constituyeron efectivamente un detrimento al patrimonio público e igualmente si su actuación estuvo sometida a los parámetros establecidos en la ley. Cabe resaltar que toda persona que comete un daño está en la obligación de remediarlo.

En cuanto a los estudios realizados con respecto a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, se pudo constatar que el delito contra la administración pública que es tema de mayor debate en la Corte suprema de justicia Sala penal es el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, establecido en el artículo 410 del Código Penal Colombiano, este se ejecuta a través de muchas modalidades entre las más recurrida por los responsables del cuidado y gasto del erario, en las sentencias analizadas están el fraccionamiento del contrato para eludir la licitación pública, y la elección del contratista ya sea de manera subjetiva, o sin cumplir las cualidades necesarias para ser contratado. La Corte Suprema de Justicia en su sala penal ha dicho en la sentencia del 9 febrero de 2005, radicado **21.547** y marzo 2006, radicado **21.780**, modo de ejecución de la conducta punible se representa en dos momentos diferentes. El primer momento consiste en el hecho de tramitar el contrato sin observar sus requisitos de ley, aquí juega un papel importante el *contratista*. Seguido del otro momento que consiste en la celebración y liquidación”. La conducta reprochable en este momento consiste en no verificar de forma omisiva o directa que se esté dando cumplimiento a los requisitos legales inherentes a cada etapa de contratación.

Lo anterior se ve reflejado en lo observado en el estudio de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal donde intrínsecamente cuando se refería la corporación al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, concurría una pluralidad de sujetos procesales, por el hecho de estar dividido el delito en dos fases, la primera aludida en gran parte al contratista y la segunda a cargo de la autoridad que tiene la función legal de ejecutar y celebrar contratos a nombre del estado.

No existirá algún reproche penal por la omisión o acción, que se haga en la etapa de la ejecución del contrato, solo es reprochable en las etapas de trámite, celebración y liquidación.

La Corte Suprema de Justicia asimismo ha señalado desde la sentencia del año **2003** radicado **14.669** y, ha venido reiterando hasta llegar a la sentencia del año **2016** radicado **46.037**. Que hiciste una limitación punitiva con respecto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, esta se refiere a que el campo de acción punitiva solo abarca las etapas de trámite, celebración y liquidación, excluyendo cualquier otra actuación que se realice en el proceso de contratación pública.

La Corte Suprema de Justicia ha definido cada una las etapas de contratación del siguiente modo:

Etapas de trámite: la tramitación comprende la fase precontractual, esta va desde la iniciación del proceso, hasta cuando se celebra el contrato

Etapas de celebración: esta etapa consiste en oficializar el contrato atendiendo las formalidades y requisitos esenciales que la ley establezca.

Etapas de liquidación: es una acción que surge después de la terminación del contrato, donde tanto contratista como administración pública constatan, la ejecución de las obligaciones mutuas que emanan de la relación jurídica contractual. El resultado de esta acción es un dictámenate de paz y salvo o una queja u objeción.

La jurisprudencia de la corte suprema de justicia ha establecido en la sentencia SP73222017 radicado 49819 de la magistrada María Patricia Salazar Cuellar, tres parámetros que se deben tener en cuenta para que se pueda estructurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El primero es que la acción punitiva solo abarca las fases contractuales de trámite, celebración y liquidación, esto quiere decir que excluye las actuaciones que se hagan durante la fase de ejecución.

La violación de los principios constitucionales establecidos en el artículo 209 y de los principios de la contratación pública establecidos en la ley, no puede tomarse como un indicio suficiente, para la estructuración del delito.

Debe de tenerse en cuenta el tipo de contrato y a que régimen de contratación está sometido.

Con respecto a la concurrencia de las acciones disciplinarias, fiscal y penal, que es un tema intrínseco de los funcionarios públicos, ha dicho la corte en la sentencia 28021 de octubre 28 de dos mil diez 2010 magistrado ponente Alfonso González Daza lo siguiente:

No se presenta doble incriminación por hecho que se desarrollen simultáneamente las acciones disciplinaria, fiscal y penal,

No se puede ignorar que las acciones disciplinarias, fiscal y penal tienen un mismo origen, el cual es derecho sancionatorio y penal.

Poseen diferentes fines y propósitos, alcances que les permiten coexistir en campos diferentes y ejercer de manera independiente atendiendo los parámetros del **Código Único Disciplinario artículo 2**, que establece la independencia de cualquier otra responsabilidad que surja del contrato. (Daza, 2010) .

Con respecto al derecho penal y su eficacia ha dicho Manuel Fernando Moya que en nuestro país no se está investigando el derecho penal, en vez de la labor investigativa, se están manejando procesos investigativos en temas penales, lo que hace que se padezca de una concepción de derecho penal como sistema constitutivo de un objeto científico de investigación. (Moya, 2011)

Las consecuencias de la carencia de investigación en materia penal son:

El hecho de no contar con procesos perennes de producción de conocimiento penal. A su vez se esté dando una escasa contribución al derecho penal que pueda apreciarse internacionalmente.

Además la falta de investigación en Colombia produce que se esté propiciando la escasez del poder punitivo del Estado y aún más preocupante, que este no pueda ser el objeto del control social, como debería ser en un Estado social y de derecho. (Moya, 2011).

Conclusiones

Con la investigación minuciosa de las sentencias se puede concluir varias cosas, la primera tiene que ver con la noticia criminal en los hechos de corrupción, llama mucho la atención que de 199 sentencias analizadas, entidades como Contaduría y la Veeduría nacional tengo una participación casi nula en la noticia criminal de los hechos.

También llama mucho la atención, la importante participación de la ciudadanía, en lo respectivo a la denuncia y la noticia criminal, la participación de esta es solamente superada por la Fiscalía, aunque es masiva en comparación con órganos estatales como la Procuraduría, la Contraloría, la Veeduría y la Contaduría. Esta debe ser aún mayor ya que es la ciudadanía la principal afectada con los hechos de corrupción, para esto el Estado debería de facilitar y crear, nuevos mecanismos de denuncia que le permitan al ciudadano de a pie, ser incentivado cada vez más a denunciar los actos de corrupción y ser parte fundamental en el control fiscal, estos mecanismo deberían garantizar al ciudadano que denuncia, confidencialidad, seguridad y anonimato, *si lo desea* , como a su vez la facilidad en los tramites de la denuncia.

Otro punto a resaltar en las sentencias, es con respecto a las auditorias, se vuelve muy alarmante el número de sentencias condenatorias que se profirieron en los últimos años a personas que ejercieron de manera corrupta esta función, dicha función es el primero eslabón en el control fiscal que se le hace a los contratos, es de vital importancia para el bien del país buscar fortalecer este mecanismo de control.

También es pertinente destacar que la Fiscalía General de la Nación se destaca como la más eficiente en el número de noticias Criminales. Es de referirse al poco pronunciamiento que ha hecho la Corte Suprema De Justicia Sala Penal, con respecto al control fiscal ejercido por las instituciones que lo tiene a su cargo.

Es de mencionar que la conducta delictiva más realizadas por los administradores del gasto público, es la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la modalidad más frecuente que se evidencio fue el fraccionamiento del contrato, para evitar la licitación pública y así poder adjudicarlo a su arbitrio. El segundo delito más cometido fue el peculado por apropiación dentro de las modalidades más frecuente que se pudo verificar

en la investigación es el sobrecosto en la materia objeto del contrato, y la no realización parcial de la obra contratada.

Con respecto a la eficacia del control fiscal, este mecanismo de control sufrió un cambio importante en 1991, se le dio autonomía para que los órganos territoriales gobernaciones, alcaldía, consejos y asambleas, escogieran al contralor, de su jurisdicción, esto en vez de brindar nuevas garantías, ha puesto a merced de las mafias políticas estos cargos públicos, que son de vital importancia para el control fiscal que se ejerce en todo el país para esto la solución que planteo gira alrededor de tres aspectos

Un sistema descentralizado que esté compuesto por funcionarios de los gobiernos centrales, departamentales y municipales, que verdaderamente sean expertos y capacitados en el ejercicio del control fiscal.

Que la selección de los contralores en los departamentos y municipios la haga directamente el contralor general, mediante concurso de mérito diseñado por las mejores universidades del país y que la vigilancia de la transparencia del concurso este a cargo de la Auditoria General.

Que no puedan coincidir las elecciones populares de cargos públicos, con la elección de los Contralores.

Esto garantiza a la sociedad la plena ejecución del control fiscal y la protección de los organismos de estar en manos de las mafias corruptas regionales que actualmente agobian a nuestro país. (Rebellon, 2003)

Leyes

Ley 42. Diario oficial. De 1993.

Jurisprudencia

Sentencia C-557. Expediente D-7587. Del 10 de febrero de 2009. MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente .Corte Constitucional.

Sentencia SP7322-2017. Radicación n°49819 del 24 de mayo de 2017. MP: Patricia Salazar Cuellar .Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

Sentencia N° 28021. Acta No. 355. del 28 de octubre de 2010. MP: Alfonso Daza González. Corte Suprema De Justicia Sala de Casación Penal.

Sentencia N° 21547. Acta N°006. Del 9 de febrero de 2005. MP: Marina Pulido De Barón. Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal.

Sentencia N° 21780. Acta No. 026. Del 23 de marzo de 2006.MP: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal.

Sentencia N° 14699. Acta N°:380. Del 20 de mayo de 2003.MP: Fernando Arboleda Ripoll. Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal.

Sentencia SP17159-2016. Radicación N° 46.037. Acta N° 376. Del 23 de noviembre de 2016 .MP: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal.

Bibliografía

Amaya, U. A. (1996). *fundamentos constitucionales del contrato fiscal* . Bogotá: Ediciones Umbral.

Carreño, D. (2016). *Derecho penal, vigilancia y control social*. Bogotá: Ibañez.

Miranda, W. V. (2000). *Control Fiscal y Aditoría de Estado en Colombia*. Bogotá: Funacion Universitaria de Bogotá Jorge Tadeo Lozano .

Moya, M. F. (2011). ¿ se investiga el derecho penal en Colombia ? *Revista Iusta*, 83.

Oficial, D. (26 de Enero de 1993). Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. Bogotá.

Rebllon, H. O. (noviembre de 2003). *Propuesta de un Modelo de Control Fiscal Para El Estado Colombiano: El Sistema De Control Fiscal Nacional*. Obtenido de www.scielo.org.co:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-59232003000400001

Sampieri, R. (2014). *Metodologia de la iverstigacion* . Mexico D.F: Interamericana Editores

Tiempo, E. (26 de febrero de 2017). *www.eltiempo.com*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/justicia/delitos/precio-de-la-corrupcion-en-colombia-61749>

Torregrosa, N. (2015). El articulo cientifico que debemos escribir y como escribirlo. *Verba iuris*, 13.