

Eficacia del control fiscal en la contratación pública en Colombia*

Efficiency of fiscal control in public procurement in Colombia

Manuel Fernando Mosquera Peña**

Resumen

El control fiscal es una función pública que ejerce la entidad estatal ;(contraloría general de la república); de la cual se encarga de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan bienes o fondos de la nación y nos enfocaremos el control fiscal con la contratación pública referente a las entidades públicas que contratan a personas jurídicas o naturales del sector público o privado para cumplir con algunas de sus obligaciones.

Abstract

The fiscal control is a public function exercised by the state entity (general comptroller of the republic); which is responsible for monitoring the fiscal management of the administration and the individuals or entities that manage goods or funds of the nation and we will focus fiscal control with public contracting regarding public entities that hire legal entities or of the public or private sector to comply with some of their obligations.

Palabras Claves

Eficacia, Control Fiscal, Contratación Pública, Corrupción, Jurisprudencia

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

* 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.

enfoque cualitativo (Hernandez Sampieri, Fernandez Collado, & Pilar Bastidas, 2006, págs. 12, 13,14). 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 sentencias de casación jurisprudencias 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. Los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas que inscribe un derecho más allá de la estabilidad, en la supranacionalidad, más allá de las feras estructuras que no comprenden ni interpretan el mundo cambiante y abierto. (Carreño Dueñas, 2012)

En esta ponencia se presenta sintéticamente los resultados del proyecto de investigación sobre la contratación pública y su control fiscal por sentencias de la corte suprema de justicia en su sala penal, desarrollada por la Universidad Santo Tomas en su semillero de investigación. Se presenta brevemente el control sobre la recursos público, su eficacia y sumado los problemas de corrupción han sido una constante preocupación en la historia de nuestro estado y en el desarrollo de nuestras instituciones jurídicas.

En la investigación se aborda la eficacia del control fiscal en la contratación pública; ahora bien la corrupción ha sido un contaste problemática y eje de la investigación realizada, el cual ha permeado las instituciones estatales y teniendo en cuenta a pesar de la cantidad de jurisprudencia analizada muchos no se condenan ni se inicia una formal investigación puesto que las entidades encargadas de su control con cumplen con sus funciones delegadas.

En Colombia a pesar de que promulgaron leyes referente de contratación pública, control fiscal y contra la lucha de la corrupción, y ha fomentado la creación de entidades para el control y vigilancia de las entidades.

Además incluyendo la menciona impunidad en los países en vía de desarrollo y como en conjunto con los derechos humanos lo cual se constituye en la respuesta a la aplicación de la ley y el juzgamiento de los victimarios. (Torregrosa Jimenez, 2012)

Así que el presente trabajo se desarrolló con el fundamento de determinar la eficacia del control fiscal realizado por la contraloría general frente a los contratos públicos por parte de las entidades públicas y atendiendo los índices de impunidad frente a la corrupción.

Desarrollo histórico en Colombia

Control fiscal

Colonia: en este periodo el control que se realiza ha estado presente desde el descubrimiento y solo se le realizaba sobre los bienes de la corona.

En américa se implementó un sistema de vigilancia equivalente al que existía en la corona Española, solo sobre sus bienes.

Posteriormente en el año 1512 se crea un tribunal, que entre sus principales funciones era de controlar y monitorear a los funcionarios de la corona y vigilar las cuentas que realizaban los mismo.

República: en este periodo se generó una crisis que provoco nuevos planteamientos del control. La republica empezó a crear normatividad referente a lo fiscal, en este periodo es donde se empieza a normativizar el Control sobre los bienes en temas tributarios.

Luego en 1821 se crea la contaduría general de hacienda, con fines de fiscalización de acuerdo a Duque Escobar, es con esta reforma con la que se empieza el control fiscal en Colombia. (Escobar, 1980)

En 1824 se creó un decreto en el que se aplicaba una condena a muerte a los administrativos que desviaban los recursos públicos.

Es claro señalar que esta etapa Para “1840 con la ley 20 del 18 de julio se creó la Contraloría General de Hacienda. Pasado en 1847 a llamarse Corte de Cuentas con función principalmente fiscales”. (Moreno, 2000)

En la ley 42 de 1923 se cambia completamente la bases y planteamientos del sistema de Control Fiscal, Con la reforma del 45 al 75 la contraloría fue elevada a rango constitucional, atribuyendo las facetas fiscales del manejo de recursos público.

Además cabe incluir que con la reforma a la constitución de 1968 se introdujo algunas modificaciones del periodo del contralo el cual es de cuatro años.

Para así establecer un precedente referente al control fiscal desde las épocas ya establecida, encontrar así el origen y fundamentos tanto jurídicos, normativos y legales del control fiscal.

Contratación pública

Antes de la constitución de 1886, se presentaba un régimen de libertad en la contratación igualmente a los contratos celebrados con los particulares. (Muñoz, 2016)

En 1912 mediante la ley 110 de 1912 la cual reforma al código fiscal, la cual se creó una cláusula de caducidad de las condiciones contractuales, Atraves de la ley 130 de 1913 se estableció el código contenciosa administrativa, Con la ley 60 de 1914 se establece el funcionamiento la contenciosa administrativa, Con la ley 167 de 1941 se promulga el segundo código administrativo, el cual le da competencia de la Corte suprema de justicia para decidir sobre las controversias en tema de contratos administrativos.

Mediante el decreto 351 de 1955 se profirió el primer estatuto nacional de compras, que exigía las denominadas cotizaciones y creaba el comité de compras, otorgándole competencia para la adquisiciones de conformidad a la cuantía. (Muñoz, 2016)

Mediante la ley 28 de 1974 doto de facultades extraordinarias al gobierno Nacional para regular el tema contractual, con fundamentos en dichas facultades, se expedido el decreto ley 150 de 1976 primer estatuto de codificación del derecho contractual. (Muñoz, 2016)

Posteriormente se promulga la ley 19 de 1982, normatividad que consagra los principios y criterios fundamentales de la contratación Estatal, la cual otorga al ejecutivo de facultades extraordinarias para desarrollarlas, consagra la licitación pública, además la señala los parámetros de licitación privada, el concurso de mérito y los criterios para la vinculación directa. (Cifuentes, 1993)

En 1993 por medio de la ley 80 de 1993 crea el tercer estatuto de contratación estatal.

Mediante la ley 1150 de 2007 reforma el estatuto general, en vía a una actualización de la contratación pública.

Marco referencial

Nuestra investigación se centra en de normatividad y precedente junciales para así establecer los índices de control fiscal a la contratación pública en Colombia, tratando de implementar principio rectores para que la población tenga conciencia y querer en los recursos públicos “Una forma de contribuir a la distracción política que permite evadir el tipo de responsabilidad en la inclusión de situaciones no previstas en la omnicomprensivo, sino

mediante la superposición de referencialidad vigente tal y con surge de los argumentos subjetivos empleados para edificar los juicios de responsabilidad”. (Moya Vargas, 2007)

El marco legal del control fiscal lo encontramos en el artículo 267 de la constitución política. Así mismo, establece que el control fiscal debe adelantarse en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley; en principio la Ley 42 de 27 de enero de 1993, en la que se pactan los criterios para la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen (42, 1993).

Como ya mencionamos anteriormente cabe señalar que en primer lugar el control fiscal es la función pública que ejerce la Contraloría General de la República, vigilando la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen bienes o fondos de la Nación (Naranjo R. , 2009), como lo establece el artículo 267 de la constitución política, la contraloría general de la república es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, que no puede ejercer funciones administrativas diferente a las inherentes a su propia organización.

En el artículo 119 de la constitución política, faculta a la contraloría general de la república para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración, se considera el máximo órgano fiscal del estado; es así como tiene la misión de procurar el buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del estado, mediante acciones de mejoramiento continuo en las distintas entidades públicas sujetas a su control; la contraloría general de la república cuida los dineros y los bienes públicos por medio de tres herramientas (Torres, 2006).

A través del control fiscal se establecen una serie de herramientas para llevarlo a cabo, las cuales consisten primero en el control fiscal micro, el control fiscal macro y la evaluación de los aspectos financieros y de la macro economía del Estado (Torres, 2006).

El principal objetivo de la responsabilidad fiscal resarcir los daños producidos a los patrimonio público a consecuencia de la conducta en su modalidad culposa o dolosa de quienes realizan el mencionado control fiscal mediante el pago de una indemnización en dinero que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso (Mendoza, 2012).

El marco legal de la contratación pública lo encontramos en la ley 80 del 1993. En segundo lugar encontramos que la contratación pública es un procedimiento que lo cumple una entidad pública de la cual establece a una persona natural o jurídica para realizar la ejecución de una obra, la prestación de un servicio suministrar, todo aquello destinado a satisfacer las necesidades públicas (80, 1993).

La administración pública es un conjunto de entes cuya finalidad es la satisfacción de interés general y ellos deben entender en sentido amplio y objetivo ya que si pretende dar un servicio público de calidad y relacionarse con los administrados y contratistas de la forma ágil. (1510, 2013)

La ley 80 de 1993 establece que el contrato administrativo es una declaración de voluntad común en el sentido de que se requiere voluntad concurrente del Estado, por una parte y de un particular por la otra, además es un acto bilateral que emana de la voluntad coincidente de las partes.

La importancia de la contratación pública encontramos que es un instrumento que el estado utiliza para cumplir sus metas, y es un instrumento que se ejerce para la correcta utilización de los recursos públicos y mejorara la calidad de la vida en general, y estos se deben regir bajo principios de transparencia, economía y responsabilidad (80, 1993)

El marco legal de la corrupción lo encontramos en la ley 1474 de 2011.

En tercer lugar encontramos que la corrupción se refiere al empleo del poder público para atribuirse una serie de ventaja obtenida irregularmente, generalmente de forma secreta y privada.

“Es toda violación o acto desviado, con fines económicos o no, ocasionadas por la omisión de los deberes institucionales de quien debía procurar la realización de los fines de la administración pública”. (Chocota, 2015)

Las causas de la corrupción se puede esperarse que aumenta con el grado de ineficiencia en el cual se desarrolla la actividades institucionales, con la omisión de los funcionarios, con el grado de monopolio sobre servicios, con los ingresos que pueden obtenerse en las actividades corruptas, con una baja probabilidad de ser descubierto con unos bajos castigos para las actividades corruptas y mínima intervención de las entidades de control. (Ulloa, 2017)

Derecho comparado

Para abordar el derecho comparado sobre el control fiscal de lo cual lo haremos principalmente de los países Alemán, Estados Unidos y España

Las entidades Fiscalizadoras son parte esencial de todo sistema de control fiscal;

La Corte de Cuentas; como órgano colegiado ubicado en el poder judicial o como un órgano autónomo de fiscalización; cuyo ejemplo principal serían los tribunales de cuenta Alemán y Español. (Naranjo P. R., 2009)

El contralor General o Auditor general; como órgano unipersonal, se encarga de las labores de fiscalización sobre manejo de fondos públicos en el modelo angloamericano de los Estados Unidos (Naranjo-Galves, 2007)

Alemania

La principal institución superior de auditoria es el tribunal de cuentas Federal, establecidos en el artículo 114 de la ley Fundamental de la República Alemana que consagra el control fiscal en cuanto función, y la posición misma del Tribunal de cuenta como institución independiente; es un órgano independiente, sujeto solo a la ley, ubicado fuera del ejecutivo y del legislativo, semas de su función fiscalizadora, actúa como órgano consultivo de ambos. (Naranjo-Galves, 2007)

El Tribunal Federal de Cuentas de la República Federal Alemana no tiene funciones jurisdiccionales, en caso de encontrar prueba de situaciones que comprometan la responsabilidad civil de servidores públicos, debe informar a la agencia gubernamentales respectivas, esta última tiene el deber de iniciar el proceso respectivo. (Naranjo-Galves, 2007)

Estados Unidos

La entidad superior de auditoria en el nivel federal es la general Accounting Office GAO creada en 1921, la cual no tiene origen directo en la constitución, sin embargo debe tenerse en cuenta que la constitución de los Estados Unidos otorga al congreso amplias facultades de fiscalización sobre los fondos incluyendo en el presupuesto y la GAO está ubicada en la órbita del legislativo. (Naranjo-Galves, 2007)

La GAO examina cualquier programa o actividad en la cual intervenga fondos federales, la GAO no tiene funciones judiciales, aunque tiene la posibilidad de promover procesos e investigaciones cuando advierta irregularidades. (Naranjo-Galves, 2007)

España

El principal órgano de control fiscal es el Tribunal de cuentas, que concurre en estas tarea con los tribunales de cuenta de las comunidades autónomas, también hace parte del sistema de control fiscal el sistema de control interno que comprende dos niveles (i) el ejercido por la intervención General de la administración del Estado (IGAE) y el control interno que implementa y llevan a cabo las propias entidades objeto de control, la intervención general actúa en cada entidad o dependencia y depende de la Secretaria de Estado de Presupuestos y gastos. (Naranjo P. R., 2009)

Para que así pudimos establecer los diferentes modelos de control fiscal en los países desalados; para que así mira si se puede implementar efectivamente en Colombia o si no son viables

Método

La investigación se desarrolló aplicando las siguientes metodologías:

Investigación previa: En esta etapa se implementó los instrumentos para llegar a la información; principalmente fueron la creación de una base de datos que se recopilo jurisprudencia de la corte suprema de justicia en su sala penal en función de casación.

Sistematización: En esta etapa se realizó un análisis crítico de jurisprudencia en cuanto a la contratación pública referente al control fiscal establecía por el ente estatal.

Resultados: Atraves del análisis y la estructuración de cuadros dio como resultado de la investigación se logró establecer una base de datos donde se recompilaron las principales sentencia.

Conclusión

Atraves del método de investigación se puede establecer las siguientes conclusiones basado y fundamentado en la investigación y en la ponencia.

El control fiscal es una función pública que la ejerce la entidad estatales ;(contraloría general de la república); en la cual se encarga de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan bienes o fondos de la nación.

Dicho lo anterior podemos establecer que la necesidad de este control se basa principalmente de plasmar los controles a funcionarios que regulan de los recursos públicos más estrictos con el fin de bajar los índices de corrupción en el país. La vigilancia permite establecer que las entidades se centran principalmente en la necesidad para garantizar que los recursos sean invertidos para los fines establecidos a lo que han sido destinados y para que no se desvíen en detrimentos del interés general.

El control fiscal es un mecanismo netamente constitucional que busca plasmar en que las personas que realizan gestión fiscal, deben regirse bajo principios de transparencia, moralidad y el más imperativo el bienestar general por encima del interés particular, no obstante, al llevar a cabo esta investigación, encontramos la cantidad de normas y jurisprudencia al respecto, es posible concluir que el legislador se ha quedado atrás en su función de regular correctamente para tratar de poner freno a cualquier acción que vaya en contra de los intereses del Estado

Cabe señalar que el control fiscal se rige bajo el interés del Estado Social de Derecho, en el sentido de garantizar una eficiente administración de recursos para el beneficio de la comunidad en general y no a intereses privados de los cuales afectan lo que debería ser la correcta manera como función la administración de recursos públicos. Es claro que la Contraloría, en los procesos de responsabilidad fiscal, solo interviene en su función investigativa más no en un proceso como tal, ni en la toma de decisiones en cuanto a responsabilidad en el manejo del dinero público ya que su función se le trasladarais al contencioso administrativo o a la justicia ordinaria.

En materia de contratación pública es un acuerdo o convenio al que llega una entidad, organismo o empresa pública, con una persona natural o jurídica, que toma el nombre de contratista, este convenio es para dar, hacer, o no hacer algo a cambio de un precio y con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas.

Ahora bien la corrupción aumenta cando las probabilidades de que el individuo que la cometió sea descubierto, aquí hablamos de la mala calidad del control fiscal, los mecanismo

de control de los resultados de la contratación pública en Colombia son de baja calidad, tanto en que se refiere al control fiscal, como el castigo.

El control fiscal que debería ser realizado a cada entidad individualmente , del cual no es efectivo por varios motivos , en primer lugar encontramos que los procedimientos de control que se exigen a las entidades por la contratación pública no se cumplen, en segundo lugar encontramos que la eficacia del castigo por vía judicial es muy bajo, según cifras del banco de estadísticas fiscal se tramitaron 590 procesos de responsabilidad fiscal en los años 2016 al 2017 de los cuales 90 se profirieron auto de apertura y solo 74 se profirió fallo en responsabilidad fiscal; estos demuestran que la ineficacia general del sistema legal colombiano, caracterizado por una sobrecarga de procesos en poder de los jueces, de un ambiente de completa impunidad.

Como mecanismo alternativo para mejorar el control fiscal y bajar las estadísticas de corrupción es que mira modelos plasmados en los países desarrollados para así trata de implementar en Colombia estableciendo controles más severos y disciplinarios para estas metas.

Bibliografía

- Aguilar, J. H. (1995). *El control fiscal en Colombia*. Bogotá: Luz.
- Buitrago, J. G. (2017). *Gerencia pública y control fiscal*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Carreño Dueñas, D. (2012). *el derecho en la era de la virtualidad*. Bogotá: Universidad Católica .
- Chocota, G. M. (2015). *control fiscal colombiano y la reducción de la corrupción en las entidades públicas*.
- Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Escobar, I. D. (1980). *el control fiscal en Colombia*. Universidad de Texas.
- Gómez, J. R. (2017). La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia. *Prolegomenos*, 16.
- Hernandez Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Pilar Bastidas, L. (2006). *Metodología de la Investigación*. Mexico D.F.: McGraw-hill Interamericana.
- Moreno, D. Y. (2000). *Regimen del control fiscal*. Bogotá: TEMIS.

Moya Vargas, M. F. (2007). *los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Bogota: IUSTA.

Muñoz, v. (2016). *fundamentos de la contratacion publica*. Bogotá: cep.

Naranjo, P. R. (2009). *Eficacia del control fiscal en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario .

Naranjo, R. (2009). *Eficacia del control fiscal en Colombia*.

Naranjo-Galves, R. (2007). *eficacia del conrol fisacal en colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario .

Olaya, U. A. (1996). *Fundamentos Cosntitucionales del control fiscal*. Umbral.

Salamanca, J. E. (2008). *Corte suprema de justicia; sala de casación penal; No 26061*.

Torregrosa Jimenez, N. E. (2012). *El principio de jurisdiccion o justicia universal*. Bogotá.

Torres, S. (2006). *control fiscal territorial: diagnostico y perspectivas*. Bogotá: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos.

Ulloa, F. C. (2017). *corrupcion: gebernamental, politica y empresarial*. Bogotá: Cuellar Editores .

Normatividad

Constitución política 1991

Ley 1474, l. (2011). Fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ley 1510, d. (2013). El sistema de compras y contratación pública.

Ley 42, l. (1993). Organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

Ley 610, l. (2000). Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

Ley 80, l. (1993). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Jurisprudencia

Magistrado Ponente; Salamanca, J. E. (2008). Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal; No 26061.

Magistrado Ponente; Cifuentes, E. (1993). Sentencia Corte Constitucional 006

Magistrado Ponente; Mendoza, G. E. (2012). Sentencia Corte Constitucional 643.