

El control fiscal como medida preventiva en la contratación directa en su modalidad de urgencia manifiesta*

Fiscal control as a preventive measure in direct contracting in its manifest emergency modality

Daniel Ricardo Pino Rojas*

Resumen

En Colombia existe un órgano específico de control fiscal que ha sido adoptado por la Constitución Política Colombiana De 1991, el cual se encarga de la supervisión de los recursos públicos y su ejecución, es por ello, que se busca analizar dicho ente de control y sus funciones, para dar a conocer la importancia del mismo y las consecuencias que genera una mala administración de los recursos públicos. Ésta mala administración de los recursos, ha permitido el saqueo de sumas de dinero incalculables tanto a nivel municipal, departamental, como nacional, permitiéndose a través de las oficinas de control interno de cada entidad la corrupción. Ésta investigación busca proponer funciones técnicas y no de decisión política a las oficinas de control interno, para lo cual se tendría como principio rector el concurso de méritos.

Abstract

The Colombian Political Constitution of 1991 made the model of fiscal control in Colombia, exercised as head of the Comptroller General of the Nation. It seeks to analyze the flaws that

*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 decimo semestre de derecho de la Universidad Santo Tomás, perteneciente al semillero Ética Pública, adscrito al grupo socio humanístico del derecho y al grupo de derecho público Francisco de Vitoria.

have left this constitutional model, which has allowed corruption in Colombia to throw to yield incalculable figures of money loss for citizens and the development of the State in general.

Palabras clave

Urgencia, Contratación, Corrupción, Recursos Públicos.

Key words

Urgency, Contracting, Corruption, Public Resources.

Introducción

En ésta investigación se aspira realizar un análisis cuidadoso de las funciones que la ley otorga a la Contraloría General de la Nación, particularmente la función de control fiscal en los contratos directos, en la modalidad de urgencia manifiesta que celebra el Estado. Por tratarse este un tema técnico pero que el interés como investigador es que se haga de fácil entendimiento para el ciudadano común, se acudirá a normas, jurisprudencia y doctrina con el fin de contextualizar al lector y brindarle un amplio panorama de lo que implica el control fiscal en una realidad jurídica bastante compleja como lo es la colombiana, dados los antecedentes históricos de la mal utilización de los recursos por falta de control en las entidades públicas al momento de efectuarse tal tipo de contratación. Se realizará un estudio que permita establecer un foco que da lugar a la corrupción y mal uso del erario público dentro de la contratación estatal. 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). El método del análisis jurisprudencial empleado en este trabajo se ubica dentro del modelo señalado como dogmática jurídica (Courtis, 2006).

¿Es posible realizar control fiscal a la etapa precontractual de la contratación directa en su modalidad de urgencia manifiesta?

Para abordar esta investigación se empezará por citar un aparte escrito por Torregrosa quien a su vez cita la guía de redacción de la UNESCO para afirmar que “la finalidad esencial de un artículo científico es comunicar los resultados de investigaciones, ideas y debates de una manera clara y concisa y fidedigna,” (Torregrosa Jiménez, 2015, pág. 9). Lo cual se tiene en cuenta en

esta investigación al escribir con palabras simples para que el lector de manera simple pueda entender el contexto de un tema técnico-jurídico pero que tratándose del patrimonio del estado se debe entender por el ciudadano promedio.

En primera medida se analizará el órgano principal encargado del control fiscal en Colombia, el cual es la Contraloría General de la nación, la cual es definida por el doctrinante Jaime Vidal Perdomo como una entidad que “ejerce una función pública consistente en la vigilancia de la gestión fiscal de la administración pública: luego se ha extendido a los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, como se lee en el artículo 267.” (Vidal perdomo, 2016, pág. 85)

Tal función otorgada a esta entidad va de la mano de la cesión de una autonomía que brinda un verdadero foco de poder dentro del aparato estatal, y que tal poder se ve traducido en la vigilancia y el control que se debe ejercer a las entidades contratantes sobre la manera en que es ejecutado su presupuesto, tal y como lo afirma el profesor Vidal quien menciona que “La palabra “autonomía” es típica del lenguaje jurídico administrativo.

Es por esta razón que la autonomía Significa, de manera elemental, obrar por su propia cuenta y mediante sus propias autoridades. Todo esto dice mucho de la independencia, en particular con respecto al gobierno nacional. Es decir actúa de manera autónoma, sin subordinación, siempre y cuando estos actos no sean contrarios a la ley y a la Constitución. (Vidal perdomo, 2016)

El profesor Vidal afirma que la autonomía se refiere en este caso a “Dictar los actos relativos a sus funciones, sus normas internas de organización, nombrar los empleados requeridos y celebrar contratos necesarios para su funcionamiento, son las manifestaciones jurídicas de esa autonomía administrativa. Ejecutar el presupuesto asignado por la ley en el presupuesto nacional.” (Vidal perdomo, 2016, pág. 85)

Una vez abordada la entidad a la cual se le delega dicha función, se empezará a estudiar continuación la figura del control fiscal, para lo cual se debe remitir al Consejo de Estado en su sala de consulta y servicio civil bajo el Consejero Ponente Augusto Trejos Jaramillo con radicación 1009 quien nos brinda una definición clara aseverando que “Es una función pública, mediante la cual se vigila la gestión de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes del Estado en todos los niveles territoriales y en todo el orden administrativo.” Mp. Trejos Jaramillo, A. (1997).

El Magistrado Trejos afirma que dicho control es ejercido de manera posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, a nivel regional las contralorías departamentales, a nivel local las contralorías distritales y municipales, la cual podrá facultar que, en casos especiales, se pueda adelantar dicha vigilancia por empresas privadas colombianas seleccionadas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

Mp. Trejos Jaramillo, A. (1997).

Encargada ésta entidad del manejo, cuidado, supervisión y control del dinero que recauda el Estado y que es reinvertido en contratos que permitan desarrollar los programas encaminados al progreso y sostenimiento de la nación, llama la atención pues lo que busca demostrar esta investigación, es, que de ésta función depende, que se puedan desarrollar los fines del Estado o que por el contrario se vean frustrados por intereses particulares, desvíos de recursos o su excesivo gasto injustificado bajo premisas de urgencia manifiesta.

Se debe tener en cuenta el preámbulo de la constitución de la UNESCO mencionado por Carreño, afirmando que “los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo por los hombres y se impugna el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas”. La gran globalización de la cultura y la educación del plantea se debe considerar un parámetro general de la justicia. (Carreño Dueñas, 2011, pág. 10).

Es decir que tales recursos deben ser ejecutados teniendo en cuenta la desigualdad a la que se enfrenta Colombia y la posibilidad que hay en estos recursos de generar un gran cambio, si se desarrollan los programas del estado de manera digna en función de generar una mayor igualdad social, la cual se ve quebrantada por el hurto o apropiación ilegal de los recursos por parte de unos pocos, quienes acceden a los contratos, en muchas ocasiones de manera ilegal y consecuencia de ello no se cumple con su fin último que es el bienestar social.

Para resolver el interrogante planteado se explicarán los conceptos de las palabras claves que conforman nuestra cuestión con el fin de contextualizar al lector y que se pueda analizar el panorama de manera imparcial y permita plantear una solución a la afectación del desarrollo y el buen funcionamiento del aparato estatal en particular de la contratación.

Es por ello que se aborda ahora la etapa precontractual de la contratación estatal, que es aquella etapa que se da antes de la firma del contrato como su nombre lo refiere, y son todos aquellos requisitos que establece la ley para que se lleve a cabo la celebración de un contrato estatal.

Al respecto el doctrinante Güechá afirma en su libro denominado Control De Legalidad En El Procedimiento Administrativo De Contratación, que implica igualmente procedimiento administrativo precontractual, que debe respetar el principio de legalidad y que está sujeta al control de la misma naturaleza, se puede identificar entonces, una clara etapa anterior al contrato administrativo, que implica los actos necesarios para establecer la necesidad del contrato, como lo son también los estudios técnicos de factibilidad y prefactibilidad, así como la selección del contratista. (Güechá Medina, 2015, Pág. 157)

Algo que no parece quedar tan claro ya que con la reforma introducida por la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, 734 de 2012 y en el actual decreto reglamentario 1082 de 2015, Güechá menciona que en la contratación directa no se hace exigible el pliego de condiciones, simplemente se realiza un acto administrativo que justifica la contratación directa, el cual debe tener el señalamiento de la causal que se invoca, es decir qué clase de contrato se va a celebrar, el objeto contratar, el presupuesto y las condiciones que se exigirá al contratista, la indicación donde se pueden consultar los estudios y documentos previos. (Güechá Medina, 2015, Pág 158,159)

Es por ésta razón que no se dará la oportunidad de objetar el pliego de condiciones por faltas tanto en su forma como en su fondo sino que de manera arbitraria la entidad estatal en su autonomía selecciona el contratista y emite un acto administrativo que en muchas ocasiones se acomoda de manera incomprensible a un oferente en particular y el cual es seleccionado de manera directa.

Reforma que se critica en la medida en que en un país donde las emergencias naturales, económicas, ambientales y en general las calamidades de toda clase no dan tregua, el legislador aun previendo dichas situaciones permite que a través de la argumentación jurídica y en muchas ocasiones sin una real justa causa para que se efectuó la contratación directa, que, popularmente es la mal llamada *contratación a dedo*, ya que permite a la entidad contratante, dada la urgencia efectuar contratos sin el lleno de la totalidad de los procedimientos que establece la ley.

Como lo es en la modalidad de contratación por excelencia la cual es la licitación pública en donde se le otorga la oportunidad a distintos proponentes a presentar una propuesta y a competir en términos de calidad, precio, rendimiento, seguridad entre otros y no como en este particular caso donde de manera unilateral se escoge quien es la persona ya sea natural o jurídica encargada de contratar con la entidad que se encuentra en dicha necesidad de suplir un servicio.

Se busca en esta investigación analizar las situaciones en las cuales se podrá realizar la contratación directa, es así se encuentra que de acuerdo a la ley 1150 de 2007 y el capítulo IV del decreto 1082 de 2015 las causales para la contratación directa son: a) Los contratos interadministrativos, b) Los contratos del sector defensa, la dirección nacional de inteligencia y la unidad de protección que necesiten reserva. c) Otros contratos que permiten la contratación directa como lo son los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, Cuando no exista pluralidad de oferentes, Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Los de arrendamiento y adquisición de inmuebles) los de empréstito. Y finalmente los que le interesan a esta investigación los contratos de urgencia manifiesta.

Aunque a simple vista se puede ver que hay otros contratos que de manera arbitraria la ley le otorga esta misma facultad como se ve en los contratos del sector defensa dado el amplio campo de autonomía que se brinda para la ejecución de recursos importantes para la nación de manera directa y sin contar con la participación de distintos proponentes, para este caso particular se hablará de la urgencia manifiesta ubicada en el numeral cuarto, Regulada en el decreto 1510 de 2013 art. 74, El cual establece que la causal de urgencia manifiesta en la contratación directa, se deberá emitir un acto administrativo que la declare y este mismo será el acto administrativo de justificación ya que la entidad no está obligada a realizar estudios previos del mismo.

Güechá, afirma que ésta debe ser declarada por la autoridad competente cuando por circunstancias de estados de excepción, situaciones de calamidad, fuerza mayor o desastre, que requieran atención y actuación inmediata, sea necesario celebrar los contratos de manera inaplazable dadas sus condiciones, sin que se pueda acudir a trámite normal de selección de contratista, se ha previsto un mecanismo sumario de contratación que es la urgencia manifiesta. (Güechá Medina, 2015, pág. 157)

La cual como ya se ha reiterado, en un país donde las calamidades son el protagonismo de cada día se debe entonces buscar un mecanismo humano distinto de vigilancia, para que dicha urgencia no afecte la decisión de ejecutar el presupuesto estatal de manera correcta y se haga de manera arbitraria con la justificación de hechos que se pueden prevenir en la mayoría de eventos.

Lleva de manera irremediable a introducir la cuestión que se plantea al principio de esta investigación, la cual hace referencia a la crítica de dicho control de un elemento tan importante que conforma el estado como lo es su patrimonio económico, el cual es vigilado, de manera posterior, es decir la ley faculta a las entidades contratantes a cometer errores para subsanarlos,

cuando en muchas ocasiones el presupuesto ya no se puede recuperar donde surgen problemáticas encontradas fruto del control fiscal posterior y selectivo realizado por la contraloría.

Referente a este tema ha dicho Gómez que la vigilancia fiscal de la contratación estatal, la ley 80, en su artículo 65, determina que el control fiscal puede ejercerse en tres eventos: primero cuando los trámites administrativos de legalización de los contratos hayan concluido. Segundo, para ejercer control de las cuentas correspondientes a los pagos originados con ocasión del contrato respectivo. Tercero, cuando ya se han liquidado o terminado los contratos, para un control fiscal integral basado en los principios señalados en la ley 42 de 1993. (Gomez Lee, 2014, Pág 65)

En razón a ello lleva a pensar que la ley expresamente limita a la contraloría su función de vigilancia y control de los recursos que serán ejecutados por una entidad a través de la modalidad de contratación directa por urgencia manifiesta, pues, le permite entonces a las personas naturales contratantes tener una relación de poder frente a los contratistas como personas naturales o como representantes legales con las responsabilidades que estas acarrearán para decidir, que se podemos ver uno de los focos dentro de los cuales la ley permite que se generen errores humanos de corrupción dadas las condiciones en dicha modalidad.

Por tal motivo se acumula la riqueza en los contratistas que tienen un capital ya constituido y que en muchas de esas ocasiones se permea por el narcotráfico y actos de corrupción, ya que los capitales exigidos para soportar el riesgo en la contratación solo pueden ser asumidos por multinacionales que tienen el poder económico para realizar dadivas a las entidades contratantes para que se les otorguen algunos contratos de manera directa sin acudir a la licitación pública como es la regla general de la contratación en Colombia, como se puede evidenciar en el famoso caso de la multinacional Odebrecht.

Esto es reafirmado por el profesor Gómez quien ha trabajado de manera cuidadosa dicho tema y afirma que La Corte Constitucional, en sentencia C-623 de 1999, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 65 de la ley 80 de 1993 en armonía con lo establecido en el artículo citado, delimitó los tres momentos en que se puede ejercer control en los contratos del Estado. (Gomez Lee, 2014)

Así que dicho control se deberá ejercer posteriormente a los actos previos necesarios para la realización del contrato. Una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control

financiero, de gestión de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

El artículo 267 de la Constitución Política en su inciso 2, establece que dicho control fiscal se ejercerá de forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos por la ley.

Por su parte, el artículo 25, numeral 11 de la ley 80 de 1993 precisa: que las corporaciones de investidura popular y las corporaciones de control y vigilancia no podrán intervenir en los procesos de contratación, haciendo la salvedad que podrá hacerlo en lo que tiene que ver con la solicitud de audiencia pública para adjudicación.

Se dice entonces que el control previo por parte de la contraloría se encuentra, por la Constitución y la ley prohibido y ello entorpece el cuidado del patrimonio económico público que se va a ejecutar de manera directa. El profesor Gómez afirma que “resulta claro que el control previo ejercido por parte de las Contralorías y de la Auditoría General de la República se encuentra prohibido en la legislación vigente.” (Gómez Lee, 2014, págs. 68-69)

Lo cual no se considera una medida correctiva frente a la lucha contra la corrupción ya que se cree que se debe reestructurar el sistema de control fiscal desde una etapa preveentiva y no correctiva dadas las circunstancias en que la ley permite su aplicación, la cual es una vez se han celebrado los contratos como ya lo mencionamos.

Se tiene como una medida plausible para corregir dichas falencias que dichas entidades territoriales a través de las oficinas de control interno le envíen un reporte mensual a la Contraloría con los contratos celebrados de manera directa y será esta quien decida de manera selectiva y cuidadosa quien decida que contratos deberán ser intervenidos para verificar la ejecución de sus recursos, ya que se cuenta con la competencia prevalente de control de la Contraloría frente a las oficinas de control interno pero no se hace efectivo.

Es importante recordar en ese punto de la investigación que todo ello conlleva necesariamente a endilgar una responsabilidad a alguno de los sujetos que intervienen en la contratación cuando se producen gastos innecesarios o excesivos en su ejecución y se genera un detrimento en el erario público.

Güechá hace referencia a este principio del derecho público afirmando que el artículo 3 del CPACA desarrolla el principio constitucional del artículo 90 y en el numeral 7 consagra el principio de responsabilidad en los siguientes: “en virtud del principio de responsabilidad las

autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones de acuerdo con la constitución, las leyes y los reglamentos.” (Güechá Medina C. , Derecho Procesal Administrativo, 2014, pág. 338)

Si se toma una medida preventiva de control fiscal a la contratación directa en su modalidad de urgencia manifiesta buscando el mecanismo que permita que se desarrolle con la prontitud que acredite sin que se afecte el patrimonio, se están ahorrando recursos como lo son los de cobro coactivo a las personas naturales o jurídicas responsables de la inejecución o ejecución inadecuada de los recursos, que pueden ser destinados a prestar los servicios con mayor eficacia institucional.

Con dicha medida se podrá determinar de manera más sucinta las falencias o decisiones inadecuadas, a la hora de realizar la ejecución del presupuesto, antes de generar el daño o afectación patrimonial al estado y sus administrados quienes son finalmente quienes suministran los recursos para que se ejecuten dichos contratos ya que existirá control permanente tanto a nivel local como a nivel nacional.

En razón a ello se considera igualmente que se deberá analizar una política pública de derecho penal encaminada a la protección anterior a la ejecución de los recursos públicos como riqueza de la nación, El Doctor Moya en su libro Relaciones Penales Judiciales Internacionales citando a Bourdieu quien afirma que el derecho penal es “un estilo de control jurídico y dentro del mismo, el más violento. Pero constituye una forma dentro de un universo de varias probables, porque se encuentra institucionalizada, un control porque tiene por objeto el comportamiento de los individuos para generar consecuencias ex post y ex ante respecto de su conducta social.” (Moya Vargas, 2011, pág. 15)

Lo cual se vería en este caso como una solución ex ante o un control anterior a la ocurrencia del daño patrimonial ya que como lo demuestra la historia muchos de esos recursos erróneamente invertidos no se pueden recuperar. Estas políticas públicas penales deberán estudiar las falencias de la normatividad actual que le permite beneficios a aquellas personas a las cuales se les han atribuido dichos delitos, como lo son la estadía en guarniciones militares a cambio de prisión o casa por cárcel y otros beneficios que contribuyen con el desprestigio y el temor por la ley, ya que cuando cumplen su condena pueden disfrutar el dinero mal ejecutado a través de contratos estatales, por lo cual se deberán apoyar las instituciones tanto judiciales como administrativas para lograr una solución común.

Conclusiones

Finalmente para concluir se dará respuesta al interrogante planteado al inicio de esta investigación, afirmando que no se puede ejercer un control fiscal a la etapa precontractual de un contrato efectuado en la modalidad directa por urgencia manifiesta, ya que como lo demostramos a lo largo de esta investigación la ley le otorga esta facultad a las oficinas de control interno de cada una de las entidades las cuales se encuentran permeadas por corrupción y politiquería ya que dichas oficinas están conformadas por miembros elegidos por libre nombramiento y remoción y que se deben a compromisos políticos que pueden interferir en la vigilancia y el control de los recursos.

Es por ello que se plantea la tesis encaminada a ejecutar una política pública que permita que la contratación en su modalidad de urgencia manifiesta sea informada a su principal ente de control el cual es la Contraloría general de la Nación de manera mensual para que esta entidad de forma selectiva y acuciosa determine cuales contratos deben ser intervenidos con el fin de proteger de manera anticipada, posterior durante su ejecución el patrimonio y los recursos públicos, consecuencia de ello un control fiscal no solo posterior sino también preventivo y selectivo. Todo ello con el fin único de prevenir que se efectúen contratos que no estén relacionados con las necesidades reales del estado para cumplir su fin último que debe ser el bien común, Con el argumento, que se deben hacer de urgencia y que no se debe realizar los estudios previos necesarios no solo del valor del contrato sino también de la urgencia real que se predica, para evadir etapas y no acudir al procedimiento ordinario más imparcial de selección el cual es la licitación pública.

Bibliografía

Carreño Dueñas, D. (2011). *Implicaciones jurídicas de la Biotecnología caso Colombiano*.

Bogotá D.C. Usta

Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*.

Madrid: Trotta.

Gomez Lee, I. (2014). *Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos*. Bogotá: Legis.

Güechá Medina, C. (2014). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Ibañez.

Güechá Medina, C. (2015). *Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*. Bogotá: Ibañez.

Hernandez Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Pilar Bastidas, L. (2006). *Metodología de la Investigación*. Mexico D.F.: Mcgraw-hill Interamericana.

Moya Vargas. M. F (2011). *Relaciones penales judiciales internacionales*. . Bogotá D.C.: Ediciones USTA.

Torregrosa Jiménez, N. E. (2015). *ABC del artículo científico*. Bogotá D.C.: AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Vidal perdomo, j. (2016). *Derecho administrativo*. Bogotá: Legis Pág 85.

Sentencias analizadas

Proceso disciplinario radicado No. 110010102000 200501286 00 14 de junio de 2006 Consejo Superior de la judicatura Mp: Temístocles Ortega Narváez

Mp. Trejos Jaramillo, A. (1997). *Consejo de Estado sala de consulta y servicio civil* . Bogotá: radicación 1009.

Conflicto negativo de jurisdicciones radicación No. 110010102000 200602048 31 de enero DE 2007 Consejo Superior de la judicatura. Mp: Temístocles Ortega Narváez

Disciplinario radicación No. 110010102000 200501286 0 18 de junio de 2008 Consejo Superior de la judicatura. Mp: Temistocles Ortega Narvaez

Conflicto de jurisdicciones radicación No. 110010102000200803250 00 7 de mayo de 2009 Consejo Superior de la judicatura. Mp: Henrry Villaaraga Oliveros

Conflicto positivo de competencia radicado: 110010102000201200243 00 29 de marzo de 2012 Consejo Superior de la judicatura. Mp: ponencia conjunta

Conflicto negativo de jurisdicciones radicado No. 110010102000201302231-00 (8542-17) 5 de febrero de 2014 Consejo Superior de la judicatura. Mp: Julia Emma Garzón

Conflicto negativo de jurisdicciones radicación N° 110010102000201400028 00/2182C

12 de febrero de 2014 Consejo Superior de la judicatura. Mp: José Ovidio Claros

Conflicto negativo de jurisdicciones radicado No. 110010102000201303049-00 (8841-17) 5 de junio de 2014 Consejo Superior de la judicatura .Mp: Julia Emma Garzón

Grave riesgo de pérdida de recursos radicado: 1100101020002012-00640 03 16 de julio de 2015 Consejo Superior de la judicatura. Mp: Pedro Alonso Sanabria
C-623 de 1999 Carlos Gaviria Díaz- Corte Constitucional

Normas analizadas

Constitución Política Colombiana 1991. Artículo 90, #7.

Decreto 1510 de 2013 art Artículo 74.

Ley 80 de 1993 arts. 65,25

Ley 1150 de 2007