

DEFICIENCIAS EN EL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA*

Deficiencies of the fiscal control in Colombia

Zamira Alejandra Guerrero Otálora**

Resumen

El estudio del control fiscal comprende de una manera u otra los elementos que tiene el Estado para cumplir con sus fines establecidos dentro del marco Constitucional. Desarrollar un proyecto presupuestal permite que quienes hacen parte del Estado puedan hacer parte de los diferentes fines que tiene para sus gobernados.

Pero los grandes interrogantes surgen cuando este no puede cumplir debido a que la sostenibilidad fiscal dentro del rango es deficiente por diferentes factores lo que hace que se vean desprotegidos algunos sectores de la población, y cuando quienes están a cargo de manejar los recursos, los apropian para sí mismos, y por último que los Órganos encargados de este control, nunca pueden recuperar en su totalidad los bienes pertenecientes al Estado.

Palabras Clave

Estado, Control Fiscal, Organismos de Control, Contrato de Prestación de Servicios, Persecución Penal.

Abstract

The study of fiscal control includes one way or another of the elements that the State has to comply with the purposes established in the constitutional framework. Develop a budget project allows those who are part of the State can be part of the different purposes they have for their governed. But the big questions arise when this may be due to the fact that fiscal sustainability within the range is deficient due to different factors that make some sectors of the population unprotected, and when those in charge of managing resources, appropriate them for themselves. And, lastly, that the bodies in charge of this control can never fully recover the property belonging to the State.

* La siguiente ponencia 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 VIII 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.

Key Words

Government, Fiscal Matters, Taxes, Contract for the Provision of Services, Criminal Action.

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). Esta ponencia es el resultado de la aplicación de instrumentos de captura y análisis de la información de (27) jurisprudencias de la Corte Constitucional 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.

Una breve reseña histórica podría contextualizar en la manera por la cual el Estado Colombiano adoptó medidas frente al manejo de los recursos públicos y su control de manera Novedosa a través de la misión de Kemmerer en 1923, encargada de estudiar la hacienda pública, la contabilidad oficial, el presupuesto y los bancos (Rodriguez, 2012, pág. 201)

En 1945, por reforma constitucional se definen los mecanismos del control fiscal y se determina la forma de elección del Contralor General; en 1968, la Reforma Administrativa establece la presentación de candidatos a Contralor ante el Congreso, por parte del Consejo de Estado(Buitrago, 2017, pág. 51).

La contraloría de la república, fue creada para contribuir a el cumplimiento de los fines del Estado y a pesar de no estar dentro de ninguna de las 3 ramas del poder público, (Legislativa, Ejecutiva, Judicial), se constituyó como un ente autónomo, y organismo de control para la custodia de los bienes del estado, y persecución fiscal a quienes tengan en cabeza los mismos. Es necesario, que se tenga en cuenta la época moderna ya que si se introduce desde la época de la Colonia y como se Administraban los Bienes del monarca se extendería el tema y sería desviado a momentos históricos y no a lo que formalmente se quiere tratar. Para hablar de este concepto Control Fiscal que día a día evoluciona, según como la sociedad vea lo que se llama Patrimonio pueden ser estos discriminados en: tierras, oro, billetes, piedras preciosas.

Y que según la misma consideración serán tomados por el Estado como Tributo por parte de los ciudadanos, para sostenerse y realizar sus obras.

Creación de Organismo de Control

La Contraloría General de La república, facultada para investigar a funcionarios públicos que en razón u ocasión de su función abusen de la administración encargada por el Soberano, a través de mandato constitucional en su “Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”. La misma norma prevé que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, que en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos (Rodriguez, 2012, pág. 202).

Así lo ratifica y desglosa su función la jurisprudencia en Sentencia 107 de 2006: control fiscal de la Contraloría General y La Territorial, Confirma el mandato constitucional, por el cual faculta a la contraloría para ejercer control fiscal de los recursos del Estado. Se puede concluir que el órgano de control fiscal competente para ejercer el control y seguimiento y verificación del uso legal de los recursos del sistema general de participaciones es la Contraloría General de la República, y la Contraloría territorial, que tiene a su cargo la vigilancia de los recursos propios.

Al ser esta la encargada, es la responsable de evitar el menoscabo de los fondos estatales, que son adquiridos a través de los tributos de quienes hacen parte cada Territorio en particular. Esto le permite al estado tener el control sobre la vida de quienes hacen parte del mismo y por ello crea instituciones para el cobro de Tributos; Un tributos es la manera por la cual el Estado puede financiarse y este se da por el mismo poder del mismo para exigirlo, brindándole algunos beneficios a cambio.

Ahora bien la Contraloría resulta ser contraria a sus presupuestos reglamentarios, no es realmente eficaz en la apertura de investigaciones de Responsabilidad Fiscal, ni en el desarrollo de las mismas generando un vacío en el Fisco. Esto podría ser una causa por la cual el Estado no puede cumplir, con los presupuestos que se involucran en Políticas Públicas, La universalidad que abarca el control Fiscal esto quiere decir que los particulares

por mandato legal pueden administrar recursos del Estado, y así mismo dar cuentas de la destinación de los mismos.

“Los recursos parafiscales son aquellos gravámenes que con carácter obligatorio establecidos por la ley, afectan a un determinado grupo social o económico y se utilizan en beneficio del propio sector, cuya administración debe hacerse en la forma prevista por la ley que los crea, ya sea por entidades públicas o particulares”. (Torres, 2009, págs. 12-14)

Conforme a lo anterior y a las fichas jurisprudenciales estudiadas, se pretende enumerar los posibles obstáculos que tiene el Estado para ejecutar las acciones relevantes respecto a la persecución y custodia de sus fondos y así mismo porque ello lleva a desproteger algunos sectores del mismo.

El estado NO cumple sus fines

Uno de los fines del Estado es el Bien Común, donde los que hagan parte del mismo puedan disfrutar de todos sus beneficios y así mismo corresponder a los deberes con el mismo; Si el Estado Colombiano, tiene estipulado en su carta fundamental unos Derechos que se comprometió a cumplir, lo contradice cuando en la mayoría de ocasiones los Administrados deben acudir hasta las últimas instancias para que no se vulneren los bienes jurídicos tutelados; y es allí como interviene el control fiscal frente a estos, por ejemplo en la seguridad Social, donde se hacen aportes por parte de los usuarios para pertenecer a esta pero, en la mayoría de ocasiones les son negados, para demostrar la anterior afirmación, existen varias sentencias de Tutela donde se pide que se protejan Derechos Fundamentales, que en la mayoría de casos deben ser compensados económicamente y se imposibilita debido a que hay muchos vacíos en el fisco, en un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, no debería presentarse este tipo de situaciones porque se supone que Objetivo de este es el bienestar de todos sus administrados.

La constitución política colombiana crea un mecanismo llamado Tutela por el cual sus gobernados puedan pedir ante un juez que sus Derechos sean protegidos, y que en muchos casos involucren al control fiscal cuando en cuanto, que para el cumplimiento de los mismos involucre temas de estirpe económica.

Muchas veces estas controversias presentadas comprometen una ponderación que debe hacer el juez con el caso concreto, la realidad objetiva, y responder efectivamente a los intereses que verdaderamente se persigan con estas acciones, y es por ello que aparece la

Ponderación de Derechos como una “operación” en la que se entiende como “correcta” a la decisión que ofrezca el mayor beneficio neto. (Aleinikoff, 2010, pág. 19).

Es por ello que la mejor labor de un juez es determinar, que se debe sacrificar para que algo más aceptable cambiase el curso y la inconformidad dentro de temas polémicos donde se verifique, que tan importante es lo que se pretende defender, en contraste con el control fiscal.

La deficiencia en el control fiscal, los grandes vacíos del mismo y la contradicción de la realidad con las normas dispuestas para su manejo, genera una gran desigualdad entre los que conviven en sociedad, porque permite que solo pequeños grupos de población tengan una posición privilegiada en la que si el estado cumple o no, no afecta en nada ;la desigualdad al igual que la pobreza, son dos fenómenos sociales que tienen diferentes percepciones según el espectador y su concepto de justicia que es casi tan relativo como la situación que se esté planteando. Al pensar en una posible erradicación se entra en un conflicto por la pérdida de diferentes aspectos de la calidad de vida reafirmando que las grandes desigualdades no son socialmente atractivas y evitan la eficiencia de capacidades, y este tema es competente para el Estado, porque si su labor fuera en un gran porcentaje eficaz, así mismo estos índices se verían mermados dentro del mismo.

Como se ha hecho referencia en el desarrollo de este texto, la contraloría es el ente regulador de los vacíos fiscales del presupuesto Colombiano, la persecución de los mismos junto con las acciones penales, y el manejo del mismo a través de las Contralorías Distritales y Municipales.

La ley de control fiscal establece un término para que se caduquen las Acciones de Control Fiscal Ley 610 en su art 9

“Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el último hecho o acto”.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare”.

Estas investigaciones logran ser evadidas en gran parte por que se cierran o prescriben, En primera medida porque los encargados de llevar a cabo todo recaudo de las pruebas, son contratados a través de un contrato de prestación de servicios lo cual imposibilita estabilidad dentro de la búsqueda de fundamentos probatorios para reconocer responsabilidad fiscal, esto se presenta porque si una investigación tiene en promedio 2, 3 investigadores o más el hilo conductor de la misma se va a ver afectado, perdiendo o estropeando toda su orientación

La sentencia c-326 de 1997 pretende justificar la razón de ser de este contrato, pero así como una parte de la administración se beneficia con esta es claro que hay necesidad de que sectores determinados tengan otro tipo de contrato para poder asegurar de otra manera los fines del estado.

Contrato de prestación de servicios-objeto

El contrato de prestación de servicios es un contrato con el Estado a través del cual se vincula una persona natural en forma excepcional, para suplir actividades o labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar actividades especializadas que no puede asumir el personal de planta; si bien con él se materializa una relación contractual entre la entidad estatal que contrata y la persona natural, relación que no admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la ley contractual, esta labor resulta ser temporal, pero la persona que se contrata para que lleve a cabo la misma asume una posición de servidor público transitoria, y al tener estas calidades puede ser disciplinado bajo las normas de este. Es un contrato donde la subordinación aparentemente no se ve implícita dentro del mismo, pero en la realidad muestra que no es así, y que esta forma de contratación permite que se filtre más y más corrupción y que el control fiscal una vez más se vea afectado y que se contribuya a su disminución bien sea de manera notoria o no.

Resulta algo inquietante que el mayor empleador del país contrate de una manera en la cual, se puedan de una manera u otra evadir, las obligaciones con sus empleados, debido a la

condición del mismo, donde solo se obliga a pagar el monto de la obra, o labor como se establezca. Pero es aquí donde se encuentra la primera piedra de las muchas que se encuentran en el camino de los procesos Fiscales; debido a que bajo este contrato se pretenden vincular a personas capacitadas para ejercer esta función; ahora bien, esta manera de vinculación no es seria para el tema que se pretende tratar, es como recurrir a un camino más largo, porque si tres perspectivas diferentes asumen la ejecución de una investigación en el lapso de tiempo que da la ley para el mismo (5 años), esta será poco clara e impedirá llegar a la verdad aun cuando esta se quisiese alcanzar.

Investigadores de la contraloría entorpecen su función

Resulta ser sospechoso y poco usual que el objeto de estos acuerdos contractuales que son de suma importancia sea tratado como una obra o labor más para el Estado. Podría decirse que a partir de allí, desde lo más ínfimo; el control fiscal se ve deficiente, descalificado ya que las Aperturas de Investigación, se quedan cortas y los elementos materiales probatorios y su fundamento argumentativo, quedan a criterio del profesional en cabeza de determinado caso. Además de la conveniente manera de contratar según un lapso de tiempo en específico donde no es seguro que se pueda renovar el contrato, el núcleo problemático en este aspecto es que es un determinado convenio Contractual, de un tiempo de 6 meses no sirve no es útil para el desarrollo de indagaciones serias que llevan a que desde el mismo guarda de El control Fiscal, se fugue la manera de menoscabar el mismo.

Es por ello que alrededor de las líneas jurisprudenciales estudiadas no hay en específico el desarrollo del tema, de los efectos de la pésima administración de los recursos y la corrupción intrínseca dentro del mismo, sin embargo esta jurisprudencia gira en torno de bienes jurídicos afectados por el mal uso de los recursos parafiscales.

Hay 5 puntos para tener en cuenta sobre los que podrían versar diferentes conclusiones

1. Huecos parafiscales por la apropiación de bienes del Estado por partes de los legitimados por la ley para administrar estos dineros, o recursos.
2. La contraloría y sus insuficientes mecanismos para perseguir los bienes hurtados al estado, y cómo influye esto en el cumplimiento de los objetivos del mismo.
3. La manera como se contrata a investigadores, para ejecutar la acción fiscal, afecta directamente ineficacia de los procesos de responsabilidad fiscal.

4. El incumplimiento del estado para sus gobernados a causa del deficiente control fiscal.
5. Las tutelas interpuestas como manera de que sean reconocidos Derechos negados por la falta de recursos del Estado.

Conclusiones

Frente a los puntos 1 y 2 anteriormente expuestos, se debe hacer énfasis en el Derecho Penal Colombiano, esta área está encargada de perseguir los comportamientos socialmente reprochables y en la manera como debe contribuir a identificar y castigar a quienes se apropian de los Bienes Estatales, pero es allí donde las políticas criminales impuestas están diseñadas para que estos comportamientos no puedan ser castigados y esto se debe a que se copia un derecho extranjero donde la cultura es totalmente diferente y así mismo sus sanciones. La impunidad frente a los delitos cometidos contra la Administración Pública, es un detonante, una sacudida para el Sistema, que pide a gritos ser cambiado, ser más drástico, y no con espacios penitenciarios, si no con normas que a través de investigaciones sobrias puedan adecuarse a la realidad Colombiana; resulta paradójico, pero sería importante que con ayuda de métodos investigativos, se pueda llegar a efectivas políticas criminales que ayuden a que el control fiscal no sea vulnerado repetitivamente por quienes lo tienen a su cargo si no que el hecho de pensar que hacerlo podría tener una sanción efectiva imposibilite de hacerlo. Aunque es claro que la cultura Colombiana está permeada de corrupción esta podría ser una salida o por lo menos una prevención general que pueda disminuir estos índices. (Moya, 2011, págs. 1-20)

En cuanto al tercer punto es importante saber que un empleado que es contratado por prestación de servicios queda facultado para desarrollar en su labor solo lo que se le pida, y si este no cumple a su vez será reemplazado por otro. Lo que ocurre entre cambio y cambio de profesional especializado es que se entorpecen los procesos de responsabilidad fiscal, su hilo conductor queda perdido en el criterio de cada investigador, por lo tanto quien llega a asumir, tiene que empezar de cero, lo cual tomaría más tiempo en resolver, o simplemente todas esas dificultades, llevarían a que el termino de prescripción se cumpliera y se archivara el proceso.

Los puntos 4 y 5 van entrelazados la falta de recursos lleva a que el Estado incumpla y que el bien común no pueda ser tenido en cuenta como se quisiera, no puede ser abarcado ni

en su mitad, porque lo destinado para ello ya está en manos de otros sujetos que no son el Estado, La constitución de 1991 en su artículo 86 estipula que la Tutela es para reclamar Derechos fundamentales ante jueces según su conocimiento. Bajo este mecanismo se acobijan algunas personas que quieren que por medio de un fallo se puedan obligue a el estado a cumplir con sus presupuestos; lo cual resulta casi imposible si no hay manera de cubrir los huecos fiscales que se tienen, entonces es importante representar los intereses de los demás en propios y así poder general cultura y evitar todos estos procedimientos para que algo que es inherente a una persona que es un Derecho Fundamental, no deba ser rogado si no otorgado por el hecho de serlo . Pero se debe partir desde el punto mencionado que es ver lo de los demás como propio; esta podría ser una salida a los problemas de control fiscal que no son solo pecuniarios, si no que ellos alcanzarían si el destino que se da a los mismos fuera el jurídicamente decretado y no el individualmente querido. El derecho a acceder a la justicia también guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos. (Torregrosa, 2010, pág.21)

Tal y como lo explica la Investigadora Dalia Carreño : Los conceptos políticos como la libertad, la igualdad, la solidaridad y la democracia en el entramado de la labor interpretativa que hace el juez, cuando aplica de manera concreta el derecho hacen que este no sea neutral; que se desvele que su pretendida neutralidad,(Carreño Dueñas, 2016, pág.91). Lo que se pretende por justicia resulta ser concebido de manera utópica, ya que estos administradores de la justicia responden a factores de poder que les impiden procurar por el bien de algunos, si no de los más importantes, desde la perspectiva en la que se mire, el que tiene más poder podrá obtener todo y dejará de lado los grupos marginados, como siempre se ha visto.

Por esto mismo es que los jueces se encuentran limitados a intereses de los grupos poder, lo cual hace que la impartición de justicia se vea cegada por diferentes factores, entonces de que sirve poder acceder a la justicia por un Derecho Vulnerado, si quien es el encargado de garantizarlo, responde a otros intereses o a quien le tenga que rendir cuentas. El efectivo cumplimiento de los mismos se ve sesgado en primera medida por una justicia que cojea en la mayoría de casos y por un hueco patrimonial que impide responder a intereses colectivos e individuales, que han sido asumidos por el Estado Colombiano.

De esta manera es donde se puede ver el lado corrupto de la Administración de Justicia, no es solo en el manejo de sus recursos, si no en la impartición de la misma en tanto que el lado objetivo e imparcial de esta se queda reducido a lo más conveniente para los sectores poderosos y muchas veces injustificado para los sectores vulnerables.

Bibliografía

Buitrago, J. G. (2017). Gerencia Publica y Control Fiscal. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.

Cardenas, E. R. (2002). Diferencias y relaciones entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad disciplinaria de conformidad con el tipo de control. Bogotá, Elcid Editor.

Carreño Dueñas, D . (2016). Pensar la Oralidad en el Derecho Pos Moderno. Bogotá, Grupo Editorial Ibañez.

Torregrosa, N. J. (2010). La conciliación en equidad. Otra justicia, real, posible. Bogotá. Universidad Libre.

Perdomo, J. M. (2015). La revisoría fiscal en Colombia: del hacer al deber ser. Cali, Editorial Universidad del Valle.

Restrepo, J. C. (2015). Hacienda Publica. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Rodriguez, L. (2012). Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá, Temis.

Torres, C. A. (2009). Control Fiscal Terriotiral diagnostifo y perspectivas. Bogotá, Red Revista Estudios Socio Juridicos .

Moya, V. F. (2011). Se investiga el Derecho Penal en Colombia. Bogotá, IUSTA .

Aleinikoff, A. (2010). En E. d. ponderación. Lima, Editorial Palestra.

Ley N° 610 Diario Oficial, Colombia-(2000)

Constitución Política de Colombia, (1991).

Jurisprudencia

Sentencia C-107 de (2006) Corte Constitucional, M.P María Victoria Calle Correa

Sentencia Fabio Morón Díaz C-326 de (1997) Corte Constitucional, M.P