

**EL CONTROL PREVIO COMO INSTRUMENTO PARA MEJORAR LA  
EFECTIVIDAD EN LA CONTRATACION PÚBLICA: ALGUNAS ESTRATEGIAS EN  
MATERIA PRECONTRACTUAL**

**HENRY ORLANDO WATSON BRICEÑO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO  
BOGOTÁ  
2016**

**EL CONTROL PREVIO COMO INSTRUMENTO PARA MEJORAR LA  
EFECTIVIDAD EN LA CONTRATACION PÚBLICA: ALGUNAS ESTRATEGIAS EN  
MATERIA PRECONTRACTUAL**

**HENRY ORLANDO WATSON BRICEÑO**

**Trabajo de grado para obtener título de Magíster en Contratación Pública y Privada**

**Tutor  
GERMÁN LOZANO VILLEGAS**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO  
BOGOTÁ  
2016**

## CONTENIDO

<b>RESUMEN</b>	<b>3</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>CAPITULO I</b>	
<b>LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL FISCAL</b>	
1.1 Antecedentes del control fiscal	9
1.1.1 El control fiscal vigente y su efectividad	19
1.2 Fundamentos sobre la constitucionalidad del Control Fiscal Previo	27
1.3 El control fiscal en la contratación de obra pública en Chile, un ejemplo determinante	44
<b>CAPITULO II</b>	
<b>FACTOPRES QUE AMERITAN CUIDADOSO ESTUDIO EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN OBRA PÚBLICA</b>	
2.1 La seguridad jurídica	57
2.2 La solemnidades previas y principios del contrato de obra pública a tener en cuenta para un adecuado control	61
2.3 El principio de planeación	71
<b>CAPITULO III</b>	
<b>EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DEBE GOZAR DE CONTROL DE LEGALIDAD</b>	
3.1 El acto administrativo precontractual	78
<b>CAPITULO IV</b>	
<b>LA COADMINISTRACIÓN Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS OFICINAS DE CONTROL INTERNO</b>	
4.1 La coadministración	98
4.2 Las oficinas de control interno y su fortalecimiento	108
<b>CAPITULO V</b>	
<b>DESARROLLO DE LAS FUNCIONES DE CONTROL EN MATERIA PRECONTRACTUAL Y EVENTUALES CONTRADICCIONES Y CONFLICTOS ENTRE ELLAS</b>	
5.1 Función preventiva de la Procuraduría General de la Nación	128
5.2 Funciones preventivas de las Personerías	146
5.3 La acción de tutela como mecanismo de control contra actos administrativos precontractuales	150

5.4 EL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PRECONTRACTUALES MEDIANTE ACCIONES ADMINISTRATIVAS	
5.4.1 Acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho	152
5.4.2 Acción de controversias contractuales	157
5.5 Participación de las Veedurías Ciudadanas en la etapa precontractual	158
5.6 La rendición de cuentas y las veedurías ciudadanas en la etapa precontractual	166
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b>LA CORRUPCIÓN</b>	
6.1 La corrupción en la contratación pública	176
6.2 Informes de corrupción	183
6.3 Factores que contribuyen al incremento de la corrupción en la contratación de obra pública	197
6.4 Principio de prevención	204
<b>CONCLUSIONES</b>	201
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	226
<b>ANEXO DE ENCUESTAS Y CONCLUSIONES</b>	248

## RESUMEN

Los recursos públicos destinados a la inversión en obra pública son fuente de desarrollo y sostenimiento de la nación. De acuerdo con la Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999. MP. Naranjo, M. (1999), la actividad contractual del Estado tiene como fin satisfacer el interés público o necesidades colectivas por lo que el uso inadecuado de los recursos afecta los derechos y la prosperidad general como fines esenciales del Estado consagrados en el artículo segundo de la Carta Política.

Una de las grandes dificultades en Colombia para el control fiscal de las inversiones en los recursos públicos está en que no se realiza en la etapa precontractual un mecanismo efectivo de control que permitiría claridad antes de la legalización de la contratación, sino posteriormente a la suscripción del contrato cuando se ha determinado y aprobado el presupuesto, reduciendo así la prevención de las conductas irregulares y exponiendo a que con los recursos públicos se cometan posibles delitos, lo que facilita detrimentos patrimoniales por parte de los ordenadores del gasto.

El análisis de información de encuestas, de la legislación, la jurisprudencia existente en torno al tema y la ejemplificación internacional, justificará la necesidad de evaluar el sistema de control fiscal colombiano y de realizarlo en la etapa precontractual, para así desarrollar estrategias que permitan prevenir la corrupción y hacer más eficientes y oportunas las intervenciones de la Contraloría y Procuraduría en el proceso de contratación.

## ABSTRACT

The public resources destined to investment in a public construction are support of Nation's development and maintenance. According to the Constitutional Court in C-400 Sentence of 1999 the contractual activity of state have the porpoise to satisfy the community needs and the public requires, for that, the wrong use of resources concern to the rights and general prosperity like the objects of the Government established in the second article of the National Constitution.

One of the most difficult things for the fiscal control in investment of Colombia, is that in pre contractual state there are not an efficient control mechanism , it will give clearness to the contracts, however that exist in the post contractual state when the estimate has been finished and approved, reducing in that way the prevention of wrong behaviors and exposing the public resources to crimes or patrimonial detriment.

The information analysis of legality and jurisprudentially about that topic and the international exampling of similar states, will justified the need to evaluate the National System Control trying to realized it in pre contractual state to develop analytic tools to prevent the corruption and make the Government Accountability Office and attorney office interventions more efficient and pertinent in public work contracts.

## INTRODUCCIÓN

Definitivamente un factor limitante para el desarrollo de los países es la corrupción, porque acarrea incremento en el empobrecimiento social y limita la integración económica internacional, tal y como se evidenciará en los análisis de los informes presentados por los organismos internacionales evaluadores de la corrupción como el Banco Mundial, Transparencia Internacional, Cepal y Ecosoc en su comisión económica para América y el Caribe, entre otros.

Es entonces obligación del Estado proteger el patrimonio público, tesoro invaluable con el que se satisfacen los intereses generales de la comunidad como se expresa en el Artículo 8 Superior. En la contratación pública, la planeación es el pilar fundamental del contrato pues representa el punto inicial del mismo, por lo que es preciso plantear mecanismos previos de control eficientes para lograr una buena inversión del recurso público, para que sean desarrolladas en aras al cumplimiento de los principios de la contratación estatal y de conformidad a los planes de desarrollo de la gestión pública y a la evaluación del cumplimiento de la gestión administrativa.

De manera consecuente, como lo establece el Artículo 62 de la Ley 80 de 1993, el control fiscal se realiza principalmente en el momento posterior a la suscripción del contrato, ya cuando se ha determinado y aprobado el presupuesto, dejándose al arbitrio el control fiscal en la etapa precontractual que permitiría claridad antes de la legalización de la contratación, lo que impide que este tipo de control se establezca como un verdadero método de prevención eficiente por

parte de los organismos de control frente a las conductas irregulares en la etapa pre-contractual. Ello conlleva a exponer los recursos públicos a posibles delitos o detrimentos patrimoniales por parte de los ordenadores del gasto.

El mecanismo adecuado para ejercer control fiscal a obra pública se deducirá en el transcurso de esta investigación como una propuesta a la estructura y funcionamiento de un Estado Colombiano que corresponda a la dinámica del cambio social. En ese sentido, el control del gasto de los dineros públicos debe iniciarse desde la etapa precontractual, en ella, se definen cuáles procedimientos se emplearán para ejecutar el gasto y de ella depende en gran medida el buen resultado del proceso contractual y el éxito en la culminación del mismo.

Como ejemplo, se hará un estudio del caso de Chile ya que según el Barómetro de la corrupción con la Corporación Transparencia Internacional ocupó el puesto 7 entre los países menos corruptos de América Latina (Transparency International, 2013) y que en perspectiva, además de ser un país con bajos índices de corrupción, cuenta con una estructura de control fiscal que será un instrumento pertinente para demostrar cómo el control fiscal previo ayuda a la administración pública a reducir los índices de corrupción.

Este mismo estudio que indica que “en los últimos 2 años, el 56% de los colombianos encuestados señalan que el fenómeno de la corrupción ha aumentado, el 28% que se ha mantenido y, sólo el 16% opina que ha disminuido” (Transparency International, 2013), plantea

una oportunidad para que el control fiscal previo afronte retos para ser herramienta eficaz en la reducción de focos de corrupción en la contratación de obra pública.

Por tanto, son de obligatorio análisis en este escrito aspectos como la falta de oportunidad y eficiencia en el inicio y avance de las investigaciones, el entrenamiento a los auditores para que soporten los hallazgos adecuadamente y recolecten la información completa, el tiempo destinado a las investigaciones fiscales, la aplicación de las normas del estatuto anticorrupción y la revisión por parte de las entidades de control del cumplimiento del art 65 de la ley 80/93 respecto al control previo ejercido por las oficinas de control interno y las veedurías ciudadanas frente a los contratos de obra pública en la etapa precontractual. De la misma manera; es entonces preciso definir el estado actual de la infracción a las solemnidades precontractuales y la corrupción en este ámbito.

Como resultado de este trabajo investigativo y de conformidad a la problemática que se detecte en el transcurso de esta investigación, es preciso desarrollar estrategias para mejorar el sistema de intervención previa y disminuir la corrupción, evaluar informes de la Contraloría y visión de demás entidades acerca de la corrupción en la etapa precontractual y frente a contratos de obra pública.

Sumado a esto, es ingente verificar la funcionalidad de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) para la vigilancia precontractual, determinar si existe participación efectiva en gestión y control de la comunidad en etapa previa frente a contratos de las entidades públicas,

teniendo presente que de conformidad al artículo 66 de la ley 80 de 1993 el Gobierno Nacional y las Entidades Territoriales deben establecer mecanismos de estímulo de la vigilancia y control comunitario en la actividad contractual para recompensarlo.

A este respecto, los organismos de control están llamados a proteger la ética profesional y la moralidad pública en la contratación de obra, deben ser más ágiles y eficientes para que la corrupción no acabe con la honestidad y los valores de nuestra sociedad, con la convivencia pacífica y civilizada, para que se respete el orden justo y las garantías de los ciudadanos en aras de mantener la vigencia del Estado Social de Derecho que motivó la puesta en marcha de la constitución de 1991; siendo esto último el propósito general de esta investigación.

## CAPÍTULO I

### LA EVOLUCION DEL CONTROL FISCAL

#### 1.1 Antecedentes del Control Fiscal

El control fiscal ha sido un mecanismo necesario y de utilidad en varios momentos de la historia de Colombia, éste tiene su origen en el marco del descubrimiento y colonización de América donde se realizaba sobre los fondos y bienes de la Corona Española. De tal manera, la Fundación de Santo Domingo, establece en 1511 el Tribunal de la Real Audiencia de Santo Domingo, como el órgano corporativo de administración de justicia que vigilaba altos funcionarios de la Corona, fiscalizaba a Virreyes y ordenaba rendición de cuentas mediante juicios de residencia a funcionarios que se retiraban de los cargos de los que hacían parte; este tribunal tuvo una existencia intermitente pues fue suprimido en 1516 y reanudado en sus funciones 1531. Sumado a lo anterior en 1518 se creó el Consejo de Indias, órgano administrativo colonial de consulta, tribunal de apelación y entidad fiscalizadora en asuntos contenciosos, civiles, administrativos y criminales, que a su vez tenía la potestad de expedir el finiquito a empleados de manejo. En la misma tendencia tuvieron origen en 1604 los Tribunales de Cuentas, instituciones que ejecutaban Contralorías Regionales en Virreinos, Capellanías y Presidencias especialmente en zonas de explotación de minerales y piedras preciosas. Posteriormente, se crean las Oficinas de Contabilidad que dan origen en los albores de la independencia en 1807 a la Corte de Cuentas, que examinaba, glosaba y fenecía las cuentas de los responsables del erario. (Olaya, 1996)

Para Arbeláez (2007)

Los orígenes de la función de control o fiscalizadora los encontramos en la Constitución de Cundinamarca (30 de marzo de 1811) cuando en su artículo 32 establecía: “En cualquier caso, siempre que un funcionario o funcionarios de poder se entrometan en el ejercicio de otro u otros, todo lo que así se efectúe será nulo, de ningún valor ni efecto, y al funcionario o funcionarios entrometidos se les castigará severamente por el Senado con la pena que la ley asigne a los perturbadores del orden público y usurpadores injustos de la autoridad que no les ha delegado el pueblo”.

Simón Bolívar en 1819 fundó el Areópago, integrado por cuarenta personas de las más altas calidades humanas y que se encargaría de controlar las actuaciones de gobernantes y gobernados. A esta institución le correspondía: dirigir la opinión moral de toda la República; castigar los vicios con el oprobio y la infamia y premiar las virtudes públicas con los honores y la gloria..... No admiten en sus juicios otros acusados que el escándalo, ni otro abogado que el buen crédito”. (p.180)

De esta manera, en pleno periodo de independencia, se establece en la Nueva Granada en 1819 la Ley Principal contra los Empleados de Hacienda, que consagraba la pena de muerte para los empleados de hacienda por fraude o malversación de fondos públicos tan sólo con un informe del Tribunal respectivo. Por otra parte es importante señalar cómo la Constitución del Socorro, primera Constitución independiente de Colombia, haciendo énfasis de que la soberanía reside en el pueblo, ordenó que las cuentas del tesoro público se imprimieran cada año para que

la sociedad conociera las inversiones en su provecho, se distinga al cumplidor de deberes y se castigue al que falte (Olaya, 1996). Este último sería el punto de partida del sistema de rendición de cuentas del tesoro público a los ciudadanos en busca de la transparencia en la inversión y captación del erario público.

Como se señaló con anterioridad para 1819 se estableció el Tribunal Superior de Cuentas y la Contaduría General de Hacienda. De manera consecuente en 1821 se consolida basada en lo anterior la Dirección General de Hacienda. Arbeláez (2007) afirma: “En 1821, por ley se creó la Contraloría General de Hacienda para fiscalizar el gasto público” (p 180). En 1847 la Ley Orgánica de la Administración de Hacienda Nacional establece la Contaduría General de Hacienda reemplazando la Corte de Cuentas, a partir de esta modificación se crean nuevas funciones, nacen modernos conceptos de hacienda y erario público y se impone la obligatoriedad desde la legislación de rendir cuentas sobre ingresos y gastos públicos. Con la ley 68 de 1866 se estableció la Oficina General de Cuentas como una entidad fiscalizadora especializada, que se mantiene hasta 1873 donde se fortalece y explicita por medio de la expedición de la Ley 106 que introdujo a su vez el código fiscal y la rendición fiscal de cuentas. Subsecuentemente la Ley 36 de 1898 restablece la Corte de Cuentas que será reglamentada en su función y desempeño en el Código Fiscal del año 1912. Dicha corte especifica su funcionamiento fundamentada en La Ley 36 de 1918, que la condicionó y estableció entre sus funciones las de examinar las cuentas que rindieran los funcionarios de manejo y decretarles infracciones o sanciones aducidas a malversaciones y malos manejos en la ejecución del presupuesto del erario y de sus deudores morosos. (Younes, 2010)

Ya para 1923 siendo presidente de Colombia Pedro Nel Ospina, la misión de expertos norteamericanos “Kemmerer” presidida por Edwin Walter Kemmerer, influenció el desarrollo de innovaciones en materia de hacienda pública que tendrían lugar en el país. Sus recomendaciones tuvieron acogida en el marco de la contratación y ejecución del patrimonio público y abrieron la oportunidad de asegurar el mercado financiero norteamericano para colocar excedentes de capital en Colombia y asegurar los empréstitos en el país. (Younes, 2010)

De este modo la Misión Kemmerer estipuló los lineamientos para la legislación relacionada con la hacienda pública en un conjunto de leyes como lo fueron la Ley 11 de 1923, (Orgánica del Banco de la República), la Ley 34 de 1923 (sobre Presupuesto Nacional), la Ley 42 de 1923 (sobre Contabilidad y la Contraloría General de la República) y la Ley 45 (Ley de Bancos). En estas reformas se procedió a reestructurar el sistema bancario, a reorganizar la contabilidad, a reformar la Contraloría Nacional y clarificar los procedimientos para el control de las apropiaciones presupuestales de ingresos, egresos y rendición de cuentas. Unos años después, en 1930, en el gobierno de Enrique Olaya Herrera la Misión Kemmerer retorno al país e influyó nuevamente en la agenda legislativa nacional por medio de la transformación de la Ley 31 de 1923 sobre la formación y fuerza del presupuesto que pasaría a ser la ley 64 de 1931. Es importante resaltar como la propuesta de reformar la ley 42 de 1923 redundó en el establecimiento de una comisión que permitió a su vez una reestructuración interna a la Contraloría Nacional. Estas transformaciones a la Contraloría Nacional serían complementadas durante la segunda Presidencia de Alfonso López Pumarejo mediante la reforma Constitucional de 1945, allí esta institución es fundamentada y elevada a rango constitucional mediante acto legislativo número uno. (Younes, 2010)

El Acto Legislativo número 1 de 1945 consagra en su artículo 209: “La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República. La contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal y no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes al desarrollo de su propia organización”. (Younes, 1987, p. 62)

Desde esta perspectiva cuando la Contraloría fue constitucionalizada, dejó de ser un departamento técnico de auditoría contable para convertirse en la institución especializada para asumir la fiscalización del manejo del tesoro público por parte del estado. Esta condición institucional sería reglamentada mediante la Ley 58 de 1946 que estableció el ejercicio específico del control fiscal en Colombia. (Olaya, 1996)

Para Younes (2010) muchos de los decretos y leyes expedidos en el marco de la reforma constitucional de 1945 que conceden facultades de acción al ejecutivo hacen alusión a vigilancia fiscal como es el caso de la Ley 20 de 1975. Dicha ley asigna a un sector central para el control fiscal y lo diversifica en etapas integradas de control previo, control perceptivo y control posterior que se extenderán a todos los establecimientos públicos (Younes 2010). De otro lado, se autoriza de manera exclusiva a la Contraloría a hacer visitas periódicas a oficinas de revisoría o auditoría interna de entidades financieras del Estado, le otorga facultades al Contralor General para amonestar o advertir a funcionarios administrativos cuando a partir de un informe o apreciación directa de los auditores fiscales se deduzca irregularidades. Además de lo anterior y con fundamento en la Ley 20 de 1975 que faculta la Contraloría a elaborar y publicar la

estadística fiscal del Estado se expidieron varios decretos entre ellos el Decreto Ley 924 de 1976 sobre estructura orgánica de la Contraloría General y el Decreto Ley 925 de 1976 respecto al procedimiento general del control fiscal y auditoría, estableciendo así nuevos lineamientos en este campo.

De esta manera es importante determinar cómo el control fiscal en desarrollo de su papel histórico ha hecho énfasis en la legalidad y ha estado determinado por los intereses de la clase dirigente como herramienta técnica de verificación (Olaya, 1996). Es preciso indicar que de conformidad a lo expuesto anteriormente, el control fiscal ha tenido lugar desde el descubrimiento de América y ha sido desarrollado como herramienta técnica y de revisión por parte de diversos órganos administrativos analizando la fiscalización y la legalidad del gasto.

Del mismo modo es evidenciable como la influencia del proceso político en la administración y control del erario público para la época, se fundamenta en los resultados de la Misión Kemmerer que tuvo su origen en la necesidad política y administrativa de un asesoramiento para la economía nacional en el que se basó la reforma constitucional de 1945 y la creación de la Ley 20 de 1975. Esta última Ley es de suma importancia ya que reglamenta en su artículo 23 las visitas periódicas a las oficinas de auditoría o revisoría de las entidades financieras del Estado sometidas a vigilancia de la Superintendencia Bancaria, característica de un control previo y perceptivo.

Domínguez & Higuíta (2001) señalan que el control fiscal implantado en Colombia antes de la Constitución de 1991 fue copia del órgano español “Tribunal de cuentas” que mostraba las contralorías pasivas, policivas e improductivas,, dando lugar al poder unipersonal, a una administración confusa y centralista con tramitologías, en la que no existía autocontrol dentro de las administraciones y la contraloría no tenía independencia. Sumado a lo anterior para Arrieta, Bachrach, Chelimsky, Guerrero, Londoño, Marulanda, Montenegro, Pachón, Plazas, Ramírez, Rovany, Sarmiento, Egovia, Silva, Vallejo, Vivas, Wiesner & Zafra, antes de la constitución de 1991 el control fiscal que realizaba la Contraloría General de la República era regido por los principios de universalidad y control numérico legal. El de universalidad comprendía el universo público.

Así pues, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y la elaboración de la constitución de 1991 tuvieron como propósito el de establecer un marco legislativo más humanizado y democrático respetando los derechos fundamentales y la participación de los grupos comunitarios mediante la participación directa de todos los sectores sociales en la nueva carta magna. Respecto a lo anterior es importante señalar cómo en el Preámbulo Constitucional de 1991 señala como fin del Estado Colombiano fortalecer la unidad de la Nación, asegurar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad de las personas dentro del marco jurídico democrático y participativo, la garantía del orden político, económico y social justo y con el compromiso a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana. De la misma manera en el artículo 2 Superior señala como fines esenciales del Estado promover la prosperidad general y

garantizar entre otros la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, para lo cual es trascendental una política clara respecto al control fiscal.

Con base en lo expuesto respecto al control del gasto de los dineros del Estado, la Constitución de 1991 en su artículo 267 señala que el “control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”. Así mismo, describe a la entidad como de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, esto significa que cuenta con total autonomía en lo que se refiere al control fiscal; a partir de este marco legislativo se ordena constitucionalmente el control financiero de gestión y de resultados propios de la vigilancia de la gestión fiscal desde la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales.

Para evaluar la pertinencia del nuevo sistema de control fiscal, hay que señalar que la ley 20 de 1975 hacía mención de que las etapas previa, perceptiva y posterior eran aplicables al gobierno central y establecimientos públicos y a las empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta se les aplicaba únicamente el control posterior. Para Arrieta y otros, la inspección numérica legal significa que predomina el examen contable y jurídico, insuficiente en la gestión fiscal de alto nivel ya que se excluye la evaluación de eficiencia y eficacia de la administración pública sin poder determinarse el impacto de la inversión pública en la economía. Ello hace que el nuevo sistema de vigilancia de gestión fiscal posterior y selectiva

que incluye control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficacia económica, equidad y valoración de costos ambientales sea mucho más amplio.

De esta manera como lo señalan Arrieta y otros; los controles que han sido instaurados en la nueva Carta Constitucional de 1991 son trascendentales, sin embargo, la eliminación del control previo y perceptivo a las Contralorías expresado por la corte en la Sentencia C-967 de 2012, constituye una reducción de poder frente al control fiscal. No se trata de un asunto de política sino de la necesidad que se regule y se implemente adecuadamente el control para garantizar un óptimo manejo de los dineros públicos. Por lo tanto; es preciso señalar que el control debe ser completo y procesal para que le permita a la entidad de control intervenir en el momento mismo en que perciba irregularidades, si bien existe proceso de control previo desarrollado de manera interna, este debe complementarse eficientemente con el control externo lo que permitiría realizar un control fiscal y una verificación de la inversión de los recursos más transparente y completa.

De acuerdo a lo anterior es necesario definir cómo el control financiero, de gestión y resultados y además el de legalidad de que trata el art 267 de la Constitución Política de Colombia son herramientas de gran utilidad para el cumplimiento de las funciones de las contralorías. La implementación del control previo hecho por las oficinas de control interno es una herramienta eficiente siempre y cuando cumpla con sus obligaciones y sea direccionado con el objeto de cumplir con los fines propuestos en la fiscalización de los dineros públicos. El control posterior es complementario y representa una verificación sobre el buen uso de los

dineros públicos ya que las situaciones irregulares presentadas con anterioridad al gasto lesionan el cabal cumplimiento de las funciones de Estado y la adecuada ejecución de políticas públicas.

En cuanto al funcionamiento interno y a los cargos ejecutivos en la Contraloría General de la Nación se advierte que el control fiscal hecho por la Contraloría General de la República se ciñe a las entidades administrativas de orden nacional siendo de función de las contralorías Departamentales y Municipales el ejercicio del control sobre las entidades de orden Departamental y Municipal que por casos excepcionales y por control preferente podría conocer la Contraloría General de la República. De la misma forma debe ejercer control especial a las transferencias de la nación destinadas a salud y educación; así lo determina el artículo 272 de la Carta Política y el estudio referido por la Universidad Externado de Colombia (2003).

Sumado a esto es preciso señalar que el Contralor General de la República es elegido por el Congreso en pleno por candidatos de ternas que emanan de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y su independencia se conserva con la nueva reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional tal como lo estipula el Artículo Superior 267. Lo mismo acontece con la elección del Contralor Departamental, Distrital o Municipal que se realiza por el Consejo Distrital o Municipal o la Asamblea Departamental de ternas emanadas de listas de elegibles resultantes de convocatoria pública siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación de ciudadanos y equidad.

Respecto a este tema, la Universidad Externado de Colombia (2003) señala que el sistema de elección de contralores vigente se estipuló con el fin de despolitizar la elección de éstos. Sin embargo es preciso mencionar que con el acto legislativo 2 de 2015 la escogencia de los Contralores territoriales, continúa influenciada por la simpatía partidista ya que sigue sometida a la decisión del Consejo Distrital o Municipal o la Asamblea Departamental con base a los participantes que aprueben de concurso publico teniendo como agravante que el control fiscal que está dirigido a los funcionarios que administran dineros públicos es ejecutado por funcionarios seleccionados por las mismas corporaciones a las que se vigila. Sin embargo, como lo señala Forero, T (2015), la corrección del problema de politización de estas entidades de control pasa inadvertida en la tramitación de reformas constitucionales dejando al arbitrio la corrupción.

### **1.1.1 El control fiscal vigente y su efectividad.**

El Control Fiscal actual representa un mecanismo diseñado por el Estado con el fin de vigilar los resultados de la gestión fiscal de la administración y verificar si se le ha dado buen uso a los dineros públicos, éste se fundamenta en el ejercicio revisor, auditor y veedor de las Contralorías. En este proceso, en el caso de detectarse inconsistencias o perjuicios patrimoniales en contra del Estado, tendría lugar un proceso de responsabilidad fiscal para determinar los responsables y la cuantía del daño acompañado de una sanción respectiva.

El control Fiscal es reglamentado por la ley 42 de 1993 que establece que

Es función del control fiscal revisar y certificar las operaciones matemáticas – contables, las transacciones, los registros y los gastos, comprobando que se ajusten a los actos que las causan y verificando el real cumplimiento de las normas, reglamentaciones y procedimientos para evitar que las acciones fiscales no resulten por vicios de ilegalidad o inconstitucionalidad. Para analizar y verificar la buena utilización del patrimonio público, el control fiscal requiere de una complementación en el tiempo que garantice la inspección indispensable para establecer si la operación es real y su registro correcto en los libros de contabilidad. Un proceso de control eficiente permite perfeccionar o reformar los procedimientos de los sistemas administrativos, financieros y operacionales (.....). (Comisión Primera del Senado. Proyecto de Ley No.181 de 2004 Sobre Control Fiscal, 2004, P. 2).

De conformidad a lo señalado, la función del control fiscal vigente debe realizarse después de las operaciones, transacciones, registros y gastos para corroborar la legalidad de los mismos; en este punto es importante advertir que no debe dejarse de lado los mecanismos de prevención complementarios al proceso de control fiscal debido a su papel fundamental en la revisión de la legalidad de los procedimientos a realizarse antes de efectuarse el gasto, esto asegura que de tener una buena implementación en los procesos fiscalizadores existirán menos riesgos de caer en vicios de ilegalidad o de inconstitucionalidad en la contratación pública.

El control fiscal vigila la gestión fiscal de la administración pública y particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, de manera posterior y selectiva. Se realiza una vez se haya ejecutado las distintas operaciones actividades y procesos objeto de control escogiendo un grupo representativo de operaciones cuentas u otros procesos relacionados con el gasto público que a juicio de la contraloría sea suficiente para llegar a una conclusión. (C.C. Sentencia C-648 de 2002)

De manera consecuente es posible establecer cómo el control fiscal se realiza principalmente en el momento posterior a la suscripción del contrato de obra pública, ya cuando se ha determinado y aprobado el presupuesto, dejándose el control fiscal en la etapa precontractual a las oficinas de control interno generando el autocontrol. Un control previo eficientemente desarrollado, permite claridad antes de la legalización de la contratación generando un verdadero método de prevención frente a las conductas irregulares que puedan derivarse de la etapa precontractual. La deficiencia en este mecanismo de control previo, conlleva a exponer los recursos públicos a posibles delitos o detrimentos patrimoniales por parte de los ordenadores del gasto.

Así es como mediante el análisis y resultados generados en el desarrollo del control del gasto público se pueden fundamentar los procesos de responsabilidad fiscal, que pueden definirse como:

El conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la contraloría con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen

por acción u omisión o en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio público.

(Comisión Primera del Senado. Proyecto de Ley No.181 de 2004 Sobre Control Fiscal, 2004, p. 5)

Ahora bien, no obstante que constitucionalmente el control fiscal se realiza posteriormente a la consolidación de lo contractual y basándose en la anterior definición, es importante que los mecanismos de prevención se generen en el transcurso del ejercicio de la gestión fiscal, o que la revisión de la gestión fiscal pueda iniciarse desde el momento en que se detecte el detrimento al patrimonio público y que la intervención previa por parte de las oficinas de control interno sea tan efectiva que sirva de insumo para el inicio a la revisión de la gestión fiscal. Esto es trascendental teniendo en cuenta que es mejor prevenir y no esperar a que sea consumado el daño al patrimonio público.

A este respecto el Consejo de Estado ha dicho que la contraloría solo tendrá las funciones administrativas establecidas por ley que son las que atañen a la organización de entidad, como medida preventiva; las Contralorías contaban recientemente con el control de advertencia que no interfiere para nada en la contratación en curso, no obstante declaradas inconstitucionales por la corte en la Sentencia C-103 de 2015. Tal como lo señala el nombre; se advierte sobre la irregularidad o irregularidades detectadas. No obstante este proceso solo sirve de insumo para el inicio posterior de un proceso fiscal por posibles hechos irregulares, advertir para evitar la consumación del daño o para que se realice la corrección del proceso.

Es entonces procedente señalar que las inconsistencias detectadas en la actividad contractual habitualmente surgen de la actividad precontractual y son detectadas hasta después de culminada la contratación, esto tuvo una clara demostración con el renombrado caso de un puente peatonal que se desplomó en el norte de Bogotá, respecto a esto, la Procuraduría formuló pliego de cargos contra dos coroneles por colapso de puente peatonal, en este caso el Ministerio Público estableció que se presentaron irregularidades en la etapa precontractual para la contratación y ejecución de la obra (Periódico El Espectador Judicial, 2 de junio de 2014). Por ende es necesario también establecer que la actividad precontractual abarca desde la planeación de los contratos, los estudios de factibilidad y pre-factibilidad, la elaboración de los diseños, la elaboración de pliegos de condiciones, la calificación de proponentes, la evaluación de ofertas, la selección del contratista y hasta la adjudicación del contrato. En esta dinámica, como consecuencia de la inadecuada planeación y legalidad de los contratos, se termina por caer en irregularidades y problemas contractuales como el incumplimiento en los tiempos de ejecución, el desarrollo inconcluso en lo acordado, la ejecución de contratos sin la calidad requerida, la omisión de requisitos pre existentes y tal vez el más grave: el desconocimiento o inaplicabilidad de los principios de contratación estatal.

Como parte de este análisis, es importante esclarecer cómo la planificación es la base y el soporte fundamental del contrato permitiendo que éste se ajuste a las necesidades de las partes y que los recursos sean utilizados de manera eficiente y eficaz. Por lo tanto, en la planeación se requiere información detallada, concreta y confiable, así como la estimación precisa del objeto, el plazo, el valor de lo acordado, los recursos necesarios y fuentes de los recursos además de una

valoración y previsión de los riesgos, esto debido a que cualquier omisión que se cometa en esta etapa se refleja en el desarrollo del proceso de selección o en la ejecución del contrato. Las fallas o errores en ese proceso pueden redundar en la declaración de desierta o nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustarlo a la realidad del bien o servicio prestado o el quebrantamiento de la ecuación contractual. (Carrillo, 2007)

La planeación, entendida como la organización lógica y coherente de las metas y los recursos para desarrollar un proyecto, es pilar de la contratación Estatal (.....). La etapa precontractual, es decir la que antecede cualquier contratación, determina en buena medida, el éxito o el fracaso de los procesos de selección o de los contratos que se suscriban. (Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, 2010, p.7)

De estas circunstancias nace el hecho de que la Procuraduría Primera Delegada de Contratación Estatal (2008) en fallo de segunda instancia de 12 de septiembre; refiere que el principio de planeación pretende garantizar que la escogencia de los contratistas, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no debe ser improvisada, por lo cual, cualquier proyecto que pretenda adelantar una entidad pública debe estar precedido de estudios para determinar su viabilidad técnica y económica y para proteger los recursos del patrimonio público.

La limitación del control fiscal y la escasa intervención en materia preventiva por parte de las entidades del Estado en la etapa precontractual genera inconformismo y perjuicios a la comunidad causando continuas controversias en la administración Estatal con múltiples pérdidas

económicas. Cuando finalizan los procesos de responsabilidad fiscal; los responsables del hecho generalmente ya no tienen con qué responder; en otros casos, por negligencia o desconocimiento de la administración no se exige póliza de cumplimiento o de responsabilidad, esto mitiga el crecimiento económico y el nivel de vida de las comunidades. Por otra parte, pese a los controles de interventoría y la intervención de las veedurías ciudadanas, estas resultan esporádicas y poco constantes, haciendo salvedad de que el ejercicio del control interno de las entidades debe ser independiente y su labor debe ser eficiente *per se*.

La Comisión Primera del Senado en el proyecto de Ley 181 de 2004 sobre Control Fiscal, ha señalado:

Dentro de las problemáticas que se han detectado en el funcionamiento del sistema de control hoy posterior y selectivo; insumo de los procesos de responsabilidad fiscal, se ha establecido que no hay eficiencia en el manejo de dichos procesos ni en el cobro coactivo, no hay consistencia entre los hallazgos reportados como base para el inicio de estos procesos y las medidas internas de control. Por otro lado, las decisiones de la Contraloría son actos administrativos sujetos a control judicial por la jurisdicción contenciosa por lo tanto el término del trámite de los procesos de responsabilidad fiscal se suma al término de los procesos de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho por lo que pueden contarse más de diez años para lograr un título de ejecución definitivo... (p. 8).

En concordancia con lo expuesto Maya, V. (2015) señala que el modelo del control fiscal vigente es limitado e insuficiente ya que no permite enfrentar la corrupción ni la mala

administración de recursos del Estado como debe ser. Por ello, se requiere un modelo de evaluación de resultados de políticas públicas que dé prioridad a la vigilancia de la gestión, a los resultados obtenidos y muestre el real impacto de estas políticas en la calidad de vida de los ciudadanos. Así mismo; Maya V (2015), refiere que el modelo de evaluación fiscal debe trascender lo financiero, presupuestal y contable dando prioridad a la vigilancia de la gestión y resultados que garantice el cumplimiento material de los objetivos misionales del gestor fiscal apoyado de la participación ciudadana en el ejercicio auditor. Por ello propone la creación de un tribunal de cuentas que determine la responsabilidad fiscal y el resarcimiento del daño del patrimonio público que se encargue del juicio fiscal y otra dependencia que se encargue de vigilancia y control.

Como se observa en el párrafo anterior, el Contralor no realiza consideraciones directas frente al control de la actividad precontractual, señalando como limitado e insuficiente el control fiscal vigente. Por lo pronto organizar un control fiscal sistemático, ágil, y oportuno en tiempo real donde se inicie investigación antes de la culminación del mandato del gestor fiscal y la procuraduría adelante revisión exhaustiva en materia precontractual a las entidades públicas o que manejen bienes del Estado, es una opción que podría dar resultados frente a la disminución al detrimento de los recursos, además de reducir relativamente problemas de la contratación pública como las demoras para la decisión definitiva del título ejecutivo, las prescripciones y archivo de procesos por la imposibilidad en algunos casos de demostrar el hecho punible por parte de la justicia administrativa, la deficiente planeación, la ausencia de estudios previos, la inapropiada selección del contratistas, los sobrecostos, la falta de claridad en pliegos o términos

de referencia, la omisión de requisitos del contrato o carencia y deficiencia de estudios de factibilidad o conveniencia entre otros.

Es necesario mantener una constante y rigurosa vigilancia por parte de las Contralorías a las oficinas de control interno y a sus dictámenes sobre los resultados del seguimiento a las contrataciones de cada entidad. En la actualidad; el Estado colombiano se ajusta al control previo que adelantan las oficinas de control interno de las entidades públicas. Así mismo la entrada en vigor de la apertura económica y la implantación de los tratados de libre comercio exigen un mayor control y reconocimiento por parte del Estado en la contratación. En esta medida el Estado debe fortalecer los procesos de control fiscal, en primera instancia por la responsabilidad social de esta labor para enfrentar la corrupción y por otra parte por su responsabilidad e imagen frente a la política económica internacional, de ello dan cuenta los informes de organismos internacionales que atacan la corrupción en las instituciones del Estado, tal como lo afirma transparencia internacional en su informe “Barómetro de la corrupción 2013” en el que Colombia (Corporación Transparencia por Colombia, 2013) obtiene la mayor percepción de corrupción del continente con 81.7 puntos, según el informe sobre Colombia 2013 de Barómetro de las Américas Lapop

## **1.2 Fundamentos sobre la Constitucionalidad del Control Fiscal Previo**

El control fiscal previo, perceptivo y posterior se incorporó en Colombia con la ley 20 de 1975 dando potestad a la Contraloría de fiscalizar a particulares que manejen bienes y recursos

del Estado entendiendo que el control posterior solo verificaba la legalidad del gasto público y de los actos de la administración.

En la misma línea, el Decreto 925 de 1976 señaló el alcance del control previo; igualmente su artículo 1 dio la posibilidad para que el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal fuese bajo tres etapas integradas: Previo, Perceptivo y Posterior. Esto determinaba que se ejercía el control fiscal durante todo el proceso de contratación.

El control previo es el que se hace para verificar los fondos o bienes públicos antes de que ingresen, egresen o se inviertan en los fines a que están destinados, con el fin de evitar operaciones ilegales y garantizar inicialmente una correcta inversión (.....) Se puede concluir que el control previo evita todo gasto nocivo e ilegal, el perceptivo fiscaliza la integridad de las existencias y la corrección de los registros en los libros y el posterior permite determinar y cuantificar cargos con relación a quienes manejan el patrimonio del Estado. (Comisión Primera del Senado. Proyecto de Ley No.181 de 2004 Sobre Control Fiscal, 2004, p. 2)

Por otra parte la constituyente de 1991 señaló que el control fiscal previo debía estar encaminado a fiscalizar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones de la contratación estatal los actos o documentos que la originan para probar su legalidad y concordancia con reglamentos y procedimientos. De lo anterior dedujo el constituyente que el control perceptivo era un ente obstaculizador ya que se tornaba en actividad de administración más que de control y congestionaría las funciones de la Contraloría, volviéndola ineficaz e

inoperante por la acumulación de investigaciones que excedían su capacidad de operación. Finalmente, también indicó que en la medida en que el administrador público sea autónomo en su gestión administrativa, la contraloría podría medir con mayor certeza los resultados. (Mira, Meza &, Vega, 2011)

Por tanto, hoy en día solo pueden intervenir los organismos autónomos de control fiscal para asegurar el cumplimiento de la misión constitucional cuando se hayan culminado los trámites administrativos de legalización de los contratos estatales, cuando se ejerce control posterior de las cuentas y pagos realizados y cuando se han liquidado o finalizado dichos actos. (C.C. Sentencia C-967 de 2012)

Desde otra perspectiva, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-967 de 2012, señala lo siguiente:

(.....) es necesario hacer una lectura armónica de la Constitución, y especialmente de los artículos 119 y 267, con el propósito de fortalecer la capacidad institucional de las autoridades a las cuales se ha encomendado esa función, procurando que su actividad no implique una interferencia indebida en las competencias de las autoridades para la administración y manejo de los fondos oficiales, pero velando siempre porque el control fiscal se cumpla de manera integral. La naturaleza amplia de esta función significa que no es de recibo una hermenéutica de las normas legales encaminada a restringir o excluir el control fiscal cuando están comprometidos recursos públicos, en concreto en los procesos de contratación estatal. Por el contrario, a la luz del principio

de interpretación conforme, debe entenderse que el control fiscal comienza desde el momento mismo en que una entidad o un particular disponen de fondos oficiales; incluye el proceso de manejo e inversión; y se proyecta también en la evaluación de los resultados obtenidos con la utilización de esos recursos de acuerdo con el grado de realización de los objetivos trazados, es decir, con posterioridad a la finalización y liquidación de los contratos estatales. (p. 1)

Así pues, la anterior afirmación de la Honorable Corte Constitucional en el año 2012 bajo el principio de interpretación conforme es contradictoria a lo anterior al señalar que el control fiscal debe iniciarse previamente y sin restricciones y no posterior como se argumenta desde la Constitución de 1991.

El Magistrado Ponente Palacio en sentencia C-967 de 2012, plantea que para que exista un control integral el proceso se debe remontar al control previo, perceptivo y posterior. Si el control fiscal nace desde que se dispone de los fondos oficiales, se deduce que debe existir obligatoriamente un control previo y un seguimiento a la ritualidad de la etapa precontractual buscando eficiencia en el proceso y el cumplimiento de requisitos y formalidades. De tal manera, un control fiscal previo no puede ser visto como un obstáculo ni una interferencia indebida en el manejo de fondos de la administración Pública, por contrario se pretende con él la protección del patrimonio público y el control para que se efectúe un gasto público adecuado. El buen funcionamiento del control perceptivo depende del grado de organización o del adecuado uso de los mecanismos para culminar una buena intervención previa en los contratos de obra pública.

De forma más concreta es preciso señalar que la intervención fiscal previa deberá realizarse bajo el control de un órgano especializado para ello y con funciones específicas en la materia, bien sea una dependencia de la Contraloría misma que revise este tipo de ritualidades, el Departamento Nacional de Planeación, la oficina de Control Interno o en su defecto con la creación de un Ministerio de Obras competente en temas de contratación de obra pública, tal como ocurre en Chile donde es evidente la existencia del control previo en la interacción de contratación del propio Ministerio, sin embargo hoy en día; la actividad precontractual se vigila mediante el mecanismo de autocontrol por las oficinas de control interno de cada entidad dejando al arbitrio de la misma la regulación de sus actividades precontractuales, para ello hay que tener presente que:

Para contratar cualquier obra deberá existir previamente autorización de fondos y deberá disponerse de bases administrativas, bases de prevención de riesgo y medioambientales, especificaciones técnicas, planos y presupuesto, con el visto bueno de la misma autoridad que adjudicará el contrato. Todos los documentos señalados forman parte del respectivo contrato, debiéndose fijar en las bases administrativas el orden de precedencia para su aplicación. (Ministerio de Obras Públicas. Decreto 900 de 2004)

De esta manera y frente a estas alternativas de auto organización las decisiones precontractuales están a cargo del mismo organismo que toma la decisión y este sistema organizacional permite minimizar los errores en que pueda incurrir la administración, el riesgo del mal uso de dineros públicos y prevenir la corrupción en la etapa precontractual.

En este sentido la Sentencia C-716 de 2002 de la Corte Constitucional, señaló que con la eliminación del sistema de control previo se pretendía erradicar la coadministración de los organismos de control ya que intervenían en los procesos de contratación pública condicionando y hasta vedando la capacidad contractual de las entidades públicas. Es preciso señalar que la etapa precontractual define el objeto del proceso contractual, da curso a la legalidad y desde allí nacen los contratos a la vida jurídica, por tanto entre más organización haya en este proceso más certeza hay de encontrar las fallas en el proceso precontractual.

Lo anterior se fundamenta en que, en la etapa precontractual concurren los elementos y eventos previos a la suscripción del contrato, es en esta etapa donde se constituyen con fundamentos racionales y legales los objetos contractuales, que a su vez tienen lugar a partir de la planificación a la solución de las necesidades de la comunidad en cumplimiento de las funciones y fines del Estado. La formación de los contratos inicia desde los procesos de planificación integral de desarrollo luego con la calificación y cuantificación de los proyectos, mediante estudios técnicos y económicos se define el objeto del proceso contractual, etapa que culmina hasta la suscripción del contrato. (Vargas, 2010)

En este punto es necesario precisar de que en un Estado de derecho no pueden existir actos estatales sin control, por tanto es posible precisar que los actos precontractuales gozan de ser actos administrativos y por esto deben ser sometidos a fiscalización y control en aras de procurar la conservación del principio de la legalidad y para ello existen acciones administrativas que en su debido momento pueden interponerse para el control de la actividad precontractual como las

acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho de las cuales hablaremos mas adelante.

La ley 80 de 1993 en su artículo 24, numeral 7 señala que los actos que se expidan con ocasión a la actividad contractual se motivan en forma detallada y precisa como los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia a excepción de los de mero trámite. Por su parte la ley 80 en su artículo 77 refuerza lo enunciado dando fe de que los actos precontractuales son actos administrativos. Es entonces acertado señalar que para la Corte Constitucional toda ejecución de la función administrativa se realiza por medio de actos administrativos pero no todos los actos administrativos son expresión de la función administrativa como son los actos administrativos de las instituciones de control. (C.C. Sentencia C-189 de 1998)

Por todas las implicaciones legales sustentadas anteriormente las etapas precontractuales de la planeación, los estudios previos de los procesos de selección que establecen la conveniencia y la oportunidad de la contratación, los pliegos de condiciones, los estudios técnicos, la apropiación presupuestal, los estudios de oportunidad y conveniencia, el registro único de proponentes, las licitaciones, la publicidad del concurso, la apertura e invitación, la audiencia de aclaraciones, la distribución de riesgos, la etapa de evaluación final, las observaciones, la adjudicación o la declaratoria de desierto del proceso de escogencia, notificación y suscripción del contrato pueden someterse a un control administrativo ya que todo debe estar sustentado en información transparente y clara.

En continuidad con lo anterior la sentencia de la Corte Constitucional C-189 de 1998 hace mención de que las funciones de control y sanción son acciones administrativas pasivas que carecen de efecto administrativo activo y no afectan la autonomía institucional. Ello da pie para que conservemos las funciones de control previo bajo el sentido de constitucionalidad.

Según Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 31 de agosto de 2006, radicación R-7664 las entidades oficiales tienen la obligación de respetar y cumplir el principio de planeación. Por ello; es fundamental la elaboración de estudios previos en cuanto a la necesidad de celebración del contrato, justificaciones, la calidad de las obras, costos valores, alternativas, precios reales, disponibilidad de recursos, capacidad financiera de la entidad contratante para asumir los pagos. Esto radica en la importancia de dichas decisiones y su sustentación correspondiente ya que un error implica controversias y costos para la administración que repercuten en gastos innecesarios para su defensa en caso de incurrir en irregularidades, en otras palabras detrimento patrimonial.

En consecuencia, se hace necesario plantear que, si bien es cierto que las entidades públicas gozan de autonomía para planear el gasto de sus recursos, también lo es, que deben prevenirse gastos innecesarios o errores administrativos que conlleven el despilfarro de dineros públicos. De esta forma la intervención de las entidades de control para revisar la legalidad de las actividades precontractuales y el cumplimiento de los principios de la contratación Estatal en entidades públicas no implica que decidan por ellas o que las administre. La contraloría cumple

funciones de entidad fiscalizadora y no administrativas tal como lo señala los artículos 119 y 267 Superior.

Pasando a otro punto, la constitución de 1991 que modificó el control fiscal previo hacia un control posterior y selectivo; es viable asignar funciones de control a entidades privadas autorizadas por la Contraloría y escogidas por concurso de méritos para desarrollar el control fiscal en casos especiales, previo concepto del Consejo de Estado tal como lo señala el artículo 267 de la Carta Superior. Lo anterior permite que la Contraloría no sea el organismo definitivo para adelantar el control en procesos de contratación pública convirtiéndose esta viabilidad en otra posibilidad para el ejercicio del control fiscal.

Una alternativa de control fiscal previo puede ser la de otorgarle las funciones del control al presupuesto aprobado para la ejecución de obras de elevada cuantía preestablecidas en el plan de desarrollo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Para estos casos, podría exigirse un informe periódico de la entidad intervenida sobre el avance de la contratación con el fin de realizar un control del gasto que debe ser constatado por la oficina de control interno de cada entidad en caso en que se advierta irregularidades, ello con base a lo señalado en el artículo 65 de la ley 80 de 1993 que indica como función de las oficinas de control interno el control previo administrativo de los contratos.

Es objetivo general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Definir, formular y ejecutar la política económica del país, los planes generales, programas y proyectos relacionados con ésta, así como la preparación de las leyes, y decretos; la regulación, en materia fiscal, tributaria, aduanera, de crédito público, presupuestal, de tesorería,

cooperativa, financiera, cambiaria, monetaria y crediticia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Junta Directiva del Banco de la República y las que ejerza, a través de organismos adscritos o vinculados para el ejercicio de las actividades que correspondan a la intervención del estado, en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del ahorro público y el tesoro nacional, de conformidad con la Constitución Política y la Ley. (Ministerio de Hacienda, s.f.)

De conformidad a lo expuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el párrafo anterior, acorde al marco de las ley 358 de 1997, ley 550 de 1999, ley 617 de 2000, ley 819 de 2003 y el decreto ley 028 de 2008 existe un programa gratuito de acompañamiento y ajustes por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que desarrolla la dirección de asistencia y apoyo fiscal a las entidades territoriales; específicamente lo que respecta a procesos de reestructuración de pasivos, de monitoreo, seguimiento y control a los recursos del sistema general de participaciones y de informes de viabilidad fiscal territorial; sería viable incluir dentro de dichas funciones el seguimiento a los procesos de contratación de obra pública de mayor y menor cuantía máxime cuando algunos de recursos utilizados para los procesos de contratación provienen del Sistema General de Participaciones.

Sumado a lo anterior es de trascendencia determinar que la Contraloría cumple funciones de entidad fiscalizadora y no administrativas y tiene la facultad de exigir informes sobre la gestión fiscal a empleados oficiales o a cualquier persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la nación tal como lo señala el inciso 4 del artículo 268 Superior. La

intervención de las entidades de control a las entidades o personas que administran dineros públicos comúnmente se ejerce después que se terminan o liquidan los contratos quebrantando los principios de celeridad, eficiencia, eficacia, economía y transparencia que deben regir en las instituciones de control con el agravante de que la mayor parte de los fallos de responsabilidad, resultado de las auditorías surgen cuando el agente responsable del contrato ya no labora en la institución auditada y algunas veces se inician las investigaciones cuando han prescrito las acciones.

De acuerdo a lo dicho, no es beneficioso para los procesos de control del recurso público que cuando se detecte un posible detrimento al patrimonio público en la etapa precontractual las entidades de control no cuenten con herramientas como el control de advertencia que se realizaba con anterioridad al fallo de la Corte Constitucional en sentencia C-103 de 2015 que declaró inexecutable el numeral 7 del artículo 5 del decreto 267 de 2000 excluyéndole a la Contraloría la posibilidad de intervenir para prevenir el daño y el posible deterioro del patrimonio público.

Subsecuente a lo anterior es oportuno referirse al salvamento de voto hecho a la mencionada providencia judicial donde se argumenta que:

La facultad de advertencia de la Contraloría sobre operaciones o procesos en ejecución es constitucional por cuanto: (i) no constituye una modalidad de control, ni por tanto un control previo, toda vez que no implica una intervención en la administración, y no tiene un carácter vinculante, de manera que no contraviene el modelo de control fiscal previsto por la Carta de 1991; (ii) tiene carácter excepcional y se enmarca dentro de la

competencia general de vigilancia de la gestión fiscal atribuida a la Contraloría – art.267 CP-; (iii) se deriva del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público –art.113 CP-, de manera que se trata, de una importante herramienta para efectuar la vigilancia de la gestión fiscal; (iv) cumple con unas finalidades constitucionales legítimas y supremamente relevantes como es advertir y prevenir sobre el posible deterioro y afectación del patrimonio público; (v) no puede constituir una interferencia en la administración, y por tanto no se trata tampoco de una modalidad de coadministración, por cuanto la Contraloría no efectúa indicaciones sobre la manera en que debe ejecutarse el gasto público, razón por la cual no se infringe la prohibición prevista en el inciso 4º del artículo 267 CP; (vi) es válida desde el punto de vista del principio de interpretación conforme con la Constitución, según el cual el entendimiento que acoja la Corte debe ser el que más se ajuste a los principios, valores, derechos y finalidades constitucionales que informan el control fiscal amplio e integral; y (vii) por tanto, la Corte no debió realizar una interpretación restrictiva y limitadora de las facultades de la Contraloría cuya función es velar por el patrimonio público (.....). (C.C. Sentencia C- 103 de 2015)

De manera consecuente es pertinente decir que todo aquello que se enmarque dentro de la competencia general de vigilancia de la gestión fiscal atribuida a la Contraloría en el artículo 267 Constitucional y se derive del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público debe ser ajustada a la normatividad, por tanto una acción preventiva puede advertir y prevenir sobre un posible deterioro y afectación del patrimonio público es una actividad que hace parte de las finalidades constitucionales y que vela por los principios, derechos y valores constitucionales.

En la jurisprudencia constitucional que se debate; en el acápite de salvamento de voto se afirma que la facultad de advertencia de la contraloría sobre operaciones o procesos en ejecución no constituye una modalidad de control, esto es corroborado por la revista ámbito jurídico en cuyo contenido señala que:

La función de advertencia no implica el ejercicio de control fiscal, cuyo objetivo es escudriñar, analizar y establecer hallazgos que permitan investigar y sancionar las malas prácticas de los administradores públicos y obtener para el Estado el resarcimiento de los daños fiscales o los detrimentos patrimoniales ocurridos en la gestión de los mismos, mientras que aquella “consiste en formular a los funcionarios directivos, advertencia acerca de los riesgos que pueden comprometer gravemente el patrimonio público, sin que pueda intervenir en el proceso administrativo o en el asunto al que se refiere la conminación”. (Rueda, M., 2015, Abril ,16)

Ante lo mencionado cabe señalar, que la facultad de advertencia es de naturaleza preventiva y sus efectos dan frutos en la medida en que la administración corrija un error en que viene incurriendo o modifique su decisión errónea. Es ahí donde inicia su acción advirtiendo y previniendo sobre el posible deterioro y afectación del patrimonio público, además, la facultad preventiva es tan amplia que el mecanismo de advertencia contribuye para que la toma de decisiones se analice de forma anticipada sin que el ente de control decida por la administración sino en aras de que el organismo administrativo actúe de conformidad a la ley. Como agravante de la ausencia del mecanismo de control previo en la Contraloría General en la reciente reforma, nuevo Decreto 1082 de 2015 donde se menciona a los partícipes de la contratación pública,

deberían haber incluido los organismos de control siendo que ellos inciden en las decisiones del proceso contractual; de la misma manera, lo señala Gómez Lee (2016) en su libro “El Derecho de Contratación Único en Colombia”.

Este punto determinante, es el sustentado en el fallo C-103 de 2015 de la Corte Constitucional, donde el Consejo Asesor de Control Interno presidido por el Departamento Administrativo de la Función Pública el (DAFP) recientemente, mediante circular 01 de 2015 solicita que los representantes legales de las entidades administrativas fortalezcan el control interno de cada entidad que dirigen con el fin de evitar los riesgos derivados de la pérdida o indebida destinación de recursos públicos, que las oficinas de control interno reporten los hallazgos, hagan las advertencias necesarias y realicen las acciones correctivas con el fin de subsanar las advertencias realizadas (DAFP,2015).

Con el fin de ejemplificar lo anterior es necesario destacar entonces que la Contraloría General en informe para el periodo entre el 1 de septiembre de 2010 y el 15 de julio de 2013 comunicó 607 funciones de advertencia que alcanzaron un valor de 6,77 billones de pesos. Por estas situaciones se hace pertinente el ejercicio de advertencia. Así mismo, señala Manrique, R (2010) que el control de advertencia da facultad de que el administrador público conozca en tiempo real las inconsistencias detectadas por la contraloría y mediante corrección las subsane logrando entidades más eficientes y eficaces cumpliendo con el mejoramiento continuo de las instituciones.

Análogamente a lo previamente planteado y pese a que ha sido abolido el control de advertencia queda abierta la posibilidad y alternativa de que las Superintendencias hagan las advertencias necesarias a las entidades frente al manejo de los recursos para que dichas situaciones sean fiscalizadas por control interno de cada entidad y las oficinas de control interno de las entidades públicas ejerzan la vigilancia y control previo obligatorio determinando y analizando las advertencias necesarias que con anterioridad hacían las Contralorías. Para lograrlo, deben contar con personal idóneo y capacitado, además de ser independientes y autónomas en sus decisiones, en este sentido es importante fortalecerlas y empoderarlas.

De manera concluyente el control previo es una forma de prevenir actos irregulares, pues como su nombre lo indica hace parte de la naturaleza de la función preventiva del control fiscal y su especialidad compete a la Contraloría cuya función de vigilar los recursos públicos es su esencia y se complementa con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, tal como lo asegura la Corte Constitucional en interpretación amplia e integral de la función de vigilancia y control fiscal de la Contraloría:

(.....) A la luz del principio de interpretación constitucional debe entenderse que el control fiscal comienza desde el momento mismo en que una entidad o un particular disponen de fondos oficiales; incluye el proceso de manejo e inversión; y se proyecta también en la evaluación de los resultados obtenidos con la utilización de esos recursos de acuerdo con el grado de organización de los objetivos trazados, es decir, con posterioridad a la finalización y liquidación de los contratos estatales. (C.C. Sentencia C-967 de 2012)

Como argumentación de lo anterior; el artículo 267 Constitucional señala que; “la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados” y para ejercer un control financiero completo debe ejercerse desde que una entidad o un particular disponen de los fondos oficiales. El control financiero es un elemento que debe garantizar la optimización de los recursos, por tanto es incompleto cuando se ejerce de manera posterior cuando los recursos ya se hayan invertido, de esta manera, se hace ineludible que se desarrolle una guía de control previo para que las entidades públicas puedan ejercerlo por medio de sus oficinas de control interno.

De otro lado, debe señalarse que la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C- 103 de 2015 sobre la inexecutable del numeral 7 del artículo 5 decreto ley 267 de 2000 que facultaba a la Contraloría General de la República para advertir sobre riesgos en operaciones en ejecución que comprometan el patrimonio público y ejercer control posterior sobre hechos identificados, estableció que dicha facultad es una intervención previa que podría incidir en las decisiones administrativas y constituye una modalidad de coadministración ya que el control de advertencia genera intervención en las decisiones de la entidad sometida a control y reduce la libertad del gestor fiscal teniendo en cuenta que no corregir el rumbo de la acción constituye un agravante y advierte la posibilidad de que se inicie un control posterior sobre los hechos. “Al desaparecer la función de advertencia, se cercena la atribución preventiva de policía judicial a las Contralorías y, por consiguiente, habría que examinar si aún subsisten las de la Procuraduría, como mandato expreso del inciso 2º del numeral 10 del artículo 277 de la Constitución. De no ser así, ¿quién salvará la patria?”. (Rueda, 2015)

La función preventiva en las Contralorías es compatible con la intervención previa y el control de advertencia ambas declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional llegando a la conclusión que ha sido erradicada para la actividad que desarrollaban las Contralorías en cumplimiento de sus funciones frente a los actos administrativos precontractuales.

En lo que respecta a los recursos, tal como lo señala el artículo 360 Superior los recursos del sistema general de regalías son provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables y de conformidad al artículo 361 Superior deben ser invertidos en financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, en inversiones físicas en educación, ciencia, tecnología e innovación y para aumentar la competitividad de la economía para mejorar las condiciones sociales de la población entre otros.

En este sentido, al desaparecer el control de advertencia se limita el poder de vigilancia y el control fiscal sobre estos recursos de los que trata la ley 1530 de 2012 en su artículo 152 en lo que tiene que ver con el monitoreo, seguimiento control y evaluación a los mismos. Por ende, el Departamento Nacional de Planeación deberá llevar un control frente a la inversión de los mismos. Pese a que la ley 1530 de 2012 en su artículo 143 señala: “las entidades ejecutoras serán responsables de la dirección y manejo de la actividad contractual así como del correcto uso y ejecución de los recursos asignados por el fondo nacional de regalías (.....)”.

Con el panorama legislativo expuesto con anterioridad, quedaría por lo tanto, dar aplicación al artículo 51 del decreto ley 267 de (2000) que asigna a las Contralorías Delegadas

para la vigilancia fiscal la evaluación de los sistemas de control interno, exigir informes de la gestión fiscal de servidores públicos y particulares que cumplan funciones administrativas, así como exigir la vigilancia de los planes de desarrollo, social y ambiental y los informes de vigilancia fiscal en su respectivo sector.

### **1.3 El Control Fiscal en la Contratación de Obra Pública en Chile, un ejemplo determinante**

Desde la etapa de la colonia en Chile hasta la conformación del Chile republicano han existido diferentes órganos de fiscalización. Hacia 1541 se creó la institución denominada Real Audiencia como entidad fiscalizadora de la gestión pública, posteriormente surgió la contaduría mayor de cuentas con carácter fiscalizador y consultivo que culminó su labor en 1869 creándose la dirección general de contabilidad hasta que finalmente, en 1888 por decreto de ley, se creó el Tribunal de Cuentas. A partir de 1925 mediante la comisión de un grupo de expertos estadounidenses liderados por Kemmerer se propuso la creación de la Contraloría General de la República cobrando vigencia mediante el Decreto FL No. 400 – Bis del 26 de marzo de 1927 entidad que alcanzó su rango constitucional en 1943. (Portal de la contraloría general de la República de Chile, 2015)

Consecuente a ello, la Constitución chilena en su artículo 98 le encomienda a la Contraloría General de la República como organismo independiente entre sus más connotadas funciones; el control de legalidad de los actos de la administración, fiscalizar el ingreso e inversión de los fondos del fisco, llevar la contabilidad general de la nación, examinar y juzgar las cuentas de

personas que tengan a su cargo bienes y fondos fiscales. De la misma manera, lo anterior se fundamenta en la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, (ley 10336 de 1952). En Chile, las decisiones y dictámenes de este ente de control son medios constitutivos de jurisprudencia administrativa en cuanto a su objeto y tiene competencia exclusiva en la investigación, examen, revisión y determinación de los créditos en favor o contra el fisco. De conformidad al artículo 138 constitucional la Contraloría no tomará razón de ningún decreto que apruebe contrato o que comprometa forma de responsabilidad fiscal si no está autorizado por la ley de presupuesto o leyes especiales. Es preciso mencionar aquí que Chile ha sufrido grandes cambios en el ejercicio del control fiscal. Por ejemplo, a partir 1990 el gobierno chileno comenzó con la modernización de la gestión pública y del Estado haciendo énfasis en la eficiencia y la democratización y permitiendo la participación de funcionarios y de la comunidad en la administración, la descentralización y la regionalización; dicho proceso de reforma y modernización del Estado fue impulsado desde 1997 incorporando el sector privado en la prestación de servicios públicos y en la provisión de infraestructura para el fortalecimiento del Estado. (Arango, Salas, Navarrete, Pardo & Campos, 2006)

Las tareas modernizadoras han incluido la identificación de objetivos estratégicos, la implementación de sistemas de control de gestión, el establecimiento de indicadores de desempeño en la gestión, la adquisición de compromisos con metas específicas, mayores recursos operativos y de equipamiento, y los mecanismos y actividades de capacitación para los funcionarios públicos. (Arango *et al.*, 2006, p.250)

En lo que corresponde a la regulación de la contratación de obra pública en Chile el Decreto supremo MOP No.75 de 2004 señala el mecanismo de Toma de Razón por parte de la Contraloría General de la República como sistema de control preventivo a la celebración de contratos de obra frente a los procesos de licitación, ejecución, recepción y liquidación de obras públicas. Este mecanismo se encuentra regulado en el artículo 99 constitucional que hace alusión del control de legalidad de los decretos y resoluciones que deben tramitarse por la Contraloría, ya que las tesorerías del estado de conformidad al artículo 100 constitucional no pueden efectuar pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por la autoridad competente en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice el gasto. Este decreto también hace referencia al sistema de registro general de contratistas del Ministerio de Obras Públicas para obras mayores o menores que es renovado anualmente para determinar la capacidad económica del contratista, la exclusión de deudas morosas, certificación de inexistencia de modificaciones legales y la experiencia del equipo gestor para evitar sanciones, previo al inicio de la obra se exige como garantía de viabilidad de las propuestas y aseguramiento de fiel cumplimiento del contrato. A su vez, el funcionario competente presenta un informe de inspeccionabilidad del proyecto que busca determinar la garantía en condiciones, recursos y materiales para que el inspector fiscal pueda complementar desarrollando sus funciones adecuadamente, además debe disponerse de previa autorización de fondos y bases de prevención de riesgo y medio ambientales, disponer de especificaciones técnicas, planos y presupuesto con el visto bueno de la autoridad que vaya a adjudicar el contrato. Los documentos de licitación deberán establecer el calendario de entrega de la obra. Es de resaltar la calificación de la labor del contratista.

Además de lo anterior el control fiscal Chileno destaca la especialización por comisiones. En este sentido, Las propuestas técnicas y económicas se abren por una comisión de apertura y se evalúan por una comisión especializada. Es preciso señalar que la Contraloría General de la República de Chile tramita el decreto o resolución que apruebe el contrato de ejecución de la obra pública, sus modificaciones o liquidaciones, cuyas transcripciones deben ser suscritas ante notario, dos copias se entregan por el contratista a la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas quien comunica al Registro General de Contratistas.

Con sano criterio señala la Cuenta Pública de 2012 de la Contraloría General de Chile que la Constitución Política de Chile da a la Contraloría General control de juridicidad sobre los actos de la administración ya que mediante este trámite de toma de razón, facultad consagrada en el artículo 99 Superior y el artículo 10 de la ley 10.336 examina los decretos, resoluciones y decretos con fuerza de ley para analizar si cumplen con los requisitos del ordenamiento jurídico y para revisar su legalidad, así mismo, la Contraloría hace pronunciamientos sobre la correcta interpretación y aplicación de normas de su competencia que integran la normatividad vigente y son obligatorios para los asuntos sometidos a su fiscalización.

Así mismo el portal de la Contraloría de Chile indica que su función principal es ejercer el control preventivo de juridicidad de los actos de la administración, mediante el mecanismo constitucional de Toma de Razón. Este último emite pronunciamientos jurídicos obligatorios, dictámenes y oficios que conforman la jurisprudencia administrativa y controla las órdenes emanadas de la administración. El control puede ser preventivo, simultáneo o a futuro.

Con el resultado del control preventivo de juridicidad de los actos de la administración en Chile, puede señalarse que los actos administrativos posteriores al control preventivo quedan convalidados por la administración, lo que hace que dichos actos lleven el aval de revisión constitucional y legal antes de ser puestos en marcha por la administración y le atribuye a la Contraloría General de Chile facultad de juicio sobre los dichos actos administrativos. Siendo esta última una característica importante que reduce a gran magnitud el riesgo de inconstitucionalidad o de ilegalidad del acto. En esta perspectiva contar con estas condiciones en Colombia requeriría de un reforma constitucional ya que la función jurisdiccional está solamente habilitada para los Jueces de la República, quedando excluida de dicha facultad la institución de control fiscal. No obstante, la Contraloría de la República de Colombia tiene la posibilidad de emitir conceptos generales no obligatorios pero que sí deben ser guía para la administración frente a situaciones que puedan presentarse susceptibles de fiscalización. Punto importante que puede ser objeto de debate y fundamento para una reforma legislativa en el país. Pese a ello podría decirse que los fallos fiscales hacen parte de jurisprudencia fiscal pero muestran insuficiencia ya que en ningún momento se revisan previamente los actos de la administración para verificar su constitucionalidad lo que le queda asignado al aparato jurisdiccional del Estado.

Retomando, el artículo 98 de la Carta Política de Chile da facultad a la Contraloría General de la República de fiscalizar el ingreso y egreso de fondos del fisco, municipalidades y de las cuentas de las personas que tienen a su cargo fondos o bienes de la administración, considerada esta última una función jurisdiccional, ya que vela por la legalidad de los ingresos y gastos de los funcionarios públicos y por la integridad del patrimonio del Estado. Dicha función es regulada

también por la Ley No. 10.366 contemplando para la materia la existencia en la Contraloría General de la República de una Fiscalía y de Tribunales de Cuentas de primera y segunda instancia. Según el Portal de la Contraloría de Chile, la primera instancia la regula el Subcontralor en calidad de Juez ante el Juzgado de Cuentas y la segunda instancia la tramita el Tribunal de Cuentas que la preside el Contralor General, elementos fundamentales para prevenir el enriquecimiento ilícito y aprovechamiento de los fondos públicos para el beneficio personal del operador administrativo.

En el caso Colombiano dicho ejercicio corresponde a la DIAN, cuyo reporte se emite anualmente por los funcionarios mediante la declaración de renta, mecanismo mediante el cual se vigilan las declaraciones de renta de los funcionarios públicos y privados. Sumado a esto, corresponde a la Fiscalía iniciar cualquier investigación por enriquecimiento ilícito y demás conductas relativas a manejo irregular de dineros públicos.

Haciendo énfasis nuevamente en el ejemplo determinante, la intervención previa en contratos de obra pública en Chile prevé control total por parte del Estado respecto del curso de las contrataciones, ello, sin dejar a un lado las auditorías que realiza la Contraloría General en cualquier momento y la inspección fiscal por parte del particular a quien se le asigne el control de la obra. Es preciso señalar que el control preventivo en el caso de Chile hace parte del control previo que en este caso se inicia desde el mecanismo de Toma de Razón hasta la calificación del contratista, destacando que el procedimiento contractual en Chile es coordinado por el Ministerio de Obras Públicas.

Otra de las funciones de la Contraloría General de Chile según el portal de esta entidad es la función de dictaminar, esta función está provista de gran importancia debido a que el Estado le reconoce a la Contraloría la facultad de interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo emitiendo informes jurídicos que son obligatorios para los fiscalizados que se convierte en doctrina administrativa y legal que fortalece la unidad del sistema normativo, dichos informes son evaluados como antecedentes y facilitadores para orientar la armonía en la toma de decisiones.

Así mismo, la función contable y de auditoría constituyen parte en las funciones generales de la Contraloría General de Chile, pues es en la función de auditoría donde se realiza el seguimiento al control interno de las entidades de la administración, esto es, que se fiscaliza el cumplimiento de las disposiciones en materia financiera del Estado, la ejecución de estados financieros, el cumplimiento de normas estatutarias, la verificación de la documentación, se formulan proposiciones para sustanciar vacíos legislativos y el examen de cuentas de las entidades de la administración. Con la función contable se genera información detallada sobre los eventos económicos de la gestión del Estado y se regula la contabilidad general del sector público. De manera similar, estas funciones en su mayoría también las desempeña la Contraloría General de la República de Colombia, a excepción de la formulación de proposiciones que ayuden a sustentar vacíos legislativos pero que se pueden establecer como conceptos no obligatorios para la administración y sirven de apoyo jurídico.

A este respecto, tanto la Contraloría General de Chile como la Contraloría General de Colombia son miembros de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras (OLACEFS), cuya carta constitutiva fue aprobada en la XXII asamblea general de Brasil 2012 y sus reformas introducidas en la XXIII asamblea en Chile 2013. Esta institución, creada como organismo permanente, autónomo, internacional, independiente y apolítico tiene como objetivo el intercambio de ideas, experiencias de fiscalización y control gubernamental, el fomento de relaciones de cooperación y desarrollo entre entidades de fiscalización, la investigación científica especializada en el control fiscal, los estudios de capacitación, especialización, asesoría, asistencia técnica, formación y coordinación al servicio de entidades fiscalizadoras superiores de América Latina y el Caribe. (OLACEFS, 2014)

En este contexto, con el apoyo de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) y el patrocinio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) se adelantó en Santiago de Chile en agosto de 2014 un taller de gestión por resultados y su impacto en las nuevas tendencias de auditoría con el propósito de revisar el enfoque y los procedimientos en las auditorías en cada país. Los organismos de control compartieron conocimientos para perfeccionar su labor y reforzar la gestión por resultados para fortalecer la buena gobernanza pública, se abordaron los desafíos, beneficios y complejidades de la puesta en marcha de las auditorías de desempeño. (OLACEFS, 2014).

Es entonces trascendente destacar cómo “la participación de la EFS es esencial en el proceso de modernización del Estado, como sujeto pasivo y coadyuvante del mismo” (Arango et al,

2006, p. 250). Así pues, cabe señalar que en 2012 se celebró en Montevideo, Uruguay, el Seminario de Control Fiscal y Obras Públicas en América Latina. Allí participaron las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) de Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Alemania, exponiendo experiencias en cuanto al alcance y enfoque de la auditoría de obra pública, este encuentro estableció las siguientes conclusiones: el alcance de la definición de auditoría en obras públicas es diferente en cada EFS, el origen de los recursos define la obra, hay diversos grados de sistematización de procesos de auditoría, niveles de seguimiento y preocupación por estandarizar procesos de auditoría, no existen en todas manuales y guías de auditoría, entre las entidades fiscalizadoras superiores que realiza auditoría administrativa, financiera y de gestión hay diferencias, prevalece la auditoría posterior, hay diferentes criterios entre las entidades fiscalizadoras superiores para escoger las obras a auditar, y diferencias en la conformación de equipos de auditoría, tipos de auditoría, escasa articulación interinstitucional, hay pocos espacios de participación ciudadana. (OLACEFS, 2012)

## **Conclusión**

Como pudo establecerse, el control fiscal existe desde el descubrimiento de América mediante el control de fondos y bienes de la corona, posteriormente, se instituyó la rendición de cuentas para los funcionarios al retirarse de los cargos. A lo largo del tiempo se fueron creando tribunales y cortes de cuentas que examinaban, glosaban y fenecían las cuentas haciendo énfasis en la legalidad y fiscalización del gasto, marcando así una tendencia en el control fiscal en la historia nacional.

En este marco, la Misión Kemmerer en 1923 recomendó la instauración de la Contraloría General de la República que fue creada mediante el acto legislativo número 1 de 1945 dando inicio a un sistema de control fiscal previo, perceptivo y posterior para luego dar origen al control de advertencia con la ley 20 de 1975.

A su vez, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 con el trámite de la nueva constitución trajo consigo la implementación del control fiscal posterior y selectivo dejando atrás el control fiscal previo, perceptivo y posterior argumentando que este no era conveniente ya que con él se incurría en coadministración entorpeciendo la marcha normal de la administración pública, atribuyendo que este tipo de control le otorgaba poder unipersonal al Contralor y que una intervención precontractual respecto a la inversión presupuestal y financiera le restaba eficiencia y eficacia al sistema. Hechos que fueron debatidos para contrarrestar la corrupción imperante en el momento.

Sobre este argumento, la Asamblea Nacional Constituyente le asignó en la nueva constitución el control previo a las oficinas de control interno de las entidades públicas, en consecuencia, se fundamentó cómo la Corte Constitucional reconoce en su jurisprudencia que las funciones de control no son expresión de la función administrativa activa y su objetivo no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad, la eficacia y eficiencia de la administración. Por ende, la función de control no se debe llamar función administrativa pasiva sino únicamente de control ya que no tiene la connotación de administración como tal; este hecho permite interpretar que el ejercicio del control no es un acto de coadministración teniendo

en cuenta que las entidades públicas gozan de autonomía para planear el gasto y ejecutarlo. Congruentemente, la abolición reciente del control de advertencia por parte de la Corte Constitucional acabó con la función preventiva de policía judicial para las Contralorías, por lo tanto, es oportuno considerar la necesidad aplicar el decreto ley 267 de 2000 que asigna a las delegadas de vigilancia fiscal la evaluación e imposición de correctivos de los sistemas de control interno.

De tal manera, el sistema de control debe ser reformado toda vez que los argumentos aquí sustentados revelan que el mecanismo actual no es eficiente, no representa un control integral y libre de vicios, está limitado y reducido a la posterior suscripción de los contratos, todo lo anterior enmarcado en el precepto de que los actos precontractuales sustanciales gozan de ser acciones administrativas de gran validez y de que no deben existir en un estado de derecho actos estatales sin control.

Sumado a lo anterior se destacó que los contralores deben ser nombrados por personal diferente a la administración, no obstante, a pesar de que existe una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional que consagra que los contralores departamentales, distritales o municipales serán elegidos mediante convocatoria pública, siguen teniendo injerencia en la elección las corporaciones objeto de vigilancia que terminan eligiendo contralores cercanos e influenciado por los administradores y ordenadores del erario público.

Es necesario entonces que se desarrollen acciones urgentes tendientes a fortalecer las oficinas de control interno y los procesos de control a las mismas. Estas oficinas deben dotarse de personal eficiente y autónomo. Los directivos de estas oficinas que permanecen en sus cargos por haber sido escogidos por el director de la misma entidad que vigilan, deben ser nombrados por organismos independientes a su administración, ya que podría constituirse en inhabilidad. Además de ello, por pertenecer las oficinas de control interno a la misma entidad de la cual dependen, su función de control no debería llamarse control previo ya que es una función administrativa pasiva, al no ser entes sancionadores y el verdadero control debe provenir de un agente externo con herramientas de poder.

Por otra parte, para mejorar el sistema de control debe proveerse a las entidades de control de mecanismos preventivos y rápidos para la toma de decisiones ya que en la actualidad los actos de las Contralorías son sometidos a control judicial contencioso cuyo resultado definitivo se logra hasta en 10 años. A este respecto Chile nos ilustra la importancia del control preventivo, simultáneo o futuro y de los indicadores de desempeño y califica la labor del contratista. Así mismo la Contraloría General de Chile posee fiscalía y tribunales de cuenta, que emiten informes jurídicos, interpretan normas jurídicas, desarrollan funciones jurisdiccionales, ejercen el control preventivo de juridicidad de los actos de la administración mediante el mecanismo de Toma de Razón, emiten pronunciamientos jurídicos obligatorios y dictámenes y examinan y juzgan cuentas de personas que tengan a su cargo bienes o fondos fiscales. Todo ello con el fin de lograr mayor seguridad jurídica, sin necesidad de exceptuar la existencia de las oficinas de control interno en la administración.

De esta manera es pertinente concluir que las (EFS) Entidades Fiscalizadoras Superiores deben ser autónomas e independientes y que en el contexto de la internacionalización de la economía creen una política general desarrollada por la Organización Latinoamericana del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS), para que las Contralorías de diversos países funcionen bajo un solo código de principios, se generen mecanismos estandarizados de políticas de funcionamiento, manuales y prácticas que conlleven a la efectividad, fortalecimiento de los entes de control y promuevan la Unión Latinoamericana.

## CAPÍTULO II

### FACTORES QUE AMERITAN CUIDADOSO ESTUDIO EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN OBRA PÚBLICA

#### 2.1 La Seguridad Jurídica

La Contratación Pública es factor fundamental para la convivencia pacífica y el intercambio de bienes y servicios, por tanto, su reglamentación debe ser clara. Del mismo modo, las sociedades actuales están sometidas a permanentes cambios sociales, culturales, políticos y económicos que inducen a una constante modificación de normas contractuales y afectan la seguridad jurídica y a las instituciones. “La contratación debe asegurar la prevalencia del interés general en todos sus diferentes procedimientos, valor fundamental del Estado Social de Derecho y principio rector de la actuación pública, el cual garantiza la aplicación de los principios de la contratación Estatal”. (Ardila, 2012, p.7.)

Respecto a esta idea, el Artículo 352 de la Constitución Política aduce que la ley orgánica del presupuesto es la que regula la programación, aprobación modificación, ejecución del presupuesto de la Nación, de las entidades territoriales y entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo y la capacidad para contratar. En la misma línea, el Decreto 111 del 96 – Ley Orgánica del Presupuesto en su artículo 110 define que los organismos partícipes en el presupuesto general de la Nación tendrán capacidad para contratar, comprometer a nombre de la persona jurídica de la que hagan parte y

ordenar el gasto de conformidad a las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección. Al mismo tiempo, el régimen de las regulaciones para realizar contratación por parte del Gobierno Nacional, los Gobernadores y Alcaldes está a cargo del Congreso, Asambleas y Consejo. (Ardila, 2012).

En esta dirección cabe anotar que el eje principal de la Contratación Pública es la Carta Magna en virtud del Preámbulo Constitucional cuyo fin es asegurar la calidad de vida los nacionales, además de garantizar un orden político, económico y social justo, asegurando un adecuado gasto público y garantizando el respeto de los principios de la contratación y el cumplimiento de los fines del Estado.

La *seguridad jurídica*, en términos generales, se entiende como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, interdicción de la arbitrariedad, de modo que permite en el ciudadano el nacimiento de una expectativa razonablemente fundada en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, supone una estrecha relación con la justicia porque la ley como *sistema* conforma un campo de garantías tanto en su aplicación como en su misma interpretación, sometida a determinados cánones que impiden la arbitrariedad de los operadores del mismo, entre ellos la observancia estricta de los principios de legalidad e igualdad, que irradian todo el sistema e implica el respeto por la *cosa juzgada*, que también es un derecho fundamental. El desarrollo humano y económico del país está asociado a su desarrollo institucional, y de manera preponderante a la existencia de un Poder Judicial que garantice independencia de los jueces como

presupuesto necesario para la seguridad jurídica que debe brindar un Estado Social y Democrático de Derecho. Los estudiosos del crecimiento son unánimes en señalar que en el propósito del desarrollo con capacidad innovadora de la actividad económica es crucial que las normas sean claras y transparentes y que se cumplan rigurosamente, es decir, que haya seguridad jurídica, tan importante para la paz social. Y al contrario, una poca confiabilidad en el sistema de justicia desalienta y a veces excluye la inversión, de suerte que resulta necesario un adecuado marco institucional, del que la justicia sea una parte esencial, para el desarrollo económico sobre todo de países que se mantienen estancados en el umbral de la pobreza: un buen clima de inversión descansa, entre otros factores, en la paz social en lo que cuenta la percepción sobre la independencia y eficacia de la justicia como causa de seguridad jurídica. (Corte Suprema de Justicia, Revista 21, p.1)

Con base en lo anterior, es pertinente resaltar que en Colombia existe una gran variación y modificación de la regulación de establecimiento de contratos que no permite que se desarrolle un adecuado control contractual, por ejemplo, cuando apenas se termina de conocer la norma; surge otra que la modifica, lo que incide en una desestabilización del sistema de control fiscal, que a su vez debilita la justicia e impide el cumplimiento de los objetivos misionales. De tal manera, el exceso de normas que hacen parte del sistema de contratación en Colombia distorsiona la seguridad jurídica, es así como;

La reglamentación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 el “Estatuto”) en Colombia ha tenido cambios importantes en los últimos dos años. Hasta finales de 2011, el Estatuto estaba

reglamentado por 27 decretos. Debido a esta cantidad de normas que impedían una comprensión ágil y expedita de la reglamentación del Estatuto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 734 del 13 de abril de 2012, norma que unificó en un solo cuerpo normativo toda la reglamentación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por su parte, el pasado 17 de julio de 2013 (apenas 15 meses después de expedido el Decreto 734 de 2012) el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1510 de 2013, “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública” (en adelante el “Decreto”). Este último decreto derogó el Decreto 734 de 2012, desarrollando nuevamente un marco normativo unificado que reglamenta la contratación pública en Colombia. (Brigard & Urrutia, 2013)

De la misma manera, el reciente decreto 1082 de 2015 por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional es el más reciente recopilatorio de normas reglamentarias preexistentes de las leyes del sector administrativo de planeación nacional que modificó el Decreto 1510 de 2013.

Respecto del mencionado Decreto 1082 de 2015, señala Gómez (2015), que la norma es confusa e infructuosa, pareciera ser dirigida únicamente al sector de planeación lo que fortalece la inseguridad jurídica. Señala además; que el propósito de integrar la contratación pública fracasó dejando por fuera los decretos de austeridad de la contratación entre otros y no se derogaron normas que han perdido su fuerza ejecutoria.

Toda esta serie de cambios genera ineficacia en el ejercicio del control, desorden administrativo, desconocimiento de normas e incide en el aprovechamiento de recurso público entre otros efectos negativos. Fundamentándose en lo anterior se hacen necesarios mecanismos que fortalezcan las auditorías, y posibiliten la implementación de instrumentos para el ejercicio de un control precontractual oportuno.

## **2.2 Las Solemnidades Previas y Principios del Contrato de Obra Pública a Tener en Cuenta para un Adecuado Control**

El principio de buena fe debe guiar la contratación pública sujeta a solemnidades y ritualidades plasmadas en la normatividad que son de obligatorio cumplimiento para la conservación de los principios constitucionales y los valores de la sociedad en aras a preservar el bienestar general y el orden público.

Son contratos de obra los que celebren las entidades Estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el art.53 del presente Estatuto”. La expresión “concurso” fue derogada por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007. (Ley 80 de 1993, Art. 32, num.1º)

En esta perspectiva Bonivento, F (2008) deduce que de la definición de contrato de obra del art. 32 de la ley 80 de 1993 en este tipo de contrato debe haber un acuerdo de voluntades generador de obligaciones patrimoniales. Éste, debe ser bilateral porque requiere de un contratante y un contratista y cada una de las partes puede estar constituida por más de una persona y al menos una parte del contrato debe ser una entidad estatal, su objeto debe ser la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier trabajo material sobre inmuebles y que se convenga un pago. A su vez, deben preverse para un adecuado desarrollo de la contratación, diversos esquemas de control fundamentados en los principios de la contratación estatal. Del mismo modo, Ramírez (2008) señala que “La contratación Estatal consagra básicamente tres principios como son: La transparencia, la economía y la responsabilidad, sin dejar a un lado los principios generales y particulares del derecho administrativo, al igual que los postulados que rigen la función administrativa”. (p.13)

El control de la gestión fiscal lo ejercen los organismos de control sea Contraloría General de la República, Auditoría General de la República o Contralorías Territoriales, ya sean Departamentales Municipales o Distritales. Este control de la gestión fiscal se adelanta de conformidad a la ley 42 de 1993 y de acuerdo a lo previsto en la ley 610. El control político es consagrado también en el Acto Legislativo 001 de 2007, sin perjuicio de él, hay un control público por medio del cual cualquier persona puede ser llamada por el congreso para adelantar cualquier tipo de indagación en las plenarias o en las comisiones (Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Dirección Jurídica, 2007).

Basándose en estas ideas, es necesario que las corporaciones públicas de carácter político administrativo con facultad de ejercer vigilancia permanente, realicen control político y tomen la iniciativa para fiscalizar los contratos de obra en los que estén representados los intereses de la comunidad y que sean objeto de dudas respecto a su evolución en beneficio a la protección del patrimonio público.

Con base a lo anterior, debe hacerse especial énfasis en los principios de planeación, economía, responsabilidad y conveniencia inherentes al proceso de contratación con el fin de garantizar la ejecución de los contratos que se tramiten. No se pretende convertir en un fortín político la realización de los contratos sino una toma de conciencia respecto a la verdadera importancia del desarrollo de los mismos, máxime cuando tengan relación con necesidades fundamentales de los ciudadanos. Así mismo, debe preverse la posibilidad de que las Contralorías puedan solicitar en cualquier momento rendición de cuentas frente al desarrollo de determinados contratos sin intervenir en las decisiones administrativas.

Para estar a tono con los diversos controles existentes en la contratación debemos prever que al inicio de la contratación interviene el control y vigilancia ciudadana y de las veedurías ciudadanas previstas en el artículo 270 Superior sin perjuicios del control social de las organizaciones sociales no gubernamentales que vela generalmente por protección de los derechos colectivos consagrados en el artículo 103 superior. Adicionalmente se encuentra el control interno previsto en el artículo 269 superior y a pesar de la autonomía existente en el proceso de contratación habrá control jerárquico, así que para el que delega no pierde la responsabilidad de vigilancia, hay además un

control de tutela administrativa como supervisión de los organismos superiores a los inferiores que consagra el artículo 277 superior correspondiente al que ejerce el Procurador General de la Nación, dicho control es dirigido especialmente al cumplimiento eficiente diligente de la función pública así como tiene en sus manos el ejercicio de la función disciplinaria. (Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Dirección Jurídica, 2007).

Es preciso señalar que los contratos en la administración pública están ceñidos a una serie de lineamientos normativos que los hace reglados por naturaleza, procedimientos que deben estar vigilados en cuanto a su cumplimiento por el control del Estado. El control del juez de legalidad está evidentemente reglado por la naturaleza de los poderes de la administración. Toda falta de la administración a las obligaciones para las que tiene competencia reglada, constituye una ilegalidad que el juez del exceso de poder o de excepción de ilegalidad debe censurar. (.....) El control mínimo es el que se ejerce en el supuesto del más amplio poder discrecional de la administración(.....) Todo acto administrativo por amplios que sean los poderes reconocidos a la autoridad competente, solo es legal si los motivos en que se funda son exactos de hecho y de derecho y si el fin perseguido es legal. El juez administrativo va incluso más lejos y, en la esfera de apreciación de hecho cuando ésta corresponde al poder discrecional, censura el error manifiesto. (Vedel, 1980, p 265)

La actividad contractual estatal se encuentra sujeta, entre otros, a los controles por parte de la fiscalía, en cuanto a los delitos que pudieran haberse cometido; al control fiscal posterior a la legalización del contrato, a las cuentas correspondientes a pagos

ordinarios, al control especial del contrato liquidado (lo financiero, de gestión y de resultado, teniendo en cuenta la eficiencia, la economía, la equidad, costos ambientales, etc.) y al Fiscal General; así como también al control ciudadano mediante las vigilancias, controles y veedurías del caso (arts. 62 de Ley 80 de 1993). Pero así mismo, paralelamente se encuentran sujetas a las diversas formas de solución de controversias, que bien pueden ser de forma directa, como la amigable composición, la transacción y la conciliación; o bien de manera indirecta, la que, a su turno, puede ser extrajudicial, como ocurre cuando hay cláusula compromisoria o compromiso para arbitramento técnico o judicial, cuando hay lugar a solución judicial arbitral, al recurso de anulación del laudo arbitral ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o las acciones contenciosas administrativas relativas a la ejecución y al cumplimiento de los contratos estatales (Ley 80 de 1993, arts.68 y ss.) (Lafont, 2001, p. 1195).

Es así como todo daño causado por el hecho ilícito de los agentes del Estado debe repararse con base al principio de igualdad en las cargas públicas, ya que nadie puede soportar más perjuicios de parte del Estado que aquellos que la ley señala como lícitos. Ante ello se señala que;

(.....) se encuentra la acción de responsabilidad patrimonial del Estado que tiene soporte en la Constitución y se deriva de las actuaciones contractuales como no contractuales derivadas del artículo 90 superior y regulada por la ley 80 como en el caso de ecuación contractual donde podría debatirse la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual cuando se violan los derechos del contratista o el

equilibrio financiero del contrato o cuando no se garantiza determinadas utilidades del contratista, entre otros casos. También se encuentran las acciones populares, la acción de repetición, la acción in rem verso que está ahí de enriquecimiento sin causa, las acciones de tutela que puede darse además por vías de hecho judiciales, la acción ejecutiva contractual, las acciones penales, de cumplimiento entre otras ( Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Dirección Jurídica, 2007).

Desde este postulado, por lo general en diversos países los organismos de control han estado adscritos a otras ramas del poder público ya sea al ejecutivo como la Procuraduría, al legislativo como ocurre con las Contralorías o en algunos casos al judicial, de acuerdo a esto ha venido surgiendo la necesidad de dar a los organismos de control independencia para que sus decisiones sean lo más transparente posibles (Arbeláez, 2007)

Por otra parte, pese a toda esa serie de controles que existen es pertinente señalar que en la selección del contratista generalmente confieren diversos tipos de intereses que inciden en algunos casos en doblegar la voluntad de la administración hacía vicios e irregularidades, de esta manera, es necesario establecer la obligatoriedad de un código de ética pública para que sea aplicable a la administración. Un claro ejemplo de lo anterior se encuentra cuando la Alcaldía de Medellín en 2006 estableció un código del buen gobierno, previendo que el contrato de obra pública está sujeto a ciertas formalidades que deben respetarse con rigurosidad por la modalidad del tipo de contrato y los recursos sujetos a control. A este respecto, señala Escobar, H (2000) que en el campo del derecho público el principio general es la solemnidad de los contratos por los grandes intereses sociales en los entes oficiales para preservar los intereses de los asociados,

lo que hace que se dirijan las inversiones públicas a propósitos adecuados y con mayor acierto para lograr buenos frutos en las inversiones públicas. Es entonces como, la contratación en entidades oficiales está sobrecargada de reglamentos, antes de iniciar una obra debe detallarse la conveniencia y viabilidad del contrato, establecerse las necesidades de la comunidad y los planes y programas para la ejecución coherente y racional de los trabajos; procedimientos y formalismos que imposibilitan que exista libertad del contratista.

En la misma línea, en cuanto a la licitación, es un procedimiento administrativo jurídicamente regulado, sucesión continua de actos hacia un resultado final que se armoniza en la propuesta seleccionada. La finalidad genérica de los actos que conforman el procedimiento es la determinación de una propuesta satisfactoria que redundará en realización de un contrato en cuanto no existan vicios jurídicos e irregularidades. (González, 2001)

En este sentido, antes de la apertura del procedimiento de selección sea licitación, concurso o contratación directa con o sin formalidades plenas, debe hacerse un estudio técnico que contenga un análisis jurídico y financiero respecto de la necesidad de la contratación y sus condiciones de tiempo, modo y lugar (Ley 80 de 1993, numeral 12 art. 25). En el caso de obras públicas deben hacerse estudios de necesidad o conveniencia técnica de la obra, anteproyecto, proyectos de pre-factibilidad y factibilidad desde el punto de vista técnico, jurídico y económico, diseño de planos, especificaciones técnicas y diseños de obra, estudio de cantidades y unidades de obra, cálculo del valor del contrato, tiempo y presupuesto oficial y disponibilidad presupuestal con el que se establece el principio de la legalidad del gasto. Al respecto, la frecuencia con que

sucedan diferencias entre lo presupuestado y contratado desdibuja la figura del proceso de selección, así pues, la selección del contratista constituye principalmente aplicación a los principios de transparencia, selección objetiva, igualdad y economía consagrados en los artículos 24,25, 29 y 30 del Estatuto Contractual. (Escobar, 2000)

A manera de explicación es importante resaltar que la licitación como eje fundamental del contrato suele caer en algunos vicios que según González, R, (2001) consisten en:

1. Violación al deber de publicidad cuando se divulga insuficientemente la forma o plazo legalmente previstos o no se divulga, cuando haya alteraciones en el llamado y no se comunique en los términos previstos.
2. Indicación defectuosa de objetos o delimitación incorrecta del conjunto de propuestas cuando es imprecisa la identificación del objeto que en algunos casos aleja discriminatoriamente a determinados oferentes en beneficio de otros.
3. Impropiiedad de la delimitación del conjunto de oferentes cuando se establecen índices o factores de capacidad desproporcionados con las obras de la licitación o por exigir que estuvieran cumplidos en época no coincidente con la que tiene importancia para la seguridad de las ofertas.
4. El carácter aleatorio o discriminatorio de los criterios de evaluación de oferentes y ofertas, cuando se hace jugar el subjetivismo en la evaluación de idoneidad o por establecer pautas insuficientes para juzgar sobre la rectitud de la evaluación.

5. El establecimiento de trámites procesales que cercenen la libertad de fiscalizar la rectitud del procedimiento y la igualdad de tratamiento de los concurrentes o quebrantamiento de normas que regulan los trámites.
6. La ausencia de cláusulas reguladoras del futuro contrato, por obstaculizar la formación de propuestas responsables y serias entre otras conductas.

Es claro como la inobservancia de las normas transgreden de manera inmediata el sistema jurídico convirtiéndose en ilícitos, especialmente en el tema licitatorio, ya que es un punto neurálgico en el proceso contractual donde suele suceder conflictos de intereses. En esta medida, la ley señala que en la etapa de la licitación se eligen los oferentes más ventajosos para los fines de la contratación administrativa por medio de la resolución de adjudicación, la notificación y ejecutoria de la resolución, estableciendo obligatoriedad en el vínculo contractual entre la entidad y el adjudicatario. Cuando las ofertas se consideran inconvenientes para la administración, no hay el número mínimo de participantes señalados en la invitación, ninguna de las propuestas se ajusta al pliego o la invitación, cuando falte alguno de los requisitos, cuando se hubiere violado la reserva que va hasta el cierre de la licitación, la administración puede rechazar todas las propuestas y hacer un nuevo llamado. Cosa diferente a cuando se declara desierta la licitación invocando causales de otros aspectos. (González, 2001)

Otra de las solemnidades que hacen parte del contrato de obra en una licitación es el cumplimiento del pliego de condiciones, fundamental para construir el marco normativo del que se sujetan las ofertas y el procedimiento a seguir para seleccionar el contratista. Este pliego es un

acto administrativo unilateral y motivado y se consolida como una convocatoria pública para que los interesados presenten sus propuestas. Tiene fuerza vinculante ya que abierto el proceso licitatorio al público de la entidad no puede abstenerse de adjudicar el contrato salvo casos excepcionales que la ley contempla. Además de esto, constituye un elemento fundamental para interpretar el contrato estatal, por tanto, adjudicada la licitación y celebrado el contrato, el pliego de condiciones forma parte del mismo elemento fundamental para su interpretación. (Escobar, 2000)

Así es como el pliego de condiciones debe establecer los requisitos para participar en el proceso de selección, requisitos en los que deben presentarse las ofertas, el objeto del contrato, el plazo del contrato, el precio del contrato o forma de establecerlo, el presupuesto oficial, la determinación de las obras a ejecutar, las reglas del proceso de selección y las reglas que regirán las relaciones contractuales. Algunos autores manifiestan que la resolución de apertura de la licitación es un acto administrativo autónomo diferente al pliego de condiciones del proceso licitatorio y otros afirman que hace parte del pliego que constituyen un único acto administrativo, el Consejo de Estado determina que son diferentes y autónomos, igualmente lo son los autos de adjudicación y los que declaran desierta la licitación ya que tienen propósitos diferentes, sin embargo la entidad tiene la discrecionalidad de decidir al respecto. (Escobar, 2000). Con todo lo anterior, es imprescindible señalar que el contrato de obra pública debe gozar de los principios de la contratación Estatal implícitos en la Ley 80 de 1993.

Retomando una idea antes desarrollada, es necesario definir como la etapa precontractual en obra pública requiere de mayor control del Estado mediante la intervención permanente por

parte de las Contralorías a las oficinas de control interno con el fin de que lleven un adecuado seguimiento sobre el desarrollo de la contratación. De igual manera debe habilitarse la posibilidad de que la contraloría entre a vigilar e intervenir en el momento de encontrarse una irregularidad en el desarrollo de la etapa precontractual. Este tipo de contratos de obra pública donde hay mayor movimiento de recursos del Estado y donde intervienen los recursos provenientes de diferentes rubros presupuestales debe ser auditado mediante seguimiento constante e integral para evitar pérdidas de recursos públicos siempre respetando la discrecionalidad administrativa de cada entidad.

### **2.3 El Principio de Planeación**

Es un hecho notorio que el principio de planeación está incurso en el proceso de contratación tal como lo señala el decreto 1082 de 2015, subsección 3; por tal razón, las entidades Estatales están obligadas a cumplir con este principio. En este caso, Aponte, D, (2014) refiere que es necesario concebir la planeación como un sistema dinámico al servicio de la comunidad y al contrato de obra pública. No obstante, tanto el legislador, como los operadores administrativos, doctrinantes, administradores de justicia, contratantes, contratistas y demás intervinientes en el contrato de obra pública no distinguen en forma sistemática la diferencia entre plan, planeación y planificación. Es importante entonces aclarar que Planear es tener un plan, una ruta previamente trazada, planificar es la optimización de recursos para llevar a cabo el objetivo con los medios que se cuenta y la planificación es tener en cuenta lo que se requiere

para que los contratos de obra pública terminen a satisfacción, puedan aprovecharse y cumplan con su función constitucional (Aponte, D, 2014).

Por su parte Carrillo, P, (2007) señala que “la planificación es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones acordes a la visión para el logro de resultados, su producto es un plan que contiene políticas, programas, cronogramas, presupuestos. Es una proyección realista y verificable”. (p. 5)

La realización y cumplimiento efectivo de un contrato estatal conlleva el desarrollo de las actividades necesarias para su terminación ajustada a las cláusulas negociales, dentro de las cuales resaltan por su importancia, el objeto, la contraprestación, el término de ejecución y la garantía, pero además, la obra, bien o servicio, debe ser entregado funcionando y dentro de los marcos de la garantía pos contractual. Todo esto requiere de planificación de su realización, ejecución y desarrollo para hacer exitoso el contrato celebrado y obtener la satisfacción de la necesidad al poner en funcionamiento la obra contratada. (Aponte, 2014, p.178)

Respecto a esta idea, tanto el ordenamiento jurídico como los intervinientes en la contratación estatal de obra limitan la planeación a los estudios previos sin importar que se extienda hasta la etapa pos contractual. La ejecución, desarrollo y cumplimiento de términos contractuales también requieren planeación, pese a que en muchos contratos se cuenta con estudios previos y prospectiva presupuestal muchas de las obras no desarrollan sus funciones para las cuales se contrataron y en algunos casos no pueden sustentarse en una planeación práctica, dinámica e integral, dejando así, el desarrollo de los contratos a la ejecución de

términos negociables. De manera coherente, la planeación no puede limitarse a requisito exigido por la ley sino que debe incluirse tanto en el seguimiento técnico de ejecución del proyecto como en el desarrollo del mismo para que al surgir eventos inesperados se cuente con la solución inmediata a los mismos posibilitando optimizar, dar uso adecuado a los recursos, reducir costos, minimizar errores humanos y hacer que cumplan la función para las que fueron creadas, evitándose además inconvenientes en la demora de la ejecución de las obras, sobrecostos y fenómenos de corrupción. (Aponte, 2014)

De acuerdo a ello, la planeación está incursa desde la obligatoriedad que tienen las entidades estatales de analizar la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y análisis del riesgo del sector relativo al proceso de contratación (cuya constancia debe reposar en los documentos del proceso) de conformidad a lo consagrado en el artículo 15 de la ley 1510 de 2013. Esto se plantea con mayor razón si se entiende que este principio de planeación conlleva al seguimiento permanente de la obra para que cumpla las funciones y expectativas para las cuales se realizó, es decir la materialización de la obra planeada. Esta acción surge desde la etapa precontractual extendiéndose hasta la pos-contractual y de ella depende el éxito del inicio, materialización y culminación de la obra.

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente Santofimio, G (2014) señaló que el principio de planeación en el contrato estatal es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico y su violación o desconocimiento constituye objeto ilícito que conlleva a la nulidad absoluta del contrato, a tal

punto que el artículo 1742 del código civil y el artículo 45 de la ley 80 de 1993 determinan que la nulidad absoluta puede y debe ser decretada por el juez de oficio cuando no se observe una planeación adecuada en el contrato entre las partes que lo celebraron, agregando que la nulidad del acto no requiere que una norma lo señale expresamente nulo ni que una o todas las partes conozcan el vicio ya que la sanción de nulidad protege el orden público y el interés general.

Es pertinente señalar aquí que el principio de planeación no puede desconocerse puesto que permite establecer la viabilidad del contrato, previene retrasos en la ejecución de una obra y pérdidas de recursos al estar ligados el principio de legalidad y la buena fe, esto debido a que la necesidad de contratar debe responder a las necesidades reales de la comunidad en el cumplimiento de los fines del Estado, la satisfacción del interés general y al cumplimiento de reglas preestablecidas en el ordenamiento jurídico.

A este respecto Aponte (2014), refiere que en la planeación se vinculan todas las etapas del contrato de obra y va más allá del cumplimiento del procedimiento legal para la celebración del mismo, a su vez en ella se fundamenta la necesidad de estudios previos además del cumplimiento de la obra en su finalidad material y social de conformidad a los requerimientos de los planes de desarrollo vigentes, allí se estipula también la existencia de recursos para una plena ejecución, un término de ejecución racional de la obra, un rango de precios justos de acuerdo al mercado vigente, un compromiso ético con el uso de las finanzas públicas, y en conclusión, que se establezca un servicio garantizando, funcional, sostenible y continuo por un término previamente establecido en el tiempo. De la misma manera, la predicción de

acontecimientos futuros debe estar implícita en objetos claramente definidos con el ceñimiento a las normas, el cumplimiento de su objeto y su finalidad que deben estar recubiertos con un componente técnico y jurídico.

## **Conclusión**

La etapa precontractual está conformada por especificidades que deben cumplirse de manera rigurosa, esto indica que se requiere un adecuado control por parte del Estado ya que de ella emanan actos administrativos que son la estructura del contrato y la de contratación pública que tiene como fin a su vez el cumplimiento de los fines últimos del Estado colombiano, la satisfacción del interés general y propender por el bienestar de la comunidad en general. Un Estado carente de esta vigilancia pone en peligro el cumplimiento de los fines de Estado, la satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad, esto, en el marco de las continuas transformaciones sociales, culturales, políticas y económicas que dinamizan la transformación de las normas contractuales afecta de manera determinante la estabilidad jurídica, lesiona los principios de legalidad e igualdad y el estado de derecho y atenta contra la transparencia, favoreciendo la arbitrariedad y la corrupción.

En este sentido, se debe propender por la seguridad jurídica con el fin de evitar conductas que atenten contra la institucionalidad del derecho, la multiplicidad de normas contractuales y la falta de vigilancia del Estado en la etapa precontractual, pues dichos factores no permiten el ejercicio de una contratación sana. El respeto hacia las normas y el buen uso de los recursos

públicos debe infundirse a los ciudadanos desde la escuela ya que hace parte de la formación del individuo.

Pasando a otro punto, debido a que la fiscalización del recurso público en la etapa precontractual en obra pública no está fortalecida y es poco eficaz, el control político de veedurías ciudadanas y las oficinas de control interno pueden desempeñar un papel protagónico en la etapa precontractual, siempre y cuando se realice con transparencia, se capacite al ciudadano para exigir un buen gobierno y exista voluntad desde la comunidad. De esta manera las veedurías ciudadanas y oficinas de control pueden ser efectivas, se requiere mayor organización y voluntad social para conformarlas y coordinación e impulso de las entidades de control.

Entre tanto, las conductas que lesionan la legalidad en las licitaciones agudizan la deficiencia del control por parte del Estado, por lo cual, debe hacerse énfasis en el principio de planeación, fundamental y adherente a los contratos de obra además de que el desconocimiento del mismo genera nulidades en los contratos de obra. Por tanto, en toda entidad pública debe existir un comité evaluador de contratación dinámico tal como lo establece el decreto 1082 de 2015, subsección 2, que menciona que “toda entidad estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o particulares contratados para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada proceso de contratación por licitación, selección abreviada o concurso de méritos”. Debe señalarse entonces, que debería ser una obligación para las entidades y no ser simplemente una decisión voluntaria de la administración de la entidad

pública, además debería incluirse en el comité a un funcionario de control interno que a la vez participe en la revisión de la planeación, conveniencia y avance de la contratación, en dicho proceso se debe establecer una información clara que deberá ser informada a la comunidad sobre el estado de las contrataciones. Es importante así, crear un código de ética de obligatorio cumplimiento que regule las buenas prácticas de la gestión pública tal como aconteció con el ya mencionado código del buen gobierno la Alcaldía de Medellín en el 2006.

## CAPÍTULO III

### EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DEBE GOZAR DE CONTROL DE LEGALIDAD

#### 3.1 El Acto Administrativo Precontractual

La etapa precontractual se rige por normas especiales de derecho público y un procedimiento estandarizado en la selección del contratista, esto indica que debe cumplirse con rigurosidad los principios de planeación, economía y responsabilidad inherentes al proceso de contratación. Allí están expuestos los análisis de conveniencia del objeto contractual, la disponibilidad presupuestal, la elaboración de diseños y realización de estudios previos confiables, todos estos, fuentes para la elaboración del pliego de condiciones. Este último, debe ser completo, claro y fundamentado en estudios congruentes convirtiéndose en el documento marco de los parámetros contractuales del que hace énfasis tanto el Consejo de Estado como la ley del proceso de licitación y del contrato, como un edicto con efectos obligatorios para disciplinar el desarrollo y etapas del proceso de selección. Sumado a lo anterior, todas las propuestas de los interesados deben ceñirse al pliego desde la licitación hasta la adjudicación del contrato, que se debe realizar en audiencia pública mediante resolución motivada e irrevocable que igual que el pliego de condiciones se convierte en un acto administrativo. Otra razón más por la que debe contarse con la supervisión de la etapa precontractual. (Balcázar, M, 2012)

El concepto tradicional del contrato administrativo, se ha determinado por criterios, que no se enmarcan en la noción de acto administrativo, pero si se hace un análisis detallado de la naturaleza de los

contratos que celebra la administración; es pertinente afirmar; que los podemos incluir como una modalidad de actos administrativos consensuales o bilaterales y que además, presentan la naturaleza de actos reglados. Así las cosas, el criterio tradicional del contrato administrativo como acto simple jurídico, debe ser reemplazado por la noción de acto administrativo. (Güecha, 2007, p. 51.)

Está entonces claro, que el contrato administrativo es una modalidad de acto administrativo consensual y bilateral que debe reunir una serie de requisitos para que produzcan efectos jurídicos como los de validez y eficacia, esto lo confirma Marienhoff señalando que:

Entiende por acto administrativo <<aqueel que simultáneamente reúne los requisitos de validez y eficacia>>. Señala además que: <<válido es el acto que ha nacido de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Eficaz es el acto que siendo válido, reúne los requisitos para ser cumplido, para ser puesto en práctica, es decir, hace referencia a su ejecutividad. Además de que el acto sea válido y eficaz es indispensable que exista jurídicamente. (Sánchez, 2004, p. 245.)

Por tanto, el acto administrativo se constituye en un acto jurídico previendo que es la expresión de voluntad de la administración con un propósito del que derivan consecuencias jurídicas y que puede ser emanada de un funcionario público. Al respecto, Taboada, C (2002) en alusión al derecho privado señala que los actos jurídicos pueden ser hechos jurídicos voluntarios. Son fenómeno jurídico celebrado para producir efectos jurídicos denominado autonomía privada, ésta representa la posibilidad de crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas que pueden. Para su validez es preciso que el agente sea capaz, que haya un

objeto físico y jurídicamente posible, que tenga un fin lícito y se observe una forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Por su parte Güecha, M (2007) afirma del acto administrativo de carácter público que:

(.....) El acto administrativo consensual o bilateral, en la medida que implica la intervención de voluntad de la administración y de los particulares o de otra entidad pública, se refleja esencialmente en los contratos que celebra la administración, en cuanto a que el acuerdo entre las partes es el que determina el nacimiento del acto y los efectos que produce el mismo, convirtiéndose en una modalidad de actos administrativos (...). (p. 54)

Respecto de lo mencionado es la voluntad y el acuerdo entre las partes la que determina el nacimiento y alcance del acto jurídico y administrativo.

El acto administrativo goza de cierto margen de discrecionalidad toda vez que es la expresión de voluntad de la administración. La discrecionalidad puede ser mínima cuando el mandato de la ley, y el actuar están estrechamente ligados (.....)La discrecionalidad consiste en la libertad de opción entre actuar o no, según la oportunidad social, política, económica, para lo cual el administrador tendrá en cuenta los hechos, la norma del derecho, y la calificación jurídica de la situación fáctica. Y son estos límites, los que impiden que el administrador actúe según su capricho, los motivos y finalidad, son determinantes del aplicador de la ley. (Penagos, 1997, p.19)

Lo mencionado corrobora que la discrecionalidad no es absoluta, que está sometida a los hechos, la norma y la calificación jurídica de la situación determinada.

Cualquiera que fuere el ámbito de dónde actúa la discrecionalidad administrativa, el acto emitido deberá tener las cualidades jurídicas cual si fuere producido por facultades regladas. Termina la función de la discrecionalidad a través del proceso creador, todo lo que corresponda al acto creado pertenece al orden jurídico exterior. El acto a regir, durará y se extinguirá según lo que dispongan las normas que amparan su existencia. El acto dictado vivirá en cuanto sea perfecta su sustancia y su consistencia jurídica no presente diferencias con cualquier otra clase de actos de la administración. El acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales crea derechos adquiridos según los contenidos de la decisión establecida. (Penagos, 1997, p. 42)

La voluntad expresa de la administración en la etapa precontractual goza de cierto margen de discrecionalidad la cual hace parte de la autonomía de las administraciones y se constituye en un acto administrativo que crea efectos jurídicos, su contenido debe ser una decisión como resultado de procedimientos reglados y consecuencia del respeto de las normas previamente establecidas por el legislador. Dichos actos discrecionales crean derechos adquiridos, por tal motivo, los actos administrativos deben ser controlados, ya que existe posibilidad de que la libertad de actuar del funcionario público con el ejercicio de la discrecionalidad ponga en riesgo el interés público con la expedición de un acto administrativo ilegal.

Para Gordillo los actos administrativos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio emitidos por la administración. Para DROMI es toda declaración unilateral de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa, encaminada a producir efectos jurídicos. Para GARCÍA DE ENTERRÍA y Fernández, acto administrativo es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo, realizada por la administración, en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. (Mora & Rivera, 2013, p. 194)

Mora & Rivera (2013) refiere que de esta definición, deriva la idea de que un acto administrativo debe ser una declaración intelectual, puede ser de voluntad como en las resoluciones o decisiones de procedimientos, de juicio, de deseo o de conocimiento, cualquiera que sea, debe proceder de la administración, además es esencialmente un acto unilateral y se presenta como ejercicio de una potestad administrativa que debe ser diferente a la potestad reglamentaria.

Montaña, P (2005) señala que:

El acto administrativo es un acto de poder en ejercicio de la función administrativa.

Ésta aproximación teórica nos lleva a concluir que para que exista un acto administrativo, debe éste encuadrarse o, más bien, concretar una función administrativa a través del ejercicio legítimo del poder. El concepto de función administrativa se hace entonces necesario para llenar el contenido material del concepto de acto, como quiera que lo único a él intrínseco desde su perspectiva fáctica

es su connotación autoritaria, es decir, su consideración como manifestación de poder o manifestación unilateral de la voluntad con efectos jurídicos. (p. 209)

Es preciso señalar aquí que esta definición de acto administrativo es muy acertada puesto que hace alusión a un elemento determinante como el ejercicio legítimo de la función administrativa, del cual se deriva la manifestación del y la expresión de voluntad del funcionario público en ejercicio de sus funciones; es el deseo de la administración representada en el funcionario que ejerce la potestad administrativa.

Por su lado Montana (2005), hace mención a la teoría del acto administrativo de la doctrina italiana que señala que la función administrativa puede materializarse mediante actos administrativos y otro tipo de actos; los que impliquen autoridad o poder en estricto sensu y actos sin autoridad que pueden constituirse en servicio público que son funciones de carácter prestacional que no se identifican con actos de poder.

Al respecto de esa afirmación; puede considerarse que la manifestación de poder es producto del ejercicio de la potestad administrativa legítima en todos los actos originados en el ejercicio de la legalidad y en cumplimiento de las funciones del funcionario competente, por lo tanto, es producto de actos de poder basados en la investidura del funcionario, diferente a la expresión de voluntad de la administración que no conlleva efectos jurídicos por su contenido. Las decisiones de la administración con fines de producir efectos jurídicos se manifiestan en la etapa precontractual mediante actos administrativos. Por ello, el quebrantamiento de los principios Constitucionales, Generales del Derecho y de la Contratación Estatal cuando causen

perjuicios generan la reparación de daños antijurídicos causados por acción u omisión de los funcionarios públicos.

En consecuencia, los actos de la administración con fines de producir efectos jurídicos son actos jurídicos cuando los produce. Ospina & Ospina (2009) afirman respecto de los actos jurídicos: “Son formales los actos que requieren, en su otorgamiento o celebración, la observancia de ciertas formalidades previstas por la ley o por la voluntad de los agentes. (...). En el Estado actual del derecho, los requisitos formales que la ley exige para el otorgamiento o la celebración de ciertos actos jurídicos no obedecen a un criterio único ni su observancia tiene siempre la misma repercusión sobre dichos actos”. (p.47)

El acto administrativo en la etapa precontractual para que pueda ser controvertible jurídicamente debe crear derechos u obligaciones a las partes. El comportamiento de las partes cuenta al momento de la formación del contrato, toda vez que los tratos preliminares y el comportamiento son la fase detonante de la relación contractual, así mismo, existe una fase inter-contractual en que el derecho da más crédito a las actitudes y comportamiento de las partes, previendo que el comportamiento es un principio de la autonomía de la voluntad, ya que éstas pueden tomar como decisivo el comportamiento de su contraparte para concluir el contrato o apartarse de él (Monsalve, C,2010). Si bien es cierto que el comportamiento de las partes cuenta al momento de la formación del contrato, es necesario conservar siempre el principio de la buena fe.

En materia de conducta administrativa la jurisprudencia conceptúa:

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza la cual se vería traicionada por un acto sorpresivo de la administración que no tenga en cuenta la situación concreta del afectado. Las facultades discrecionales de la administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Un momento inoportuno para adoptar la medida, la desproporción de la misma o la indiferencia respecto de una situación especial de la persona afectada por la decisión, dan lugar al control jurisdiccional de la actuación administrativa en defensa de los derechos fundamentales. (Lamprea, 2007, p. 50.)

Con base en lo anterior es oportuno mencionar que el artículo 83 Superior, señala que la buena fe se presume en la actuación de las autoridades públicas frente a los particulares. Lo mismo indica Ossa, A (2000) cuando afirma que la administración está integrada en el ámbito de la legalidad contenida en la Constitución y la Ley y en los postulados de la buena fe. Los ponentes ante la Asamblea Nacional Constituyente enfatizaron sobre el deber de actuar de buena fe en el ejercicio de sus funciones por parte de los particulares y de la autoridad, señalando que se debe obrar de conformidad a los postulados de buena fe con los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad. La omisión de estos mandatos por la administración constituye abuso del derecho, extralimitación de funciones o desvío de poder. (Lamprea, R, 2007). “Hoy en día la administración pública ofrece un panorama desalentador. A medida que se agiganta y proliferan sus organismos y dependencias, se hace más fría, más inhumana. Por tanto, humanizar las

relaciones es tarea de todos, con el deber moral de obrar con la lealtad que los demás esperan de nosotros. Tal es, en definitiva, la gran misión de la buena fe". (Lamprea, R, p.52)

El flagelo de la desconfianza en los particulares y en lo público no permite que los mecanismos de control sean sustituidos por el deber de lo moral y la buena fe, cumpliendo con los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad en las actuaciones de los ciudadanos y de la administración. Ello requiere de un proceso de formación social que debe trabajarse desde la escuela, para que sea posible acudir a la cultura de la transparencia institucional y a las buenas prácticas precontractuales y contractuales proporcionando un fundamento ético a la confianza, especialmente en la contratación pública.

Sólo el ser libre es responsable. Sólo quien decide autónomamente prefiriendo una entre dos o más posibilidades está en condiciones de responder de lo que hace. La responsabilidad, la autonomía y la libertad son lo mismo. Pero lo que en teoría se dice fácil, en la práctica es mucho más confuso. (Merino, 2010, p.77.)

Por otra parte Vidal, P (2008) señala que para la sala los actos administrativos y los contratos aparecían como rivales irreconciliables. Sin embargo, hoy en día dentro del circuito jurídico que forma los contratos se presentan actos administrativos. Este autor señala que la adjudicación es un acto unilateral que responde a un encuentro de voluntades y a presupuestos de la teoría del acto administrativo y puede decirse que clausura en cierta forma el circuito contractual. Si bien es cierto que la adjudicación del contrato es un acto administrativo unilateral,

es preciso considerar que da apertura al ciclo contractual en lugar de clausurar en cierta forma el circuito contractual, ya que previa a la adjudicación se encuentra la etapa precontractual y a partir de la adjudicación se inicia la etapa contractual, porque es con ésta cuando se suscribe el contrato. Cabe resaltar que la licitación pública es un acto administrativo previo a la adjudicación.

Respecto de la licitación pública: Sayagués Lazo (citado por Consejo de Estado en fallo 12037 de 2001) señala que:

Es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal” (.....). El mismo fallo, hace alusión a Marienhoff y señala que la razón de ser de la licitación pública está en relación al Estado en cuanto a la ratio iuris, que el contrato se realice con el mayor acierto en cumplimiento, calidad del servicio y ejecución y en las mejores condiciones económicas; y en relación con los Administrados, en condiciones de igualdad evitando preferencias o tratos injustos.

Los elementos fundamentales del proceso licitatorio son : 1) Libre concurrencia que permite el acceso a todos al proceso licitatorio mediante publicidad de los actos previos y las limitaciones que impone la naturaleza del contrato de conformidad a la capacidad e idoneidad del oferente.2) La Igualdad de los oferentes que garantiza la selección objetiva que desarrolla el principio de transparencia y 3) La sujeción estricta al pliego de condiciones ya que es fuente de derechos y obligaciones de la

administración y proponentes. El pliego de condiciones determina las condiciones claras expresas y concretas de las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que se someterá el contrato. El proceso licitatorio es parte esencial del contrato y es fuente de derechos y obligaciones y elemento fundamental para la interpretación e integración. Debe ser claro y preciso. (Ley 80 de 1993)

Por su parte, Vidal, P. (2008) afirma que;

La licitación pública es un procedimiento administrativo que tiene por objeto la selección de un contratista de la administración. No es extraño que dentro de él se produzcan actos administrativos con individualidad que van impulsando el proceso. Algunos de ellos, a fin de que puedan ser controvertidos por personas interesadas en el procedimiento, como, por ejemplo, los no adjudicatarios, se les ha cubierto con el nombre de “actos separables” (actes détachables en el derecho francés). (.....)  
(p. 374).

En cuanto a los actos previos al contrato administrativo, el Consejo de Estado manifiesta que forman las decisiones unilaterales de la administración en etapas precontractuales y son separables por ser autónomos, unilaterales de la entidad y para efectos de su impugnación. Por lo tanto, el acto administrativo separable debe ser un acto decisorio en sentido técnico jurídico, ya que los simples actos preparatorios de la administración no son objeto de impugnación. (C.C. Sentencia C-648 de 2002)

Por su parte, Betancur, J (1999) señala que “la noción de acto desprendible” o previo como también se denomina, fue creación pretoriana del Consejo de Estado Francés cuyo origen está en los fallos “Comuna de Gore” de 1903 y “Martin” de 4 de agosto de 1905, y obedeció a la necesidad de hacer impugnables ciertos actos previos por terceros ajenos al contrato aunque con cierto interés por haber participado en el proceso de selección como oferentes o licitantes; quienes no podían accionar porque a la sazón las decisiones previas a su celebración se decía que formaban con el convenio un todo invisible y, por ende, su impugnación sólo podía hacerse por los contratantes. Los aludidos fallos abrieron la posibilidad de que estos terceros pudieran pedir la nulidad de tales actos previos o separables, mediante el recurso por exceso de poder ante juez diferente del contrato. (.....). (p. 518)

La Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. (C.C. Sentencia C-648 de 2002)

Sobre este tema la Corte Constitucional en Sentencia C-069 de 1995, señala que “El Consejo de Estado ha expresado su criterio en reiteradas oportunidades en cuanto que el acto administrativo existe desde que se expide, y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación. (.....)” y agrega que la existencia del acto administrativo está ligada a la manifestación de voluntad de la administración mediante una decisión cuyo fin es producir efectos jurídicos. Dicho de otro modo, la existencia está ligada a su vigencia que se da por regla general desde su expedición, condicionada a la publicación o notificación del acto según su carácter de general o individual. Figueroa (2013) refiere que los actos administrativos precontractuales son:

- Acto administrativo de apertura (es general y motivado. Contra él procede acción de Nulidad)
- Pliego de condiciones de naturaleza mixta (primero es un acto administrativo, luego es clausulado del contrato).
- Acto de inscripción y calificación en el Rup (No procede recurso, sólo Acción de nulidad)
- Acto de adjudicación (No revocable, es particular pero no le cabe recurso por orden legal)

Los únicos eventos en los que se puede revocar el acto de adjudicación de un contrato son cuando sobreviene una inhabilidad y cuando se obtuvo por medios ilegales. (p. 1.)

La sentencia SU-713 de 2006, señala que aunque en principio podría sostenerse que el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse ese calificativo porque podrán darse casos en los que el acto restrinja indebida o ilegalmente esa participación, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que participen en el proceso selectivo. Evento en el

cual el acto, así concebido, podrá desconocer los principios de transparencia e igualdad de oportunidades y resultar afectado de desviación de poder. // En otras palabras, ese acto deja de ser así un mero trámite para convertirse en un obstáculo para la selección objetiva de los contratistas. // Estas breves razones justifican la procedencia de la acción de simple nulidad propuesta, la cual encuentra también justificación en el hecho de que la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no sólo se volvió pública con la Ley 80 de 1993 (art. 45), sino que esta misma ley contempla como motivo de nulidad contractual la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten. (...) En este sentido ya la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la viabilidad de esta clase de acción frente a actos como los de apertura de una licitación o concursos y de adopción de pliegos de condiciones (.....).

Como es posible observar, estos actos administrativos en la etapa precontractual contienen decisiones administrativas y son la plataforma de una adecuada contratación. De tal manera que si estos actos contienen irregularidades, la administración queda propensa a ser demandada y en caso de probarse ilícitos podrían generar detrimento al patrimonio público.

De acuerdo a lo anterior, la responsabilidad del operador administrativo se extiende a la determinación de los requisitos habilitantes en los pliegos de condiciones o en la invitación que debe contener; el riesgo del proceso de contratación, el valor del contrato el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial tal como lo señalan los artículos 15 y 16 de la ley 1510 de 2013. Así mismo, el

operador administrativo es responsable de la evaluación del riesgo para el cumplimiento de las metas y objetivos propuestos tal como lo señala el artículo 17 de la misma ley. Es por esto que los actos administrativos de la etapa precontractual deben estar bajo control, ya que pueden contener irregularidades o estar incursos en ilegalidad. Por tal motivo es imperante que cada entidad cuente con una oficina de control interno que funcione adecuadamente y que sea intervenida de manera permanente por parte de las entidades de control para asegurar su buen funcionamiento.

Si bien es cierto que el acto de apertura del proceso de selección es un acto administrativo de carácter general, debe señalar el objeto de la contratación a realizar, la modalidad de selección que corresponda, el cronograma, el lugar físico o electrónico donde se pueda consultar y retirar los pliegos de condiciones, estudios y documentos previos, la convocatoria para las veedurías ciudadanas, el certificado de disponibilidad presupuestal y demás asuntos concernientes a la modalidad de selección tal como lo señala el artículo 24 de la ley 1510 de 2013. Dicho accionar, es un acto administrativo demandable en la jurisdicción contenciosa, así como los demás actos emanados de la administración pública que contengan una decisión administrativa, en ese mismo orden los pliegos de condiciones son demandables y por ello deben estar sujetos a revisión y su contenido es regulado por el artículo 22 de la ley 1510 de 2013.

La información que contiene los pliegos de condiciones no debe ser desconocida ya que dicha conducta podría ser causa de que estos estén provistos de irregularidad. Por tanto deben ser transparentes los datos respecto a la descripción técnica, completa y detallada del bien o servicio

objeto del contrato, la modalidad del proceso de selección y su justificación, los criterios de selección incluyendo factores de desempate e incentivos, las condiciones del costo y/o calidad a tener en cuenta por la entidad estatal para la selección objetiva del contratista las reglas para la presentación de oferta, su evaluación y adjudicación del contrato, las causas que dan lugar a rechazar la oferta. Sumado a esto en el pliego de condiciones también debe reposar información clara y real sobre el valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos, la determinación de entrega del anticipo si hubiere lugar, su valor y rendimientos del mismo, los riesgos asociados al contrato y la forma de mitigarlos, la asignación del riesgo entre partes contratantes, las garantías exigidas en el proceso de contratación y condiciones, la mención sobre si la entidad y el contrato objeto de pliegos están cubiertos por acuerdo comercial, términos, condiciones y minuta del contrato, términos de supervisión y/o interventoría, plazo en que la entidad puede expedir adendas y el cronograma información detallada contenida en el artículo 22 de la ley 1510 de 2013. Además de lo anterior, el pliego de condiciones puede estar sujeto a modificaciones a través de las adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar las ofertas tal como lo establece el artículo 25 de la ley 1510 de 2013.

Fundamentado en lo anterior, es posible considerar con gran relevancia la determinación de la oferta más favorable dentro de la licitación pública, toda vez que allí es donde se cristaliza la decisión administrativa de adjudicación del contrato que para mayor transparencia puede estar precedida de un comité evaluador tal como lo señala el decreto 1082 de 2015, cuyos sujetos deben estar desprovistos de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses. Pese a lo mencionado, de conformidad al artículo 26 numeral 5 de la ley 80 de 1993 la responsabilidad en

la dirección y manejo de la actividad contractual y procesos de selección es del jefe o representante de la entidad estatal contratante.

De otro lado, como se explicó con anterioridad, en la Constituyente de 1991 se consideró el acto administrativo de la etapa precontractual un acto de gobierno, esto debido tal vez a las circunstancias de descomposición social que vivía Colombia en ese momento, en este contexto estuvieron incursos intereses políticos que decidieron el sometimiento de la contratación Estatal al control posterior y selectivo en sustitución de un control previo.

Como lo señala Santofimio (1996);

Lo jurídico, en razón de los altos intereses de la nación, debe en algunos casos quedar relegado a un segundo plano; sacrificio éste justificado para evitar que prevalezca el derecho, cuando el Estado se encuentre en peligro.

Más que el ejercicio de funciones administrativas, según los defensores de los actos de gobierno, en tratándose de estos se está frente al ejercicio de una función política, no jurídica, y por lo tanto, no susceptible de control.

Esta metodología que doctrinariamente fue conocida en el derecho francés como la “teoría del móvil político” , implicaba que el juzgador para la calificación del acto como administrativo o político, detenía su estudio o análisis en el fin que se proponía la autoridad: Los actos típicamente dirigidos a la defensa de la sociedad , el Estado, los intereses públicos, el bien público, la economía, las relaciones exteriores, entre otros,

eran calificados de políticos y por lo tanto respecto de ellos no se ejercía ningún tipo de juzgamiento, ni mucho menos de pronunciamiento judicial o control jurisdiccional.

(p.144)

Desde este fundamento, previendo que las contralorías son órganos autónomos e independientes de las tres ramas del poder público, como se argumentó con antelación, sus actos son administrativos y no determinaciones judiciales, por lo que las decisiones que fijan la responsabilidad fiscal son controvertibles ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este proceso sólo finalizará cuando no quepa otro recurso o quede en firme una decisión, esto significa esperar la sentencia de la jurisdicción contenciosa que declare la decisión ajustada a la ley, lo cual toma tres años en la contraloría, luego cinco años la duración del proceso administrativo y luego el inicio del proceso coactivo para hacer efectiva la sentencia; este trámite por lo general es inútil y da la posibilidad al presunto responsable de insolventarse. Por tanto, aún si las contralorías fueran eficaces en el cumplimiento de su labor, el esquema constitucional lleva necesariamente a que dichos actos tengan control judicial posterior. (Naranjo, G ,2002)

## **Conclusión**

El acto administrativo precontractual, regulado por norma legal, determina el deber hacer y los pasos a seguir por parte de los órganos administrativos, así estos últimos se convierten en reglados y se produce un efecto jurídico, para controvertirlo se deben crear derechos y obligaciones a las partes. Así pues, la discrecionalidad del operador administrativo lo obliga ceñirse a los motivos y finalidad primarios ajustados a la ley previo a la firma de un contrato,

también al principio de buena fe que incorpora el valor ético de la confianza, impidiendo el actuar caprichoso del administrador público.

De tal manera, el ejercicio de la función administrativa constituye un acto de poder y obliga que los actos administrativos creados tengan un fin lícito y un objeto físico y jurídicamente viable, por ende, cuando dichos actos nacen conforme al ordenamiento jurídico vigente son válidos y eficaces porque reúnen los requisitos para su cumplimiento. Sumado a lo anterior, los actos administrativos están sujetos al control jurisdiccional de la actuación administrativa, en este proceso la omisión de los postulados de buena fe, de los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad, constituye abuso del derecho, extralimitación de funciones o desvío de poder.

Así mismo, la licitación pública se establece como el procedimiento para la formación del contrato conforme a los fines del interés público, esto es que se realice con el mayor acierto en calidad, cumplimiento y ejecución, en condiciones económicas favorables para los administrados y en condiciones de igualdad para las partes. En la licitación pública se originan actos administrativos individuales susceptibles de impugnación mediante acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho que deben tener efecto dentro de los 30 días siguientes a su comunicación. Cualquiera de estas acciones puede causar detrimento económico para la administración pública, por lo tanto, estos actos administrativos deben ser vigilados por el Estado o por la entidad administrativa mediante las oficinas de control interno. Aquí es preciso señalar que los actos administrativos precontractuales como el de apertura, el pliego de condiciones, el

de inscripción, de calificación del Rup y el de adjudicación, deben ser dirigidos por un comité de contratación en todos los casos y supervisados por un funcionario especializado de la oficina de control interno que hará parte del comité y será responsable frente al resultado del mismo.

El sistema de control fiscal es incompleto, débil y facilita la corrupción por la ausencia de control previo en la actividad precontractual por parte del Estado. Los juicios que emiten las Contralorías frente a los hallazgos en ejercicio del control posterior y selectivo son actos administrativos sujetos a controversia y para que pueda ejercerse el proceso coactivo se calculan 10 años cuando el funcionario público se ha insolventado, incentivando así las irregularidades en las licitaciones y el mal uso de los dineros públicos. Por lo tanto, se hace necesario crear conciencia en los ciudadanos sobre el respeto al patrimonio público y adelantar procesos preventivos por parte de las Contralorías para prevenir irregularidades. Cabe anotar que en materia de responsabilidad fiscal generalmente los procesos son dispendiosos y se dificulta la recopilación de pruebas.

## CAPÍTULO IV

### LA COADMINISTRACIÓN Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS OFICINAS DE CONTROL INTERNO

#### 4.1 La Coadministración

En Colombia, el control fiscal previo fue suprimido para erradicar la figura de la coadministración en los organismos de control pues antes de la Constitución de 1991 intervenían en procesos de contratación pública condicionando o vetando la capacidad contractual de las entidades del Estado, de esta manera la intervención temprana de la Contraloría impedía la celebración de contratos cuando quiera que se verificara el incumplimiento de los requisitos legales de la contratación. (C.C. Sentencia C-716 de 2002)

La tarea encomendada a entes como las Contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados bajo la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función. (.....). Si el ente que

controla también ayuda a tomar la decisión de carácter administrativo, la sugiere, la propicia o la presiona o induce modificaciones a los iniciales propósitos de la entidad vigilada, está impedido para cumplir adecuadamente su labor. (C.C. Sentencia C-623 de 1999)

Así pues, el ente de control no debe incidir en las actividades de la administración, pues su función es prevenir irregularidades en la etapa precontractual, verificar la legalidad y el cumplimiento de los requisitos de contratación mediante un mecanismo oportuno y ágil, por ende debe limitarse a la revisión de la ritualidad legal y normativa que precede a la contratación para su legalidad. Ello no implica que se condicione a la administración a una coadministración.

La sentencia C-113 de 1999 señala que

La tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función.

En relación con esta sentencia se hace énfasis en la independencia de los órganos administrativos en la toma de sus decisiones y en que si los órganos de control intervinieran en la toma de decisiones perderían su legitimidad para investigar las conductas disciplinarias por lo tanto quedarían inhabilitados para evaluar la decisión o investigar la conducta presuntamente irregular hecho que consideramos pertinente.

El Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de fecha 5 de marzo de 2008, con radicación No.1882, Consejero Ponente Zambrano; señala frente a los actos de naturaleza administrativa en los entes de control que:

(...) es claro que la Constitución no prohíbe que se atribuya naturaleza administrativa a los actos de control de las Contralorías, siempre y cuando eso no se traduzca en una coadministración por parte de esas entidades, ni en una vulneración de la autonomía misma de los órganos de control". (.....).Se observa entonces que la Sentencia C-189 de 1998 no le otorga carácter absoluto a la distinción entre funciones administrativas y de control fiscal como lo afirma la Auditoría General de la República. Esa diferenciación solamente adquiere relevancia en contextos específicos en los que, para evitar interferencias indebidas del Ejecutivo sobre los organismos de control y, especialmente, fenómenos de coadministración por parte de estos últimos sobre las entidades sujetas a su vigilancia, es necesario diferenciar "la administración activa" (que es inherente pero no exclusiva de la rama ejecutiva) de "la administración pasiva" o de control cuya tarea "no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la

legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa".

Conforme a lo anterior, para esta Sala es claro que la actividad de los organismos de control puede ser entendida como administrativa por el legislador en contextos generales que no afectan el núcleo central de su autonomía ni desvirtúan la prohibición constitucional de coadministración.

Debe entenderse entonces según concepto del Consejo de Estado No.1882, que los actos de control de las contralorías pueden ser de naturaleza administrativa siempre y cuando no se coadministre ni vulnere la autonomía de los órganos de control, además de que la administración activa inherente a la rama ejecutiva debe diferenciarse de la pasiva que corresponde a los órganos de control cuya tarea es de vigilancia y verificación de eficiencia y eficacia de la gestión de la administración.

La Corte Constitucional en sentencia C-648 de 2002, Señala:

Las Contralorías no pueden participar en el proceso de contratación, puesto que su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones. Tampoco pueden interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora, lo cual está prohibido expresamente por la Carta Política al señalar en el artículo 267 que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de

las inherentes a su propia organización. De esta forma, al excluir la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, se evita que se incurra en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración.

Las argumentaciones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-648 de 2002, anulan la intervención de la Contraloría en la etapa precontractual ya que consideran que la intervención previa a la suscripción del contrato constituye coadministración e invade la órbita administrativa de la entidad intervenida. Sin embargo, Güecha (2010) indica que la ley establece un procedimiento para la formación del contrato administrativo y le impone a las partes el respeto de ciertos parámetros so pena de que el contrato sea afectado por ilegalidad. Por tanto, este es un hecho que debe ser vigilado por el Estado ya que la voluntad de la autoridad pública debe estar sometida a la ley y adiciona que el control de legalidad de los actos precontractuales deben seguir las reglas al control general de legalidad, pues gozan de la misma naturaleza que los demás actos administrativos que dicta la administración.

Por lo anteriormente mencionado, es preciso recurrir al artículo 44 de la ley 1437 de 2011 que señala que las decisiones de carácter particular o general discrecionales, deben adecuarse a los fines de la norma que las autoriza y a los hechos que las motivaron. Es ahí donde debe estar inmersa la fiscalización de la Contraloría, en cuanto a la verificación de los requisitos de legalidad con el fin de prevenir los daños y vicios de ilegalidad en los que la administración puede incurrir en la celebración de un contrato.

La sentencia C-716 de 2002, de la Corte Constitucional, respecto a la función que debe desarrollar la Contraloría señala que:

El cometido central de la Contraloría es el de verificar el correcto cumplimiento de los deberes asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manejan o administran recursos o fondos públicos, “en el ejercicio de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas”.

Desde esta perspectiva, la función de la contraloría debe ir mas allá de verificar el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos y de las personas de derecho privado que manejen o administren recursos públicos, más aún cuando el artículo 119 Superior señala como función de la Contraloría la vigilancia permanente de la gestión fiscal, no excluyente o dirigida únicamente al resultado de una gestión fiscal cuando los errores ya no puedan corregirse y se afecte la administración por pago de indemnizaciones.

En la misma línea, para comprender la responsabilidad que tiene la Contraloría frente a la vigilancia de los dineros públicos debe evaluarse el contenido del artículo 2 constitucional que señala como fines esenciales del Estado promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y deberes contenidos en la Constitución, además que las autoridades

de la República deben asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, facultándolo a tomar las medidas necesarias para proteger los recursos públicos que tiene bajo su custodia.

Así mismo, debemos remitirnos al artículo 209 Superior que indica que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla en orden a los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, igualdad, publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. En este sentido, las autoridades administrativas deben coordinar las actuaciones para el cumplimiento de los fines de Estado y tendrán un control interno que se ejercerá en los términos que señala la ley. Si bien es cierto que de conformidad al artículo 209 superior en el ejercicio de la función administrativa están implícitos los principios antes nombrados también forman parte de la etapa precontractual por ser un ejercicio de la función administrativa.

En esta lógica y teniendo en cuenta que las autoridades administrativas deben tener un control interno ordenado por la ley, no es prudente que este control forme parte de la misma administración en auto vigilancia, aún más cuando en determinadas zonas del país el control es precario y en la mayoría de los casos las entidades no ejercen autocontrol de su actividad precontractual. Si bien el artículo 267 Superior señala que la Contraloría General de la República tiene como misión constitucional la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, debe señalarse que la vigilancia de la gestión fiscal es permanente e incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados. Sin embargo; el artículo 267 superior indica que el control es posterior y

selectivo, hecho que solo permite la intervención previa por parte de la Contraloría después de la suscripción contractual.

Como si fuera poco, el artículo 268 superior faculta al Contralor General para exigir informes de la gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación y faculta al Contralor para que conceptúe sobre la calidad y eficiencia del control interno en las entidades u organismos del Estado, actividad que debe ser permanente para su efectividad.

Por todo ello traemos a colación un debate sobre la pertinencia del control previo en razón al tema de coadministración en el que se ejemplificó el caso de Costa Rica donde se propuso sustituir el control previo por el control posterior. Al respecto el Semanario Universidad de Costa Rica de fecha 23 de junio de 2009 señaló que: “La Contraloría rechaza críticas de querer coadministrar el país”, a partir de lo anterior, la Sra. Contralora propuso en ese país un debate sobre el modelo de fiscalización que les convenía adoptar. (Araya, 2009, p. 1)

Así pues, la Contralora de la República de Costa Rica para la época, Dra. Rocío Aguilar, abrió discusión pública en el artículo mencionado sobre el tipo de control de hacienda pública que debería realizar esa institución previendo que cursaba un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa desde el 2007 que liberaba a la institución del control previo al considerarlo como una responsabilidad de la administración y no de los órganos de control. A su vez, afirmó que el control posterior es una evolución a un control de legalidad y eficiencia de los estados modernos

y democráticos y para su punto de vista el control tiene que ver con temas de eficiencia y resultados. Señala además que “algunos opinan que dejar el control previo en manos de los administradores sería como desatarle las manos a la vorágine de la corrupción” (Araya, 2009, p.1). Como resultado de la polémica, surgió una propuesta interesante del Dr. Adonay Arrieta especialista de derecho administrativo de la Universidad de Costa Rica que señala:

(....) el propósito de quitarle el control previo a la CGR es un acto dictatorial desde el punto de vista doctrinal, porque es desatarles las manos a los funcionarios para que puedan disponer como ellos quieran de los recursos del Estado. Cuando los recursos se controlan a posteriori, prácticamente ya no hay nada que hacer; en ese momento se fugó el recurso y es prácticamente irrecuperable.

Y es que en un sistema de alternabilidad del poder, como el que aquí existe, si un funcionario comete un error o algún tipo de malversación o acto discrecional no autorizado, cuando eso se llega a descubrir, ya su período ha terminado y hay nuevos administradores, y estos tiran la pelota hacia atrás.(.....).

Es prácticamente desatarle las manos a la malversación de los fondos públicos. Es como pasar de la medicina preventiva a la medicina curativa, y definitivamente la prevención es lo único que puede salvar a un Estado del mal uso de los recursos, aunque para muchos eso significa entorpecimiento, señaló Arrieta. (.....).

Arrieta desvirtuó el argumento utilizado por partidarios de la reforma, de que con la nueva ley de control interno vigente ese control previo lo deben hacer las auditorías en cada institución de la administración pública.

Para que eso funcione –señaló– las contralorías internas deberían haber sido debidamente capacitadas y tener las reglas de juego muy claras. Pero cuando son los

propios jefes de las instituciones los que inciden en el nombramiento de los auditores, y prácticamente se desvincula la relación de control entre la CGR y las auditorías institucionales, éstas se pierden.

No se le debe dar independencia a las contralorías internas, porque en general las contralorías internas son muy ineficientes.

No puede haber una descentralización en materia de control de recursos públicos, siempre tiene que haber un ente superior, como establece la constitución política, que sea responsable de esta función. (.....). (Araya, 2009, p. 1)

Este caso es interesante ya que en Colombia igual que en Costa Rica rige en la actualidad el control posterior. A este respecto la Corte Constitucional en sentencia C-648 de 2002, MP, (Córdoba) señala como fines de la vigilancia de la gestión fiscal la protección del patrimonio público, la transparencia en el manejo y utilización de bienes y recursos públicos, la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Entonces es importante el permanente acompañamiento de las entidades de control y especialmente de la Contraloría a las entidades responsables del buen manejo y buen uso de los dineros públicos, puesto que el ejercicio del Estado Social de Derecho así lo implica, además de que una equivocada inversión del gasto público afecta el cumplimiento de los fines de Estado y su obligación constitucional.

En base a las diferentes posiciones a lo largo del discurso de coadministración es preciso señalar que en el caso de la Procuraduría que tiene la potestad de intervenir previamente a la suscripción de los contratos cuando lo considere necesario en orden a la protección del

patrimonio económico y la defensa constitucional y legal, señala en el memorando 001 de 2013 que la actuación preventiva integral no puede implicar la coadministración o injerencia indebida en las decisiones administrativas, financieras, técnicas o jurídicas de las entidades públicas o de particulares que ejercen funciones públicas ya que la entidad no expide conceptos, avales o aprobaciones frente a documentos producidos o actuaciones de los sujetos de la vigilancia ni puede constituirse en herramienta de presión para que estos sujetos obren, gestionen, decidan o administren los asuntos de sus competencias de determinada manera sin embargo los encargados del acompañamiento preventivo y de control de gestión pueden desarrollar debates, someter a discusión temas jurídicos, intervenir como voceros de la comunidad o de un sector para defender sus derechos pero no puede ni adoptar soluciones, emitir conceptos o resolver asuntos exclusivos de la entidad contratante.

#### **4.2 Las Oficinas de Control Interno y su Fortalecimiento**

Las oficinas de control interno en las entidades públicas fueron creadas después de la Constitución de 1991 debido a la supresión del control previo que realizaba la Contraloría General de la República y para homologar ese control y mantener el principio de legalidad que supone la observancia de las leyes por parte de la administración. De esta manera, el principio de primacía de la ley obliga a la administración a tener un comportamiento legal que debe estar sujeto y actuar de conformidad a las leyes vigentes y el principio de reserva de ley que la obligan a actuar solamente cuando haya sido habilitada para ello mediante una ley. En otras palabras, debe existir un fundamento legal para la actividad administrativa (Harmut, 2011)

De conformidad con lo mencionado, se establece mediante la ley 734 de 2002 en su artículo 34 inciso 31, la obligación de que todo servidor público debe adoptar el sistema de control interno y el sistema de auditoría interna de que trata la ley 87 de 1993, ello con el fin de ejercer el control sobre sus propias actividades administrativas y los recursos públicos que se manejan. Los controles internos son instituidos para consolidar los objetivos de rentabilidad y cumplir la misión de la entidad. Estos “Promueven la eficiencia, reducen riesgos de pérdida de activos, ayudan a asegurar la confiabilidad de los estados financieros y el cumplimiento de las leyes y regulaciones” (Mantilla, 2002, p. 3). Entre tanto, el enfoque del control interno en la contratación de obra pública va más allá de lo establecido y va dirigido a prevenir pérdida de recursos, vigilar el cumplimiento de los objetivos y metas de la entidad, además de controlar que se respeten las leyes y las normas en la contratación y de asegurar la fiabilidad de la información financiera, para lo cual, es necesario implementar mapas de riesgos y los planes de mejoramiento continuo previniendo un mejor control.

Así es importante recurrir a lo señalado por Vedel (1980) en cuanto “el problema del respeto de la legalidad por la administración está ligado muy cerca al de control jurisdiccional” (p. 260), toda vez que en la actualidad el control de la legalidad de las actividades precontractuales de la administración está en manos de las Oficinas de Control Interno. El papel de la legalidad está determinado en que en el ejercicio de la función pública se considere de importancia y exista una vigilancia administrativa y jurisdiccional. Por ende; el control administrativo y jurisdiccional tiene como fin de que la administración actúe de manera correcta,

corrija sus errores y se mantenga al margen de lo ilegal en tanto no se desborde de su poder discrecional.

De la misma manera, toda actuación del Estado debe regirse por el principio de legalidad que implica que los servidores públicos sólo puedan ejercer sus funciones en el marco de la Constitución y la Ley, éstos son responsables por omisión o extralimitación y por infringir las disposiciones consagradas en la ley de conformidad a lo señalado en el artículo 6, 121 y 122 de la Carta Superior.

Pasando a otro aspecto, la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen a la ley 87 de 1993 por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado, señala la necesidad de una modernización de la administración pública para lograr calidad. Con motivo de la supresión del control previo, las entidades tendrían un control interno para asumir la responsabilidad en el manejo de sus propios recursos, de los controles previo y preceptivo, de la custodia de activos, de los valores, los registros, los reportes financieros y contables de sus actuaciones. Con ello, la administración dispondrá de elementos de retroalimentación de evaluación de su gestión fiscal, prevendrá la posible coadministración y fortalecerá el principio de responsabilidad en la administración, obteniendo como resultado una gestión responsable y comprometida en la prevención del fraude, el malgasto y abuso, la eficiencia y eficacia, además de lograr los fines de la constitución y las leyes, el respeto a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad,

imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, delegación y descongestión con medios idóneos.

Consecuentemente, la ley 87 de 1993 en su artículo 1° define el Sistema de Control Interno como:

El sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos. El ejercicio del control interno debe consultar los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de los costos ambientales. En consecuencia deberá concebirse y organizarse de tal manera que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos existentes en la entidad, y en particular de las asignadas a aquellos que tengan responsabilidad de mando.”

Parágrafo.- El control interno se expresará a través de las políticas aprobadas por los niveles de dirección y administración de las respectivas entidades y se cumplirá en toda la escala de estructura administrativa, mediante la elaboración y aplicación de técnicas de dirección, verificación y evaluación de regulaciones administrativas, de manuales de funciones y procedimientos, de sistemas de información y de programas de selección, inducción y capacitación de personal.

De manera similar, el control interno es programado y desarrollado por la misma administración con el fin de autorregularse, dar cumplimiento a las normas constitucionales y legales vigentes para alcanzar los objetivos y las políticas institucionales. Su fundamento es prevenir la desviación de los recursos públicos, previendo cualquier tipo de irregularidades en materia contractual y velando que se cumpla con las formalidades y las etapas de la contratación.

Es así como el Decreto 1421 de 1993 por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá señala en su artículo 114 que del establecimiento y desarrollo del sistema de control interno será responsable el respectivo secretario, jefe de departamento administrativo o representante legal y señala como objetivos del control interno en el artículo 115 el aseguramiento de la eficacia y eficiencia de la gestión administrativa, la garantía del uso racional de bienes y la protección de los activos del distrito, la adecuación de la gestión al plan general de desarrollo, sus programas y proyectos, hacer efectivos los principios normas y procedimientos y garantizar el seguimiento y evaluación de las actividades del Distrito e igualmente es muy claro en señalar en su artículo 177 que los informes de control interno tienen valor probatorio en cualquier proceso que se adelante.

En este sentido, no debe dejarse a un lado lo señalado por Mantilla, (2002) quien afirma que el control interno consta de cinco componentes integrados en un proceso de administración, a saber:

- a) El ambiente de control: que fortalece la conciencia del control en los empleados; proporciona disciplina y estructura, incluye la integridad, los valores éticos y la competencia de la gente de la entidad, el estilo y filosofía de la administración, la manera como la administración responsabiliza y organiza.
- b) Valoración de riesgos: señalados como la identificación y análisis de los riesgos relevantes para conseguir los objetivos y la forma como deben tratarse.
- c) Actividades de control: que consisten en la política y procedimientos que ayudan a asegurar las acciones para orientar los riesgos para que la entidad asegure su objetivo.
- d) Información y comunicación: consiste en que la información sea pertinente, oportuna y adecuada para que permita a los empleados cumplir sus responsabilidades.
- e) Monitoreo: que hace alusión a que los sistemas de control interno deben monitorearse mediante evaluaciones separadas en el curso de las operaciones para valorar la calidad del desempeño del sistema en el tiempo o en el curso de las operaciones ongoing cuyas deficiencias deben reportarse en el tiempo y a lo largo de la organización y dependerá de la valoración de los riesgos.

Respecto a las anteriores consideraciones, el control es un proceso permanente del sistema integrado y varía de acuerdo con la filosofía institucional, dicho sistema opera en diferentes niveles de efectividad de conformidad con la forma cómo funcionan los cinco componentes mencionados (Blanco, L, 1998). Dichos componentes integrados hacen parte del COSO que es el modelo de control interno más aceptado en Estados Unidos según. (Arens, Elder & Beasley, 2007)

Manrique, R (2010) señala que para mayor engranaje de las políticas de control interno la ley 489 de 1998 creó Sistemas Administrativos Nacionales para coordinar las actuaciones estatales y de los particulares. Es el caso del Sistema Nacional de Control Interno a cargo del Presidente de la República apoyado por el Consejo Asesor del Gobierno Nacional de Control Interno y presidido por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. La función de este sistema consiste en integrar el funcionamiento del control interno de las instituciones públicas para que mediante el uso de instrumentos gerenciales idóneos se fortalezca el cumplimiento oportuno de las funciones Estatales.

De la misma forma, el Sistema Nacional de Control Interno hace parte del Sistema de Desarrollo Administrativo que tiende a su vez a dar forma y organización a la gestión administrativa y a contribuir con el fortalecimiento del desempeño institucional. Es necesario entonces, hacer la precisión de que las políticas de control interno y su engranaje deben ser objeto de monitoreo por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública que al detectar irregularidades en la aplicación y en el desarrollo de la contratación debe solicitar la intervención de la Procuraduría y Contraloría. Todo lo anterior teniendo en cuenta que la misión del DAFP es “Liderar la modernización y el mejoramiento continuo de las instituciones públicas y el desarrollo de sus servicios para afianzar la confianza en el Estado.” (Portal Dajp, 2015)

Además de lo mencionado, es significativo señalar que el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante la reglamentación de la ley 909 de 2004 sobre Empleo Público, Carrera Administrativa y Gerencia Pública, señaló que con la vigencia de la ley en mención la

gerencia pública debe buscar personal idóneo y competente, sin violar la naturaleza de libre nombramiento y remoción y sin lesionar las márgenes de discrecionalidad. Sumado a lo anterior se estipula la implementación institucional de una cultura de evaluación al mérito, capacidad y experiencia, estableciéndose como elementos de evaluación de la gestión los acuerdos de gestión que confluyen de los compromisos del gerente al inicio de sus labores y en el análisis de resultados. (Dafp, 2005) Esto indica que el DAFP se debe incluir en los acuerdos para mejorar la gestión, el buen funcionamiento de las oficinas de control interno y la organización en la evaluación que realicen éstas del cumplimiento de normas de contratación y la responsabilidad frente a las funciones y metas institucionales.

Respecto a lo anterior, es preciso señalar que en el fundamento del diseño de la administración y en el funcionamiento del control interno debe asegurarse el seguimiento de los procesos ya que las limitaciones inherentes a la oficina y a la entidad pueden redundar en que los controles internos no sean totalmente eficaces, se adelanten con errores y requieran ser modificados. A manera de especificación hay que señalar que la responsabilidad del auditor es entender, comprobar e informar lo referente a los controles internos llevados a cabo en la entidad (Arens, Elder & Beasley, 2007). Además, la función del control interno de una entidad es proporcionar efectividad razonablemente en la empresa y eficiencia de las operaciones contractuales, suficiencia y confiabilidad de la información financiera y cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables.

Ahora bien, dado que el control interno es una herramienta del gerente público para garantizar el logro de los objetivos institucionales debe ser reflejo de los principios orientadores de la gestión pública. El control interno debe contribuir a que se alcancen las metas institucionales de eficiencia y eficacia dentro del ámbito de la competencia, esto es la protección de los bienes y recursos de la organización y la información confiable (Younes, 2000). Por lo anterior, la esencia de una organización controlada de forma eficaz radica en la importancia que le otorgue la administración al proceso de control, de ser trascendente, también lo será para las otras personas de la empresa.

De la misma forma, los auditores deben considerar las partes más importantes de los componentes del control como son la integridad y valores éticos, el compromiso con la competencia o el conocimiento y las habilidades para cumplir las tareas y la participación del Consejo Directivo o el Comité de Auditoría. Este último debe ser independiente a la administración y debe conocer los informes financieros para su efectividad. (Arens, Elder & Beasley, 2007)

Al respecto, señala el informe Concepto del Sistema de Control Interno de la Contraloría General de la República (2011) que cuando la participación de los recursos del Estado en las sociedades de economía mixta sea menor al 90% de su capital social, a las sociedades comerciales, a las entidades que se rigen por derecho privado y administran dineros públicos, a los fondos de cuenta y a las entidades fiduciarias no se les aplica la ley 87 de 1993, en estos casos serán sujetos de control de la Contraloría General y se les evalúa el sistema de control

interno de conformidad al modelo de esta entidad de control. Así pues, donde el capital del Estado sea mayoritario se aplicará un control directo desde un ente de control.

Por lo pronto, es preciso señalar que frente al estudio de la etapa precontractual las evaluaciones de control interno de las entidades públicas deben tener un efecto igual o similar a las realizadas por las Contralorías en cuanto al examen de la cuenta, el control financiero, el control de gestión enfocado al logro de resultados y el cumplimiento de los objetivos institucionales.

Las Contralorías realizan la evaluación del buen uso de los recursos públicos en cinco productos:

- a. Examen de la Cuenta que consiste en el estudio especializado de los documentos que soportan las operaciones legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones.
- b. El Control Financiero cuyo objetivo es evaluar la razonabilidad de los estados financieros y cambios de situación fiscal.
- c. El Control de Gestión que evalúa la eficiencia, la eficacia y efectividad de los recursos públicos en la administración.
- d. El Control de Resultados que verifica si el sujeto vigilado logró sus objetivos y cumplió sus planes, programas y proyectos.
- e. Evaluación del Control Interno que comprende la evaluación de la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los recursos naturales por la administración (Domínguez, G & Higuita, R, 2001).

A pesar de los controles mencionados es preciso hacer énfasis al control de legalidad de que trata la ley 42 de 1993 sobre la organización del control fiscal, que en su artículo 11 señala la función de establecer si las operaciones financieras, administrativas, económicas y de cualquier índole se realizaron de conformidad a las normas legales aplicables.

Es pertinente dejar claro que la evaluación de control interno debe realizarse en todas las áreas y puntos frágiles de la administración. En materia de contratación dicha evaluación debe ser líder para que permita hacer los correctivos, sirva de guía para reorientar y dinamizar el gasto de dineros públicos y precisar el momento en que la entidad desvíe el cauce de cumplir con los fines de la contratación y de Estado en su gestión administrativa.

El artículo 65 inciso 3 de la Ley 80 de 1993, señala que el control previo a los contratos es realizado por las oficinas de control interno. Por lo tanto, su función es administrativa, previa y preventiva, lo que quiere decir que estas dependencias pueden opinar y emitir recomendaciones durante las actuaciones precontractuales para contrarrestar los errores en que pueda incurrir la administración pero no pueden autorizar o refrendar los procedimientos administrativos de la entidad porque incurrirían en coadministración de conformidad a lo previsto en el artículo 12 de la ley 87 de 1993. El control fiscal posterior y selectivo lo realizan las Contralorías y les está prohibido intervenir en las etapas preparatorias del contrato, únicamente interviene concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos con el acuerdo de voluntades y se haya expedido el registro presupuestal, aprobada la garantía única y surtida la cancelación de derechos de publicación en caso de requerirse estos dos últimos requisitos. (Gómez, 2010)

Por lo anteriormente mencionado, es preciso hacer énfasis en la capacidad y el desempeño de los auditores de las oficinas de control interno ya que en ellos está encargada la función preventiva en la etapa precontractual. Estos funcionarios tienen la facultad de delimitar las decisiones del ente administrativo en caso de observarse un presunto detrimento al patrimonio público. Por tales argumentos, los auditores han sido cuestionados en diversas oportunidades, uno de los casos referenciados a nivel mundial es el que señalan los autores Arens, Elder & Beasley (2007):

La abundancia de escándalos contables como el supuesto registro de millones de dólares provenientes de ingresos ficticios de Cedant Corporation, sugiere que los comités de auditoría no siempre están haciendo su trabajo en forma eficaz. Los inversores activistas atacan este tipo de comités por falta de independencia o pericia financiera para descubrir la mayoría de los errores en los informes financieros. Advierten que los comités de auditoría a veces muestran deficiencias, porque los miembros son seleccionados por un director ejecutivo con la condición de que estén dispuestos a ir con la corriente. (...). (Arens, Elder & Beasley, 2007, p. 276).

Debido a esto, el control interno está sujeto a riesgos frente al ejercicio del control en la competencia y frente a la información suministrada por las diferentes dependencias de la administración por lo que es necesario que se cuente con personal idóneo e independiente y se evidencia que no es beneficioso que los auditores sean nombrados por los mismos directivos de la entidad.

La auditoría también tiene función en determinar riesgos. Señalan al respecto los autores; Bell, Peecher, Solomon, Marrs & Thomas (2007): “La profesión auditora necesita desarrollar el talento y la experticia para entregar servicios de auditoría consistentes de alta calidad, en el entorno que viene, tanto mediante la contratación de individuos destacados y el entrenamiento de los auditores en las nuevas técnicas de auditoría (especialmente tecnología de la información en evolución, modelos de valor razonable e información de negocios expandida)” (p. 256).

En cuanto a la evaluación de control interno señala la ley 42 de 1993 en su artículo 18 que: “Es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza y su eficacia en el cumplimiento de sus objetivos. El Contralor General de la República reglamenta los métodos y procedimientos para llevar a cabo esta evaluación”.

Así es como las oficinas de control interno son el punto de partida para la organización administrativa. El control interno se ejerce de conformidad con las políticas aprobadas por los niveles de dirección y administración, tal como lo señala la ley 87 de 1993 en su artículo 6 y el establecimiento y desarrollo de este sistema en los organismos y entidades públicas es responsabilidad del representante legal, de la misma manera, la aplicación de los métodos y procedimientos de calidad eficiencia y eficacia es de incumbencia de los jefes de cada dependencia.

Es aquí preciso traer a colación la posibilidad de que las entidades públicas pueden contratar con empresas privadas la organización del sistema de control interno y que la ejecución de auditorías internas sea contratada a término fijo no superior a tres años, siendo por concurso público y sólo en casos especiales tal como lo señala el artículo 7 de la ley 87 de 1993; entre ellos, cuando no haya disponibilidad de recursos técnicos, económicos y humanos para que la entidad establezca su propio control interno, cuando se requieran conocimientos técnicos especializados y por razones de conveniencia económica, facultades excluyentes para los organismos de seguridad y defensa nacional. Es conveniente señalar que este tipo de contratación puede mejorar la calidad en el ejercicio auditor por su grado de independencia.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la Carta Superior en el artículo 343 dispone que la entidad nacional de planeación tiene a su cargo el diseño, organización de los sistemas de evaluación, de gestión y resultados de la administración pública y que conforme al artículo 344 Superior los organismos departamentales de planeación harán la evaluación de gestión y resultados sobre los planes y programas de desarrollo e inversión de los departamentos y municipios en cualquier entidad territorial; es importante establecer que la administración pública está obligada a publicar información sobre los resultados de contratación de mayor connotación en aras de impulsar una gestión eficiente y transparente que se convierta en requisito para ocupar cargos públicos.

La anterior estrategia de control corresponde a las oficinas de Planeación Nacional, dependencias que vigilan el uso eficiente de los recursos públicos y que deben orientarse a

establecer el avance de los planes de desarrollo y la revisión del cumplimiento del plan de inversiones a partir de información que deben suministrar las oficinas de control interno.

En esta misma línea, es preciso señalar que el Sistema Nacional de Planeación es conformado por el Consejo Nacional y los Consejos Territoriales de Planeación, tal como lo establece el artículo 340 Superior, además, los organismos departamentales de planeación son los responsables de la evaluación de la gestión y resultado sobre los planes y programas de desarrollo de inversión de departamentos y municipios. Corresponde entonces a los entes de control verificar el funcionamiento y la efectividad del sistema de control interno en las entidades.

En otro sentido, el artículo 209 Superior, señala que la administración pública tiene la responsabilidad de efectuar el control interno para asegurar el cumplimiento adecuado de los fines de Estado, esto obliga a que en todas las entidades públicas y en todas sus dependencias exista una oficina de control interno en funcionamiento. Esto es importante si se considera que la auditoría interna constituye un mecanismo de control organizacional de la entidad pública o privada cuyo objetivo es la vigilancia y sistematización orientada a que se cumpla con las metas y objetivos de la organización, que haya información confiable y a la salvaguarda del patrimonio. Además, ésta debe proveer calidad, eficiencia y eficacia, realizar controles prácticos, estar enfocada a la actuación preventiva, al cumplimiento de la normatividad, al seguimiento y a las evaluaciones y también, debe servir de apoyo a la auditoría externa. Se recomienda que no sea un proceso intimidatorio, que no se enfoque solo en métodos de depuración contable, que no

intervenga en despidos del personal o que se acomode a alguna función única ya que demeritaría sus objetivos primarios. (Amador, 2008)

En la misma perspectiva, Amador (2008), plantea que la auditoría externa es un trabajo profesional independiente, enfocado en la evaluación y en la consultoría en varias especialidades, realizado por personal externo a la organización quienes prestan sus servicios mediante un contrato o carta de compromiso. Este tipo de auditoría pretende examinar la veracidad y razonabilidad de los Estados financieros de la organización y presentar su opinión personal mediante documento oficial llamado dictamen, pudiendo ser enfocado también para casos fiscales y de seguridad social. Los objetivos de la Contraloría externa se basan en exámenes de estados financieros, independencia mental y económica, normatividad técnica, hacer recomendaciones, opinión personal, revisión periódica, resultados y seguimiento.

En el caso de la auditoría interna de obligación constitucional para las entidades públicas tiene su fundamento en la salvaguardia del patrimonio público. Debe existir un sistema de control adecuado para un desarrollo de las actividades institucionales en armonía constitucional y respeto a las normatividades vigentes. Los hallazgos que realice el auditor sirven para realizar las correcciones necesarias y como medida preventiva para lograr una adecuada administración, siendo indispensable que haya un permanente seguimiento a las actividades institucionales por parte del equipo auditor para corregir las fallas. Sin embargo no hay obligatoriedad jurídica en la elaboración de planes de mejoramiento, hecho importante para un buen control. Es función de la auditoría interna hacer seguimiento a las evaluaciones hechas por el equipo auditor. “El

surgimiento de la auditoría administrativa se dio en respuesta a una necesidad no satisfecha en el campo de la auditoría, ya que con ella se logró incursionar en revisiones de áreas que requerían atención y que no necesariamente eran de tipo financiero. Su utilización es ampliamente apreciada tanto en el sector privado como público, pues ha demostrado su eficiencia como herramienta de control”. (Amador, S, 2008, p. 10)

La auditoría interna hace las veces de un órgano de control para evitar que la entidad se salga de los lineamientos trazados y participa en el mejoramiento de los controles establecidos o por establecerse en las actividades que requiera la alta gerencia (Amador, S, 2008). Es ineludible la auditoría interna para prevenir y detectar los fraudes en la administración y es herramienta útil para detectar la confiabilidad de la información de la institución circulante, por lo que es necesario que se le de gran importancia a la labor que desarrollan las oficinas de control interno ya que también sirven de apoyo a las auditorías realizadas por las Contralorías. Sería recomendable que en las entidades públicas existiera un área obligatoria dedicada a la contratación institucional, con métodos expresos orientados por las Contralorías para hacer seguimiento a la contratación como método preventivo para evitar fraudes en la contratación de obra pública.

Toda vez que la administración cuenta con un margen de discrecionalidad debe adoptar correctamente la decisión posible (Hartmut, M, 2011). El proceso de contratación parte del principio de buena fe, transparencia, y moralidad, elementos fundamentales que deben estar fortalecidos con la administración del riesgo y eficientes sistemas de información. Así mismo, es necesario que se conozca la normativa aplicable a cada caso de contratación y que exista un

manual de procesos y procedimientos que exija la evaluación permanente e independiente mediante auditorías externas.

Es relevante tomar en cuenta, como hechos notorios, el crecimiento en los índices de corrupción en la contratación estatal, la existencia de irregularidades en los procesos por falta de compromiso, la proyección incorrecta del costo del servicio o bien, el fraccionamiento de contratos (para evitar selección objetiva), la competencia desleal, la solicitud de prebendas para la adjudicación de contratos, la inequidad en la adjudicación, la interventoría sin independencia mental, la desviación de anticipos, el monopolio de contratistas, las modificaciones injustificadas en los términos de referencia, la adjudicación de contratos sin requisitos legales, entre otros. Por ello se requiere del concurso de Contralorías y Auditorías integrales, especializadas e independientes que direccionen y garanticen los resultados a través de este proceso de contratación estatal. (Bonilla M, 2012)

La solicitud de prebendas para la adjudicación de contratos es una notoria mala práctica de corrupción que pocas personas se atreven a denunciar. Las oficinas de control interno deben ser independientes de la administración, por lo que deben adoptar también mecanismos de control para hacer seguimiento a las contrataciones conforme a las facultades que la ley 489 de 1998 concede a los representantes legales de las entidades públicas, la cual señala en sus artículos 15 y 16 que el sistema de desarrollo administrativo está orientado a fortalecer la capacidad administrativa y de desempeño institucional.

Como ejemplo de lo señalado, en la Gobernación de Antioquia se implementó una estrategia de trabajo para atender las necesidades del servicio y cumplir con eficiencia y eficacia las políticas y programas de la entidad. Con este propósito, creó el comité de orientación y seguimiento en contratación, los comités internos de contratación, el comité orientador en supervisión e interventoría y el comité de reclamaciones contractuales de Antioquia. Todo con el fin de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción, tutelar la transparencia de la actividad contractual y proteger la moralidad administrativa, manteniéndose la adopción de las decisiones en los ordenadores del gasto de cada organismo de la organización Departamental. (Fajardo, 2014)

## **Conclusión**

La adjudicación del contrato es un hecho autónomo sujeto a la buena fe, transparencia y moralidad del operador administrativo en el que las entidades de control del Estado no deben intervenir para prevenir la incursión en las competencias de la administración, la coadministración y la pérdida de legitimidad del ente de control para cumplir imparcialmente su función. Este hecho provocó la proscripción del sistema de control fiscal previo realizado por las Contralorías antes de la constitución de 1991 que según motivación, condicionaba la capacidad contractual de las entidades del Estado e impedía la celebración de contratos hasta la verificación de los requisitos legales. En este sentido, los entes de control no deben ir más allá de verificar la legalidad, eficiencia y eficacia de la gestión contractual, esta función no es de

naturaleza administrativa. Este hecho fue señalado por el Consejo de Estado a lo que le denominó funciones de control fiscal o administración pasiva.

Entre tanto, la labor de vigilancia de la gestión fiscal es permanente y debe ser íntegra sin limitarse al resultado de una gestión administrativa. De ahí la importancia del control de legalidad previo en manos de las oficinas de control interno de cada entidad para desarrollar el autocontrol, sin embargo esta competencia se limita a opinar y emitir recomendaciones durante las actuaciones precontractuales. En concordancia, las decisiones discrecionales deben ajustarse a los fines de la norma y a los hechos que la motivaron. Los actos precontractuales decisorios de la administración deben seguir las reglas del control general de legalidad ya que son actos administrativos y están sujetos al principio de la moralidad pública. Por ello, deben someterse a actividades de prevención permanentes con funcionarios de control interno debidamente capacitados e íntegros, con valores éticos e independientes en sus decisiones.

Debe tenerse en cuenta también, que la auditoría interna puede ser realizada en cualquier momento por las oficinas de control interno orientada a que se cumplan metas y objetivos de la organización y debe complementarse con la auditoría externa realizada por personal ajeno a la administración que emite su opinión personal en un dictamen, hace recomendaciones y seguimientos a la administración para que tome medidas preventivas y se realicen correcciones y planes de mejoramiento. Las oficinas de control interno son parte de la estructura organizacional que de la mano de la administración pueden desarrollar un trabajo ético y eficiente para atender las necesidades del servicio y cumplir con eficacia y eficiencia las políticas de la entidad.

## **CAPITULO V.**

### **DESARROLLO DE LAS FUNCIONES DE CONTROL EN MATERIA PRECONTRACTUAL Y EVENTUALES CONTRADICCIONES Y CONFLICTOS ENTRE ELLAS**

#### **5.1 Función preventiva de la Procuraduría General de la Nación**

La Carta Política de Colombia en el artículo 277 numeral 7 le asigna al Procurador General de la Nación la función de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas cuando se considere necesario en defensa del orden jurídico, patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales materializando la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación. Por su parte; la sentencia C-568 de 1997 de la Corte Constitucional hace referencia que esta función resume en gran medida el papel de control de la función pública y defensa de los intereses de la sociedad constitucionalmente asignado al Ministerio Público. Por ello; su intervención como sujeto procesal ante las autoridades judiciales y la intervención ante autoridades administrativas son imperativas y trascendentes ya que se desarrolla en defensa de los derechos y garantías fundamentales. Todo ello va ligado al principio de colaboración armónica entre las entidades para la realización de los fines de Estado consagrado en el artículo 113 de la Carta Política que señala que además de la independencia y autonomía de los órganos que integran las ramas del poder público existen otros autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado como es el caso de la Procuraduría que actúa como órgano independiente y de control.

El legislador conforme al poder que le confiere la Constitución tiene libertad de regular la función preventiva para evitar que se incurra en la vulneración del ordenamiento jurídico o se genere detrimento patrimonial ya que no existe constitucionalmente un modelo único y rígido en el ámbito preventivo. Esta regulación puede hacerse también de conformidad al artículo 277 numeral 10 de la carta política que hace referencia a las demás funciones que le señale la ley al Procurador.

La resolución 001 de 2013 de la Procuraduría señala:

La actuación preventiva integral en materia de contratación estatal resulta trascendental para velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, proteger los derechos humanos, defender los intereses de la sociedad, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y defender el patrimonio público, así como para impedir la comisión de faltas disciplinarias, funciones que corresponde ejercer a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con los mandatos del artículo 277 de la Constitución Política.

El Decreto 262 de 2000 que consagra la estructura de la Procuraduría General de la Nación en el artículo 24 numeral 3 señala que la Procuraduría ejercerá el control previo o preventivo de la gestión administrativa y el control estatal en materia de contratación siendo selectivo y de gestión orientado a garantizar el cumplimiento de la normatividad en materia contractual para salvaguardar los recursos públicos y evitar la comisión de faltas disciplinarias.

Esta misma norma en los artículos 75 numeral 8 y 76 numeral 6 le da facultad a las Procuradurías regionales, provinciales y distritales la función de ejercer de manera selectiva el control preventivo de la gestión administrativa de la contratación estatal que adelanten las entidades públicas. Por su parte; la resolución 456 de 2010 fija los aspectos relevantes, las políticas y parámetros de la actuación preventiva de la Procuraduría sobre la gestión contractual de las entidades públicas y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran dineros del Estado. Esta interpretación también la hace la Corte Constitucional en Sentencia C-113 de 1999 señalando que el Ministerio Público está habilitado para establecer en los procesos ante las autoridades administrativas o judiciales una vez finalizados si se han presentado actos contrarios al ordenamiento jurídico, con la salvedad de que está habilitado para intervenir de manera urgente y evidente con miras a la defensa de los derechos fundamentales o en inminente riesgo del patrimonio público.

Para revisar el alcance y regulación de las funciones en materia preventiva de la Procuraduría General de la Nación y los aspectos relevantes de la actuación preventiva integral es necesario remitirnos a la resolución 456 de 2010 que señala en su considerando dentro de las funciones de carácter preventivo en materia de contratación las de vigilancia del cumplimiento de la Constitución, las leyes, decisiones judiciales y actos administrativos, la defensa de los intereses de la sociedad, la vigilancia por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, la intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas cuando sea necesario para la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, derechos y garantías fundamentales. Así mismo; esta resolución se remite a la resolución 015 de

2010 explicando el procedimiento de las acciones preventivas y señalando que toda gestión contractual implica las actuaciones o tramites que se desarrollan en la contratación de bienes y servicios y obras por las entidades públicas o particulares que ejercen funciones públicas o que administran recursos del Estado.

La resolución 456 de 2010 de la Procuraduría que hace referencia al procedimiento de la acción preventiva, señala en su inciso 4.1 que recibida la solicitud de acompañamiento o conocidos los hechos el operador preventivo hace una evaluación para revisar la procedencia de la acción preventiva. Para ello, verifica la gravedad de los hechos, la cuantía del proceso de selección o contrato, la naturaleza del contrato y el impacto en la sociedad de los fines perseguidos en la contratación para emitir un informe. Posteriormente, si se decide iniciar una acción preventiva el operador obrara diligentemente en las etapas preclusivas de la gestión contractual.

La resolución 456 de 2010 señala que en el caso de que se requiera un acompañamiento preventivo en el trámite de los procesos de contratación se deberá efectuar desde la etapa de publicación de los estudios previos y proyecto de pliego de condiciones o desde la expedición del acto de apertura con el fin de tener acceso oportuno al proceso y hacer las recomendaciones u observaciones pertinentes y para que la entidad las analice responda las inquietudes o entregue la información oportunamente. En el caso en que se denuncien hechos irregulares o se conozcan por la Procuraduría de forma excepcional y hasta la adjudicación de la convocatoria pública se podrán iniciar las acciones preventivas. Una vez finalizado el cierre de los procesos y en el

informe preventivo inicial se deberá dejar constancia de las motivaciones del acompañamiento posteriormente a la presentación de las ofertas. Atendiendo la perentoriedad y preclusividad de las etapas de la convocatoria pública las observaciones y sugerencias que realice el operador preventivo deben ser frente a los documentos producidos desde el inicio del acompañamiento.

La asistencia a las audiencias de convocatoria pública solo se hace frente al inicio de una acción preventiva integral. En el caso en que se evidencien irregularidades en el trámite o procedimiento de las audiencias frente al debido proceso, se podrá acompañar de manera urgente sin acción preventiva. La resolución 456 de 2010 señala que previendo que debe haber un criterio para adelantar casos relevantes, el operador preventivo debe sujetarse a la cuantía de la contratación priorizando las contrataciones superiores a 3000 SMLV, el impacto de la contratación, la reiteración de falencias y riesgos o de conformidad a regulaciones internas definidas en el manual de contratación.

Tal como lo señala el artículo 7 numeral 37 de la ley 262 de 2000, la solicitud de revocatoria directa de los actos administrativos precontractuales o contractuales podrá ser sugerida exclusivamente por el Procurador General de la Nación o podrá ser sugerida por la dependencia al Procurador para que este al revisar el informe la apruebe en caso de ser necesario.

La resolución 456 de 2010 también señala que podrá sugerirse la revocatoria directa del acto administrativo de apertura de una convocatoria cuando no contenga la descripción del

objeto a contratar y/o en la identificación del contrato a celebrar o cuando no tenga la justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable. Para los demás actos administrativos precontractuales o contractuales cuando el acto administrativo sea opuesto a la constitución o la ley o atente contra el interés público o social o cuando cause agravio injustificado a una persona y solo se podrá sugerir la revocatoria directa de un acto administrativo precontractual para el acto expedido antes de la recepción de ofertas hasta la fecha de recepción de las mismas y para el acto emitido posteriormente al cierre de la convocatoria hasta su adjudicación o declaratoria de desierta.

En los procesos de selección conforme a lo señalado en la resolución 456 de 2010, podrá la Procuraduría recordar al responsable que puede suspender el proceso por un término no menor a 15 días hábiles mediante auto motivado cuando las circunstancias requieran un análisis de circunstancias de interés público o general que puedan afectar el buen curso y culminación del proceso. Acción que también consagra el artículo 5 del decreto 2474 de 2008.

Con el fin de llevar registro de las actuaciones en materia precontractual, la procuraduría mediante resolución 456 de 2010 en su inciso 5.2, señala que los informes de la actuación preventiva integral en materia de contratación estatal se registran en el sistema de información misional SIM y si del trámite de la actuación preventiva se deducen hechos disciplinarios, penales o fiscales, el operador preventivo le dará traslado a los competentes con copia de los informes y se podría iniciar paralelamente un proceso disciplinario continuando con la acción preventiva para optimizar la gestión de la entidad vigilada. Sin embargo, es preciso señalar que

esta resolución en el artículo 7 señala que la acción preventiva integral en materia de contratación estatal es independiente a la acción disciplinaria y que pueden desarrollarse paralelamente. Esta misma afirmación se hace en el memorando 001 de 2013 cuando señala que La actuación preventiva integral en materia de contratación estatal no puede constituir prejuzgamiento en las funciones disciplinarias asignadas a esta entidad. Las observaciones en desarrollo de esta, deben estar argumentadas legal, jurisprudencial o doctrinalmente sin valoraciones subjetivas ni incriminaciones frente a los sujetos investigados.

Otro mecanismo preventivo que debemos mencionar es la acción preventiva integral en materia de contratación estatal en atención a una necesidad identificada. Las dependencias competentes de la procuraduría pueden desarrollar proyectos claros y concretos con objetivos realizables y medibles que se alineen al plan estratégico institucional e incluyan acciones dirigidas al administrador de los dineros públicos para mejorar la gestión de la entidad, prevenir el delito o amortizar el crecimiento de conductas disciplinarias reiteradas para proteger el orden jurídico y el patrimonio económico.

De todos modos y de conformidad con lo señalado en el Memorando 001de 2013 la actuación preventiva de la Procuraduría frente a la gestión contractual del Estado es selectiva y excepcional en relación con las actuaciones administrativas sin finalizar y se restringe a la advertencia de las responsabilidades y exigencias constitucionales legales o reglamentarias sin desconocer la discrecionalidad y responsabilidad de los servidores públicos. Este memorando

señala que en la función preventiva hay un control el de gestión y un control preventivo y así mismo lo afirma el artículo 24 del Decreto 262 de 2000.

En lo que tiene que ver con el control de gestión se exige a la entidad vigilada el cumplimiento normativo sucedido un hecho que ponga en peligro la gestión pública como en las actuaciones contractuales para garantizar el cumplimiento del contratista y salvaguardar el interés general y el control preventivo se desarrolla para evitar la ocurrencia de un hecho que pueda vulnerar derechos, desconocer el ordenamiento jurídico o menoscabar el patrimonio público. Para este fin se desarrollan los acompañamientos preventivos al trámite de convocatorias públicas.

Se menciona en el memorando 001 de 2013 que el artículo 63 de la ley 80 de 1993 da la potestad de realizar vigilancias preventivas a la gestión contractual de las entidades públicas mediante visitas administrativas y se agrega que estas pueden realizarse con base a la información del SECOP Sistema Electrónico para la Contratación Pública y respecto de las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se prevee la vigilancia a través de las páginas web derivadas de la estrategia de Gobierno en línea entre otras normatividades.

Mediante la resolución 132 de 2014 se establecieron los principios que rigen la función preventiva de la Procuraduría que deben ser desarrollados y coordinados por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública y señala que la función preventiva

busca anticiparse y prevenir la ocurrencia de hechos que afecten los derechos de las personas, desarrollar la detección y advertencia temprana para prevenir riesgos en la gestión pública, promover el respeto de las garantías de los derechos constitucionales y se desarrolla con fines preventivos y de control de gestión. Dentro de los principios de la gestión preventiva se establece que además de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209, los del CPACA y los demás que rigen la función administrativa hacen parte de estos principios:

- El principio de flexibilidad donde los orientadores preventivos pueden elegir a su juicio y discrecionalidad los medios de actuación preventiva y los instrumentos jurídicos que se adopten en la Procuraduría General de la Nación que deben ir de la mano con los principios de economía, celeridad, eficacia, responsabilidad, imparcialidad y del debido proceso dando prevalencia a lo sustancial sobre lo formal mediante medidas razonables y justificadas.
- El principio de racionalidad donde se verifica la proporcionalidad de las medidas a adoptar previendo el exceso y la extralimitación de las funciones
- El principio de autonomía que se desarrolla con independencia de las demás funciones misionales de la PGN
- El principio de oportunidad que conlleva a la anticipación de los hechos que puedan implicar vulneración de los derechos para iniciar el proceso preventivo con celeridad
- El principio de priorización donde se tiene en cuenta la consideración de las políticas generales y específicas que señale el Procurador, el plan estratégico, el plan preventivo, la magnitud de riesgos detectados y su potencialidad en la vulneración de derechos.

- El principio de coordinación que puede realizarse coordinadamente entre las dependencias de la Procuraduría y demás entidades del Ministerio Público para mayor eficiencia y cobertura en la gestión.
- El principio de integralidad que involucra elementos normativos, organizacionales, procedimentales, operativos y de apoyo del Sistema Integral de prevención.

Es de gran importancia para el marco preventivo los lineamientos a los que debe ceñirse la función preventiva que están descritos en esta resolución 132 de 2014 prácticamente son la estructura de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación entre ellos tenemos:

- La Focalización de la Garantía de los Derechos en la Defensa y Protección con el fin de contribuir al bienestar de las personas. Objetivo central de las políticas públicas.
- La Sólida Capacidad Anticipatoria con el fin de accionar y fortalecer la capacidad para identificar y valorar los riesgos en la gestión pública frente a la potencial vulneración de derechos. Por ello se trata de consolidar instrumentos de gestión de riesgos que permitan a los organismos aumentar sus capacidades para promover y garantizar el goce de los derechos de las personas y aumentar la capacidad para mitigar los impactos de riesgo.
- Énfasis en la Vigilancia y Control del Cumplimiento de Políticas Públicas previendo que la garantía de los derechos se cumple mediante la ejecución de las políticas públicas y se centra en dos aspectos uno de ellos es; La Vigilancia Permanente sobre las Diferentes Etapas del Ciclo de Políticas Públicas verificando como se plantean, ejecutan y evalúan y el segundo mediante el Control de Gestión de las Políticas Públicas donde se realiza selectivamente el

análisis de resultados y se identifican los riesgos para el cumplimiento de los objetivos. Allí debe identificarse los factores de mejoramiento continuo de la administración pública en términos de pertinencia, economía, eficiencia y eficacia de las políticas públicas para garantizar los derechos.

- Generación de Valor en el Sector Público con el fin de apoyar a la administración pública mediante actuaciones, promoción de buenas prácticas y aplicación de mecanismos e instrumentos que permitan mejorar los resultados de la gestión pública haciendo de la prevención un modelo para la gestión administrativa para garantizar los derechos de los ciudadanos, satisfacer sus demandas y prestarles servicios de calidad. Para ello; impulsará a las entidades a alcanzar sus metas, anticipar y prevenir la materialización de los riesgos.
- Gestión y Análisis de la Información es el principal insumo de la función preventiva de la Procuraduría y el principal producto de la prevención. De ella; depende que la entidad consolide su capacidad para identificar y valorar riesgos y puede desencadenar acciones de mejoramiento. Para ello; se requiere información oportuna y de calidad que facilite la función preventiva y el aprovechamiento de instrumentos de información de la Procuraduría.

Respecto a la gestión y análisis de la información y para reforzar su obligatoriedad la Procuraduría expidió la resolución 023 de 2015 para que la Procuraduría General, la Defensoría del Pueblo y Personerías cumplan con las funciones establecidas en el marco de la Ley 1712 de 2014 que en su artículo 23 señala como funciones del Ministerio Público que se establezca una metodología para que se cumplan las acciones preventivas para promover la transparencia de la función pública, el acceso y la publicidad de la información de las entidades del Estado

Así mismo; La Procuraduría mediante la resolución 132 de 2014 señala que la entidad desarrolla actuaciones administrativas mediante diferentes escenarios como el de anticipación, el de mitigación, restitución y el de orientación. Estos mecanismos son desarrollados en la resolución 055 de 2015 que crea los diferentes tipos de actuación en el modelo de gestión de la función preventiva fortaleciendo y materializando el modelo de gestión de la función preventiva.

Esta resolución 055 de 2015 mediante el escenario de Anticipación crea dos tipos de actuación buscan mediante acciones preventivas anticiparse a los hechos que vulneren los derechos de las personas o amenacen el ejercicio de la función pública:

- El tipo de actuación- Caso Preventivo que se centra en un aspecto particular de la gestión pública para verificar el cumplimiento legal y los principios que rigen la función administrativa.
- El tipo de actuación - Proyecto Preventivo se centra en proyectos generalizados de la gestión pública para contribuir al mejoramiento de la gestión pública y/o política pública

Mediante el escenario de Mitigación y/o Restitución la procuraduría crea dos tipos de actuaciones basándose en la ocurrencia de hechos que ya implicaron vulneración o desconocimiento de un derecho para prevenir su propagación, los efectos adversos a los afectados, impedir su reiteración, mitigar los efectos del mismo y/o restituir el derecho violado.

- Tipo de Actuación - Asunto Abreviado desarrolla actividades preventivas primarias para obtener resultados inmediatos o en corto plazo

- Tipo de Actuación – Asunto Ordinario desarrolla actividades preventivas de mayor complejidad para obtener resultados a corto y mediano plazo

Mediante el escenario de Orientación se crea el Tipo de Actuación de Atención al Público para resolverles las inquietudes al que acude personalmente o por otros medios a la Procuraduría en busca de orientación frente al ejercicio y goce efectivo de los derechos y funciones de las entidades públicas o particulares que ejercen funciones públicas.

La coordinación de esta función de vigilancia preventiva integral es asignada por delegación del Procurador General de la Nación mediante la resolución 213 de 2010 a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública que en su artículo 4 señala como funciones:

- Coordinar la elaboración, ejecución y seguimiento del Plan Estratégico Preventivo.
- Coordinar la elaboración, implementación y mejoramiento continuo del proceso preventivo.
- Coordinar la elaboración, implementación y mejoramiento continuo de los mecanismos de adecuación logística y tecnológica del procedimiento adoptado.
- Coordinar la elaboración, implementación del sistema de calificación y medición de la función pública.
- Coordinar la definición de las directrices generales para la capacitación en los temas de cultura de prevención y fortalecimiento del SIP.

- Requerir y recepcionar informes de los procuradores delegados preventivos y territoriales para efectos de elaborar y presentar informes de gestión preventiva integral, cuando el Procurador General de la Nación o instancias externas lo exijan.
- Las demás funciones que le asigne o delegue el Procurador General.

Para llevar a cabo estas funciones; la Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública cuenta con un grupo de apoyo que es la Instancia Coordinadora de la Función Preventiva cuyas funciones se sintetizan en elaborar y hacer seguimiento al plan estratégico preventivo, velar por la implementación y el mejoramiento continuo del proceso, de la adecuación logística y tecnológica del proceso, de la calificación y medición de la función preventiva integral y elaborar y desarrollar informes sobre la gestión preventiva de la entidad entre otras.

La resolución 213 de 2010 de la Procuraduría General de la Nación que modificó la resolución 490 de 2008 también estableció que las Oficinas de Planeación, Sistemas y Control Interno en coordinación con las Directivas de la entidad, deben adecuar el procedimiento integral de prevención a las nuevas tecnologías y macro-estrategias diseñadas para el mejoramiento de las funciones misionales, señalando que se deberán establecer instructivos, modelos y formatos, manteniendo la creación del SIP Sistema Integral de Prevención y vigentes los principios y criterios para el ejercicio de la función preventiva.

Todo ello nos muestra que la función preventiva cumple con las herramientas necesarias para llevar a cabo una gestión coordinada y efectiva del sistema preventivo que debe ser adelantada por la Procuraduría.

Atendiendo el mandato de la ley 734 de 2002, es preciso señalar que su artículo 160 hace referencia a las medidas preventivas que pueden adelantarse cuando se permita inferir de una conducta la vulneración del orden jurídico o la defraudación del patrimonio público:

Cuando la Procuraduría General de la Nación o la personería adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos o contratos o su ejecución para que cesen los efectos y eviten los perjuicios cuando se evidencian circunstancias que permiten inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará el patrimonio público. Esta medida solo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien este delegue de manera especial, y el Personero. (Ley 734 de 2002)

Así como lo señala taxativamente la Sentencia C- 977 de 2002: ‘Esta medida provisional que impone el Procurador o personero dentro de una investigación disciplinaria solo tiene la virtualidad de poner en acción a la administración pública para que examine la necesidad de suspender un determinado procedimiento administrativo, acto o contrato para evitar la vulneración del ordenamiento jurídico o el detrimento del patrimonio público’.

Este artículo 160 de la Ley 734 de 2002 tal como lo señala la sentencia C-977 de 2002 concede al Procurador y al Personero la facultad de adoptar las medidas preventivas cuando las circunstancias le permitan inferir la vulneración del ordenamiento jurídico o la defraudación al patrimonio público previendo que si el servidor no atiende la solicitud entonces implica que asume los riesgos jurídicos o las responsabilidades que de esta conducta se puedan derivar ya

sean penales, disciplinarias, fiscales o políticas. Sin embargo de conformidad a la sentencia C-977 de 2002, la medida preventiva no tiene efectos vinculantes ni crea un juicio anticipado sobre la conducta y no puede ser invocada como un indicio en su contra por lo tanto no genera prejudicialidad disciplinaria. No es una orden pero obliga al destinatario de la medida a adoptar una decisión que haga cesar los efectos y evite el perjuicio. En caso de hacer caso omiso a la solicitud de la Procuraduría o Personería el destinatario de la medida debe argumentar las razones por las que no procede la suspensión. De todas formas la medida provisional que adopte el Procurador o Personero dentro de la investigación disciplinaria acciona la administración pública para que examine la necesidad de suspender un determinado procedimiento administrativo, acto o contrato para prevenir la vulneración del ordenamiento jurídico o el detrimento al patrimonio público.

Es pertinente afirmar que como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-977 de 2002 no existe prejudicialidad ya que la decisión que tome la administración es independiente. Sin embargo; de conformidad con la norma la solicitud debe hacerse en el avance de unas diligencias disciplinarias y a pesar de que es simplemente una solicitud sin carácter obligatorio la decisión que tome destinatario de la medida de manera arbitraria o irresponsable al respecto genera consecuencias futuras ya sea penales, disciplinarias, administrativas o políticas entre otras.

Si bien, el artículo 160 de la ley 734 de 2002 solo da la potestad de accionar la solicitud de la suspensión del acto administrativo ante la ocurrencia de un proceso disciplinario, cabe anotar,

que la Corte Constitucional en la interpretación de esta norma da la viabilidad de que se solicite esta medida en el accionar de diligencias preventivas siendo facultativo para el administrador de dineros públicos.

Como conclusión tenemos que las herramientas de intervención previa que la Carta Constitucional le concede al Procurador General de la Nación son amplias, se encuentran en el artículo 277 superior que en el numeral 1 lo faculta para vigilar la Constitución, las leyes, decisiones judiciales y actos administrativos, así mismo, el numeral 5 del artículo mencionado, le asigna la vigilancia del ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas al procurador, el numeral 6 le permite ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quien desempeñe funciones públicas, de los de elección popular, el desarrollo del poder preferente disciplinario y la imposición de sanciones, el numeral 7 le concede la facultad de intervenir en los procesos y ante autoridades judiciales y administrativas en defensa del orden jurídico, patrimonio público, derechos y garantías fundamentales cuando sea necesario y el inciso 9 le concede la facultad para exigir a los funcionarios públicos y particulares la información que considere necesaria, sin dejar atrás el mandato contenido en el artículo 160 del Código Disciplinario Único en cuanto a las medidas preventivas. En la práctica; es preciso señalar que se inician procesos preventivos en la Procuraduría para revisar los procesos administrativos cuando sea necesario o para que la administración corrija sus errores pero generalmente y de conformidad a la realidad actual se activa el proceso preventivo en virtud de una queja o cuando la procuraduría lo considere pertinente teniendo en cuenta que es selectivo.

De todas formas; así como lo señala Fajardo (2007), el alcance y el sentido de la facultad de intervención asignada en la Constitución Política al Procurador General de la Nación está determinada por los delineamientos de la Constitución seguidos de los que al respecto imponga el legislador constitucionalmente y por los reglamentos que se dicten para asegurar la ejecución de las Leyes. De todas formas; es necesario que se establezca de manera clara por el legislador la independencia entre los procesos preventivos y disciplinarios ya que tienden a confundirse en la práctica y los resultados de las intervenciones previas plasmadas en un proceso preventivo generalmente están presentes como consideraciones para adelantar el procesos disciplinarios no sin antes mencionar que es un hecho notorio que es complejo desligar el proceso preventivo del proceso disciplinario ya que no deja de tenerse en cuenta los antecedentes del manejo de los recursos del funcionario público para adelantar investigaciones o los procesos disciplinarios.

En todo caso; es preciso concientizar y sensibilizar permanentemente al funcionario público y privado que desempeñe funciones públicas de la necesidad de proteger el patrimonio público promoviendo la ética pública en la contratación Estatal como medida preventiva de la Procuraduría General de la Nación que es otra herramienta de esta entidad para lograr mayores garantías a los ciudadanos en el uso y disfrute de los bienes públicos ya que es un patrimonio de todos y una responsabilidad social, función que queda en cabeza de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, a pesar de todas las herramientas existentes en la prevención que desarrolla la Procuraduría consideramos que la más importante es concientizar al funcionario público de la necesidad de proteger el patrimonio público y la importancia que este representa para el cumplimiento de los fines del Estado.

Por lo pronto se requiere que el ministerio público en cabeza de la Procuraduría despliegue esta cantidad de herramientas preventivas a su disposición para prevenir hechos al margen de la ley y proteger los derechos de los ciudadanos.

## 5.2 Función preventiva de las Personerías

La Carta Política en el artículo 118 y la Ley 136 de 1994 en su artículo 169 señalan que las Personerías hacen parte del Ministerio Público y su función es la guarda y promoción de los derechos humanos, protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

La Ley 136 de 1994 que dicta normas para modernizar la organización y funcionamiento de los Municipios en su artículo 178 le asigna al Personero las funciones del Ministerio Público bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación y las demás que determinen la Constitución, la Ley y los Acuerdos. Las funciones de carácter preventivo que podrían aplicarse en materia precontractual asignadas al Personero están consagradas en el artículo 178 de la ley 136 de 1994 inciso 1 que le confiere la función de vigilancia al cumplimiento de la Constitución, leyes, ordenanzas, decisiones judiciales y de los actos administrativos promoviendo las acciones que correspondan en especial las establecidas en el artículo 87 de la Constitución Nacional.

La Ley 136 de 1994 en su artículo 178 le asigna a la personería la defensa de los intereses de la sociedad, le confiere vigilancia del ejercicio eficiente y diligente de las funciones

administrativas municipales, faculta al personero para intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos ante las autoridades judiciales y administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público de los derechos y garantías fundamentales, lo faculta para exigir a los funcionarios públicos municipales la información necesaria y oportuna para el cumplimiento de sus funciones, le confiere la facultad de interponer acciones judiciales y administrativas pertinentes para la defensa del patrimonio público, le concede la facultad de velar por la participación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas y de utilidad común no gubernamental para la vigilancia de la gestión pública municipal, le asigna al Personero la promoción, creación y funcionamiento de las veedurías ciudadanas y comunitarias y le señala todas aquellas que le sean delegadas por la Procuraduría y el Defensor del Pueblo. Todas estas funciones permiten establecer el control previo que puede adelantar la Personería en el ejercicio de sus funciones, independientemente de las funciones disciplinarias frente a la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos municipales excluyéndosele la competencia para conocer de los casos en que se investigue al Alcalde, el Contralor y los Concejales pero que pueden ser delegados a los Personeros por la Procuraduría.

Si bien los personeros no se consideran agentes del Ministerio Público por no pertenecer a la Procuraduría General están facultados para ejercer las funciones del Ministerio Público pero bajo la suprema vigilancia y dirección del Procurador General, por lo que en la sentencia C- 223 de 1995 se señala que las funciones de los personeros se desarrollan dentro del sistema de

articulación funcional y técnica con la autoridad y control de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.

La Ley 617 de 2000 que fortalece la descentralización y racionaliza el gasto público que reforma parcialmente la Ley 136 de 1994 y el decreto 1421 de 1993 entre otros, en el artículo 24 indica las atribuciones del personero como veedor del tesoro y señala que en los municipios el personero hará las veces de veedor del tesoro y velará por el cumplimiento de los objetivos del control interno, el cumplimiento de los principios rectores de la contratación administrativa, exigirá informes de su gestión a los servidores públicos municipales y a cualquier persona pública o privada que administre fondos o bienes de municipio, conformará las comisiones de veeduría ciudadana que velen por el uso adecuado de los dineros públicos en la respectiva jurisdicción, realizará visitas, inspecciones o actuaciones oportunas en las dependencias de la administración municipal para el cabal cumplimiento de las atribuciones en materia del tesoro público y evaluará permanentemente la ejecución de obras que se adelanten en el municipio, entre otras funciones.

El Decreto 1421 de 1993 por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá previendo que el Distrito Capital goza de autonomía para la gestión de sus intereses atendiendo el mandato contenido en el artículo 322 de la Constitución Política, señala en el título VI, atinente a la Personería Distrital que el Personero Distrital es agente del Ministerio Público, veedor ciudadano y defensor de los derechos humanos y como veedor ciudadano de conformidad a lo señalado en el artículo 100 del Decreto mencionado podríamos

establecer como funciones preventivas que vela por el cumplimiento de la Constitución y las Leyes, Acuerdos y Sentencias Judiciales, procura por la efectividad de los derechos e intereses de los asociados, pone en conocimiento de las autoridades competentes los hechos irregulares y adelanta las investigaciones disciplinarias de los funcionarios del distrito entre otras funciones. Como atribuciones especiales señaladas en el artículo 102 de la misma Ley puede exigir a los servidores distritales la información que requiera para el ejercicio de sus funciones entre otras y las demás que le asigne la ley y acuerdos distritales. Sin embargo El Decreto 1420 de 1993 en su artículo 104 que hace referencia a la autonomía y control posterior de la Personería Distrital es muy claro en establecer que: “La personería no podrá cumplir atribuciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización. Sus funciones de control las ejercerá con posterioridad a la expedición o celebración del acto o contrato. Antes de la expedición o perfeccionamiento de los actos o contratos de la administración no los revisará ni intervendrá para efectos de conceptuar sobre su validez o conveniencia”.

Es preciso señalar que este artículo rompe en su totalidad con la función preventiva o el control previo que pudiera desarrollar la Personería Distrital y las demás personerías en materia precontractual por lo que sus funciones en materia precontractual aparte de exigir los documentos y la información necesaria sobre el cumplimiento de las funciones de los funcionarios públicos por lo que está limitada y están precedidas por la delegación que les asigne el Procurador y a la articulación funcional y técnica con la autoridad de control.

### **5.3 La Acción de Tutela Como Mecanismo de Control Contra Acto Administrativo Precontractual**

Si bien es cierto que la tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Carta Constitucional como medio de protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando se encuentren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares; es de carácter subsidiario y residual. Solo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales que se invoquen. Sin embargo, aun existiendo los medios de defensa judiciales idóneos, podría intervenir el juez de tutela para evitar un perjuicio irremediable. Cuando se trate de actos administrativos precontractuales, la Corte ha manifestado que la acción de tutela es procedente en dos circunstancias: la primera es que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto, por expresa prohibición del artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 1991; y la segunda que el demandante pruebe la existencia de un perjuicio irremediable. (C.C. Sentencia T-145 de 2012)

El artículo 8 del decreto 2591 de 1991 señala de la tutela: “Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

La Corte Constitucional ha sostenido en esta sentencia T-145 de 2012 que para que proceda la tutela, además del perjuicio económico debe generarse otro tipo de impacto como en el caso en que se vean afectados derechos fundamentales. Y para probar la irremediabilidad del perjuicio señala que deben concurrir varios elementos que son:

- La inminencia del daño en que se trate de determinar la posibilidad de sufrir un daño irreparable y grave injustificado.
- La gravedad que debe determinar que el daño moral o material que pueda presentarse en la persona sea de gran intensidad.
- La urgencia que exige la adopción de medidas prontas e inmediatas para evitar la amenaza
- La impostergabilidad de la tutela donde debe acreditarse la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo ágil y necesario para proteger los derechos fundamentales. Además del perjuicio irremediable, para que proceda la tutela como mecanismo transitorio, el accionante debe explicar en qué consiste el perjuicio, las condiciones que lo enfrenta al mismo y aportar elementos de juicio mínimos para explicarlo; es decir debe probarse.

Como se observa, la tutela funciona como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable y es de carácter subsidiario y residual previéndose que para que prospere la acción de amparo es necesario llenar una serie de requisitos anteriormente mencionados lo que la hace de carácter excepcional. Sin embargo previéndose que existen otros mecanismos de defensa judicial que ya están estipulados para los actos administrativos precontractuales en el nuevo CPACA en el artículo 141 sería improcedente la tutela en estos casos ya que mediante la interposición de estos recursos administrativos como el de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho se

pueden solicitar medidas cautelares sin embargo debe revisarse los casos particulares que pueden ser sometidos a condiciones especiales para invocar el derecho de amparo.

## **5.4 El Control de los Actos Administrativos Precontractuales mediante Acciones Administrativas**

### **5.4.1 Acción de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho.**

La acción de nulidad está consagrada en el artículo 137 del nuevo CPACA que señala que toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante que se declare la nulidad de actos administrativos de carácter general cuando hayan sido expedidos con infracción a las normas en que debía fundarse o sin competencia o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

En cuanto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho está consagrada en el artículo 138 del nuevo CPACA que señala que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. También aplica para los actos administrativos de carácter general y puede pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por el particular demandante o la reparación del daño causado al particular siempre y cuando la demanda se

presente dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación del acto si hay un acto intermedio de ejecución o cumplimiento del acto general, el termino se contara a partir de la notificación de aquel.

En decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. María Elena Giraldo Gómez, de fecha 26 de abril de 2006, Radicado Número 73001-23-31-000-1997-04707-02 (15188) se señala que la Sección Tercera en sentencia de 18/04/96 en aplicación de la jurisprudencia sobre “teoría de fines y móviles de 1961” estimó que los actos precontractuales son separables del contrato por ser previos a su celebración y pueden existir sin que el contrato llegue a celebrarse. Son demandables bajo las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho por cualquiera y/o por la persona afectada.

Así mismo, lo reitera el Consejo de Estado, sección tercera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 10 de diciembre de 2014, exp.25000-23-26-000-2000-01305-01(27203), M.S. Dra. De la hoz (citado por Faceta Jurídica Leyer No. 68 (2015, Marzo -Abril) Contratación Estatal. “Los actos precontractuales son demandables mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (.....). De llegar a celebrarse el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse con fundamento de nulidad absoluta del contrato”. (p. 21)

De manera similar, el actual CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 141 relativo a controversias contractuales se refiere a

la situación frente a los actos administrativos precontractuales, hecho que anteriormente no estaba establecido y señala que:

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión a la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este código, según el caso. Por su parte el Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Primera de Oralidad M.P. Álvaro Cruz Riaño en fecha julio 13 de 2015 en acción de nulidad y restablecimiento del derecho también hace alusión al artículo 141 del CPACA sobre la procedencia de demandar los actos administrativos precontractuales mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho y agrega:

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho (...). La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. (...) los actos separables y previos al contrato, como es el de la adjudicación, si bien pueden ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, su impugnación y control quedó también ahora cobijada por la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para cuando se ha celebrado el contrato”.

Es preciso señalar que el mecanismo ideal y legal para demandar los actos administrativos precontractuales son las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho con los términos preestablecidos en el nuevo CPACA.

La sentencia T-145 de 2012 frente a la procedibilidad de atacar los actos administrativos precontractuales, hace alusión al “Decreto 01 de 1984 que precisaba en su artículo 87 que: “los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso”, no obstante, condicionaba el ejercicio de tales medios a que el contrato no se hubiera celebrado, en cuyo caso, la ilegalidad de los actos previos sólo podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”.

A manera de especificación es importante considerar que el artículo 137 del actual CPACA se refiere a la solicitud de nulidad de los actos administrativos de carácter general que lo puede solicitar cualquier persona en cualquier tiempo cuando el acto administrativo incumpla las normas en que deba fundarse, cuando se expida sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones de quien lo expidió y adiciona que excepcionalmente podrá pedirse nulidad de actos administrativos de contenido particular cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produzca no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero, cuando los efectos nocivos del

acto administrativo afecten gravemente el orden público, político, económico, social o ecológico y cuando la ley lo consagre expresamente.

Lo mismo acontece con el artículo 138 del CPACA que hace referencia a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y se puede interponer por toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparada en una norma jurídica para que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, se le restablezca el derecho y se le repare el daño. Esta acción se puede interponer sólo hasta cuatro meses después de la publicación del acto o notificación. El contrato es nulo cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se funde de conformidad al artículo 44 de la ley 80 de 1993.

La sentencia T-145 de 2012 de la Corte Constitucional señala que para controvertir la validez e idoneidad de los administrativos precontractuales están las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, la acción contractual y la acción popular. Sin embargo, consideramos que la acción contractual no estaría prevista sino frente a la ilegalidad de los actos previos para la declaratoria de la ilegalidad del contrato y frente a las acciones de grupo no ataca los actos precontractuales sino para demostrar el perjuicio. Frente a las medidas cautelares esta sentencia señala que en estas acciones administrativas se puede solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que se considere que vulneran las normas superiores lo cual es resuelto de inmediato en el auto admisorio de la demanda de conformidad al contenido del artículo 154 del código contencioso administrativo.

Respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, en sentencia C-127 DE 1998 se estableció que” esta es la manera más expedita para impedir que los efectos de una decisión administrativa, violatoria de normas superiores, continúe produciendo consecuencias, que solo cesarían cuando se produjera la sentencia definitiva. Asunto que puede tardar muchos meses incluso años.”

#### **5.4.2 Acción de Controversias Contractuales.**

Mediante la acción de controversias contractuales que está consagrada en el artículo 141 de la ley 1437 de 2011 se indica que cualquiera de las partes de un contrato del estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas además se puede solicitar la liquidación judicial del contrato cuando no se haya logrado de mutuo acuerdo y se agrega.” Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”. Ello indica que se puede impugnar por este medio la legalidad de los actos proferidos antes de la celebración del contrato para lograr la nulidad del contrato.

El artículo 164 del nuevo CPACA en su inciso C señala que “cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación,

notificación, ejecución o publicación, según el caso”. Lo que permite establecer que el termino para demandar los actos precontractuales es de 4 meses.

De todos modos la acción de controversias contractuales para los actos administrativos precontractuales choca con la acción de nulidad toda vez que ambas perseguirían el mismo fin y las dos tiene el mismo término para demandar con la salvedad de que la ley establece de manera específica las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para demandar los actos precontractuales. La acción contractual es aplicable para el evento en que el contrato subsista así como lo indican los precedentes jurisprudenciales que “coinciden al señalar de manera irrefragable que una vez celebrado el contrato la ilegalidad de los actos previos sólo puede cuestionarse mediante la acción contractual pretendiendo no sólo la nulidad del contrato sino también la nulidad de los actos Administrativos cuestionados y en cuya ilicitud se fundamenta la invalidez del contrato”

Como se indica; la acción contenciosa contractual es aplicable para el caso en que subsista el contrato no para la nulidad de los actos administrativos previos.

### **5.5 Participación de las Veedurías Ciudadanas en la Etapa Precontractual**

La Constitución de 1991 estableció un cambio de orientación de la concepción de una democracia representativa a la de una participativa, su preámbulo hace alusión al principio democrático y participativo que convocó a la Asamblea Nacional Constituyente ya que el Estado

carecía de mecanismos ciudadanos para el seguimiento, evaluación de la gestión y participación en la toma de decisiones colectivas.

Dentro de los principios fundamentales en que se basa la Carta Política de 1991 se encuentra que Colombia es un Estado Social de derecho con autonomía en sus entidades territoriales conformada como república democrática, participativa y pluralista. Sumado a esto, el artículo segundo superior señala los fines esenciales del Estado y menciona entre ellos la garantía de la efectividad de los principios y deberes consagrados en la Constitución y el derecho a la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. De la misma manera, en su artículo 40 la Carta Magna señala que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (Gómez, 2014). Y para hacer efectivo este derecho puede tener iniciativa en las corporaciones públicas e interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la Ley.

También en el Artículo 103 Superior señala que entre las formas de participación democrática el Estado contribuirá en la organización de asociaciones autónomas profesionales, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común, no gubernamentales para que se constituyan como mecanismos democráticos y de representación en las instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública. Es así como el artículo 270 superior señala que “la ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”. Con base en ello, se creó la ley 850 de 2003 por medio de la cual se reglamentan

las veedurías ciudadanas y en su artículo 1 define las veedurías ciudadanas de la siguiente manera:

Se entiende por Veeduría Ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.

Dicha vigilancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Constitución Política y el artículo 100 de la Ley 134 de 1994, se ejercerá en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o parcial, se empleen los recursos públicos, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley.

Los representantes legales de las entidades públicas o privadas encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público deberán por iniciativa propia, u obligatoriamente a solicitud de un ciudadano o de una organización civil informar a los ciudadanos y a las organizaciones civiles a través de un medio de amplia difusión en el respectivo nivel territorial, para que ejerza la vigilancia correspondiente.

Así mismo, el artículo 4 de la ley 850 de 2003 faculta a las veedurías ciudadanas para hacer vigilancia preventiva y posterior de la gestión administrativa en la contratación pública y la

correcta aplicación de los recursos públicos, la forma como éstos se asignen conforme a las disposiciones legales, los planes, programas y proyectos debidamente aprobados con sujeción al servicio de los intereses generales con la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad; además están facultadas para vigilar la diligencia de las autoridades en la efectividad de garantizar los objetivos de Estado, hacer recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que ejecuten el proyecto o contrato y ante los organismos de control del Estado para mejorar la eficiencia institucional y la actuación de los funcionarios públicos.

Las veedurías ciudadanas pueden intervenir en audiencias públicas en los casos contemplados en la ley, denunciar actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos y particulares que ejerzan funciones públicas, delitos, contravenciones, irregularidades en materia de contratación estatal y de funciones administrativas, además de ser facultativas para solicitar a la Contraloría General de la República control posterior excepcional sobre las cuentas de cualquier entidad territorial de que trata el artículo 26 de la ley 42 de 1993. (ley 850 de 2003, Art. 16)

La resolución orgánica de la Contraloría General # 0504900 vinculó a la ciudadanía al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República dando el aval a la participación ciudadana en las auditorías. Este hecho da gran importancia al control social toda vez que las entidades de control como la Contraloría General ven al ciudadano como actor importante en la vigilancia de los recursos públicos.

Señala Ramírez, (2008) que los ciudadanos que deseen ejercer control desde el punto de vista fiscal deben:

1. Verificar capacidad y competencia del que expide el acto administrativo, abre la licitación el concurso de méritos o de quien ordenó la contratación directa.
2. Verificar la autorización legal para contratar y la delegación si existe, los estudios de conveniencia, de viabilidad del contrato de acuerdo con la inversión teniendo en cuenta el presupuesto y ley de apropiaciones.
3. Constatar los recursos destinados a la contratación y cuantías, verificar solicitud de ofertas, constatar la existencia de disponibilidad presupuestal a menos que se comprometa vigencias futuras.
4. Verificar que el acto administrativo que ordena la apertura, licitación o concurso sea debidamente motivado y que las invitaciones a presentar ofertas hayan sido suscritas por funcionario competente.
5. Determinar que los pliegos de condiciones o términos se hayan elaborados de conformidad a las reglas previstas en el numeral 24 de la ley 80 de 1993, las adendas a presentarse y las audiencias de aclaración.
6. Verificar la publicación de los tres avisos exigidos por el numeral 3 de la ley 80 de 1993 y que contengan la información sobre el objeto y las características de la licitación
7. Cuando la adjudicación se haga en audiencia se verificará que las deliberaciones y decisiones adoptadas sean consignadas en el acta y correspondan a las condiciones señaladas en el pliego y/o términos de referencia.

8. Determinar la existencia del registro presupuestal para evitar la desviación de recursos a otro fin y constatar el valor total de la propuesta, verificar que las propuestas tengan garantía de seriedad de la oferta que ampare el cumplimiento de las obligaciones.
9. Verificar que los proponentes participantes de la licitación o concurso no hayan concurrido en causales inhabilidad o incompatibilidad previstas por ley, comprobar que los proponentes estén debidamente inscritos y calificados en el registro de proponentes.
10. Verificar que la autorización dada por el comité o funcionario de la dependencia correspondiente para la contratación directa sea de conformidad a estudios y programas previamente establecidos.

En esta medida, la vigilancia a la gestión pública debe fortalecerse con mecanismos de participación de la sociedad civil. Señala el informe de la Contraloría General de la Nación sobre el cumplimiento de sus funciones y de gestión al Congreso y al Presidente de la República 2012 y 2013 que “entre el 1 de julio de 2012 y el 30 de junio de 2013 se realizaron a nivel nacional 72 ejercicios articulados con organizaciones de la sociedad civil (.....)”. (p, 240). En dichos procesos articulados participaron en su mayoría organizaciones sindicales, asociaciones y veedurías ciudadanas, 30 de los procesos realizados en el 2012 se realizaron con sujetos de control de minas y energía y los demás con sector social, medio ambiente e infraestructura, el 70% de la articulación de control fiscal realizado en el segundo semestre correspondió a vigilancia de recursos de regalías directas transferidos a los municipios, el 23% con el sector social, el 5% por infraestructura y el 2% con el sector medio ambiente. Se menciona taxativamente que:

En su mayoría detectaron obras deficientes, sobredimensionadas e inoperantes, gestiones antieconómicas de las administraciones y se generaron funciones de advertencia, que con la participación de las organizaciones de la sociedad civil en lo relacionado con los señalamientos de irregularidades y acompañamiento a las visitas técnicas realizadas a varias obras por los equipos auditores con los ingenieros civiles de apoyo y el acompañamiento de las veedurías, se obtuvieron resultados que fueron reflejados en los informes de auditoría.(....) Por primera vez se desarrollaron dos auditorías intersectoriales, una de ellas en la vigilancia de los recursos destinados para seguridad vial en las que participaron las Contralorías delegadas de los sectores de infraestructura, social, gestión pública, defensa y participación ciudadana; y la otra a la gestión en la cuenca del río Bogotá en las que participaron las Contralorías delegadas de los sectores de medioambiente y agropecuario. Con los aportes ciudadanos la Contraloría pudo establecer hallazgos por \$48.419,0 millones en la vigilancia a los recursos de regalías, gestión en la descontaminación del río Bogotá y Fondo del Magisterio entre otros. (p. 240)

De conformidad con dicho informe es posible establecer la importancia de la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las auditorías y en el control de advertencia. Sumado a esto, se agrega en el informe en mención que el impacto de la aplicación de la ley 1530 de 2012, que regula el funcionamiento del sistema general de regalías tuvo como resultado que en la etapa precontractual se encontraron principalmente estudios previos y diseños no ajustados, elaboración, aprobación y ejecución de presupuestos sin la inclusión de la totalidad de los recursos de regalías.

Como se observa en el informe objeto de análisis, los hallazgos han sido cuantiosos, por tanto, deben implementarse metodologías de investigación unificadas en cada área y en coordinación con las Contralorías departamentales y municipales, sin olvidar el control prevalente de que goza la Contraloría General sobre los recursos nacionales. El acompañamiento a estas investigaciones de carácter fiscal pone en evidencia la importancia de la participación social activa en la vigilancia de los recursos públicos, sin embargo, es preciso señalar que la mayoría de estas investigaciones son de carácter técnico ya que requieren generalmente del informe de peritos especializados en el tema, por lo que se hace necesario capacitar al personal de dichas organizaciones para este tipo de actividades para facilitar su participación en el ejercicio del control .

De la misma forma, la participación social se limita a la denuncia, al acompañamiento y a impulsar las investigaciones mediante solicitudes y peticiones para lograr un buen resultado de las mismas, por ello debe realizarse una regulación de la actividad de control de las veedurías por parte del Estado para esclarecer sus competencias y el límite de su intervención. Se observa en el informe que durante el periodo 2012-2013 se conformaron 262 nuevas organizaciones de ciudadanos para la vigilancia en lo público.

En este contexto, es un hecho notorio que en regiones aisladas del nivel central es muy escasa la participación de la ciudadanía en estas veedurías, lo que hace necesario fortalecer el apoyo para estos sectores y brindar mayor incentivo a estas comunidades para despertar el interés en la vigilancia local. Es importante señalar que para el periodo 2012-2013, el 43,94% de

denuncias fueron hechas sobre asuntos de contratación, seguidos de las irregularidades en la administración y fondos públicos, asuntos en los que debe hacerse mayor énfasis para mejorar el control en estos dos campos ya que de ellos hacen parte proyectos de alto impacto y alta sensibilidad social así como lo son los asuntos de infraestructura y seguridad vial.

### **5.6 La Rendición de Cuentas y las Veedurías Ciudadanas en la Etapa Precontractual**

La constitución colombiana de 1991 abrió espacio a la democracia participativa que faculta al ciudadano a vigilar la función pública. La rendición de cuentas cobró vigencia en la ley 489 de 1998 y en su artículo 32 señala la obligación de las entidades y organismos de la administración pública de desarrollar la gestión administrativa de conformidad a los principios de la democracia participativa y democratización de la gestión pública, para ello, pueden convocar a audiencias para discutir políticas y programas de la entidad o cuando se afecten derechos, incorporar en sus planes de desarrollo y gestión de políticas programas para el fortalecimiento de la participación ciudadana, apoyar los mecanismos de control social para que se constituyan como veedurías y mecanismos de transparencia en la función pública.

Por tal razón, los ciudadanos y los organismos civiles pueden participar en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión administrativa. El documento Compes 3654 de 2010 exige se cumpla con la rendición de cuentas de la rama ejecutiva a los ciudadanos junto con el estatuto anticorrupción. Así mismo la ley 850 de 2003, reglamenta las veedurías ciudadanas y en su artículo 1 las referencia como un mecanismo democrático de representación

que permite a la comunidad y a las organizaciones comunitarias vigilar la gestión pública o privada, en el monitoreo al buen uso de dineros públicos, en la ejecución de un proyecto, contrato o la prestación de un servicio. Por ende, las veedurías ciudadanas pueden solicitar la rendición de cuentas. Estas facultades surgen de conformidad al artículo 270 constitucional y el artículo 100 de la ley 134 de 1994 que dicta normas sobre mecanismos de participación ciudadana.

En busca de sustentar las anteriores consideraciones, la ley disciplinaria 734 de 2002 en su artículo 34, inciso 36, señala que todo servidor público tiene el deber de publicar mensualmente los informes de gestión, financieros y contables en las dependencias de la entidad administrativa y en lugar visible, determinados por autoridad competente para el control social de conformidad a lo señalado en la ley 489 de 1998 que dicta normas sobre organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional. Así mismo el inciso 37 del mismo artículo y ley señala que todo servidor público debe crear y facilitar mecanismos de emisión de información de la actuación administrativa, informes de gestión y los proyectos más representativos a desarrollar y agrega en el inciso 39 de la ley disciplinaria y del mismo artículo que el servidor público debe acatar y poner en práctica los mecanismos diseñados de participación ciudadana en la planeación, desarrollo, concertación y toma de decisiones en la gestión administrativa. Todo con el fin de que el administrador público rinda cuentas. Además de ello, el inciso 15 de la misma ley y artículo, señala que el servidor público tiene como deber desarrollar sus funciones consultando los intereses del bien común buscando satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Por su parte, la Ley 489 de 1998 en su artículo 34 señala que los ciudadanos pueden construir mecanismos de control social mediante veedurías ciudadanas y la administración está obligada a respaldarlos, Las veedurías ciudadanas constituidas legalmente pueden exigir a la administración informes pormenorizados del gasto público y hacerse partícipes en el desarrollo de la actividad precontractual y contractual de las entidades públicas para un mejor resultado en la vigilancia de los recursos públicos. Para ello, debe recurrirse a las recomendaciones señaladas en el artículo 35 de la ley 489 de 1998 que señala que debe existir un registro de observaciones, correctivos y recomendaciones de las veedurías por parte de las entidades públicas, permitirles el acceso a los programas o proyectos y contribuir con su cuota de sostenimiento para la formación y el ejercicio del control.

Corresponde entonces a las veedurías ciudadanas legalmente constituidas trabajar mancomunadamente para recuperar la confianza hacia las entidades públicas y hacerle un buen control a los dineros del Estado, para lo cual, debe solicitar a las entidades vigiladas que realicen la rendición de cuentas a la comunidad y publiquen sus informes correspondientes por cualquier medio de información en orden al cumplimiento de la ley 1712 de 2014, ley de transparencia y derecho de acceso a la gestión pública. En el mismo sentido, el estatuto anticorrupción que en su artículo 74 señala que las entidades públicas están obligadas a publicar a más tardar el 31 de enero de cada año en su página web el plan de acción para el año siguiente, objetivos, estrategias, proyectos, metas, responsables, distribución presupuestal de proyectos de inversión, plan de compras e indicadores de gestión.

De manera subsecuente, en aras del cumplimiento del decreto 028 del 10 de enero de 2008 que define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control de gastos correspondientes al sistema general de participaciones, en su artículo 18 señala que las entidades territoriales realizarán anualmente rendición de cuentas sobre resultados de auditorías, monitoreo y evaluaciones que realicen entidades nacionales sobre la entidad y para ello los veedores ciudadanos pueden solicitar revisión de contratos y ejecuciones presupuestales donde se invierten dineros públicos en ejercicio del control social. Para cumplir con ello deben realizarse actividades coordinadas de control y de capacitación a los veedores para que desarrollen adecuadamente su actividad de control social. Estas actividades deben promoverse desde la etapa precontractual y asegurar un seguimiento cada año cuando las entidades realicen su publicación.

En concordancia, los efectos por inadecuada práctica de rendición de cuentas de las entidades públicas a la ciudadanía y veedurías están señalados en el documento Compes 3654 (2010) que como resultado señala:

Que la ciudadanía desconozca a la organización su funcionamiento y resultados de la gestión pública, que las administraciones públicas pierdan la oportunidad de evaluar, corregir y ajustar sus políticas y proyectos de acuerdo con las opiniones y los aportes que surjan del diálogo directo con la población; que haya menos transparencia en las acciones de los gobiernos; y que la ciudadanía mantenga un bajo interés en lo público. (p.38).

En el contexto actual, el sistema de rendición de cuentas e informes de los sujetos de control fiscal está regido por el sistema virtual SIRECI a través de la página web de la Contraloría General de la República, en virtud de lo previsto en los Artículos Superiores 267 y 268 que le otorgan la facultad al contralor de definir cómo se rinden las cuentas. Con base en ello, se emitió la resolución orgánica 7350 de 2013 que permite que se realice un reporte oportuno de cuentas e informes de la gestión contractual para planear y ejecutar las auditorías y para determinar los comportamientos de las variables económicas. (Contraloría General de la República, Informe de Gestión 2014- 2015).

Este antecedente nos señala la modernización de la remisión de informes y rendiciones de cuenta dejando atrás los informes públicos que por el contacto directo con la comunidad tendrían mayor efectividad. Sin embargo no debe desconocerse que el contenido del mismo sirve para insumos de alimentación de las auditorías, sin desvirtuar que el informe se fundamenta en un resultado de la gestión y no influye para nada como medida preventiva o previa.

Así pues, los diversos mecanismos de control social, entre ellos las veedurías, requieren organización permanente y voluntad del Estado para organizarlas adecuadamente, proporcionarles los recursos necesarios y las capacitaciones pertinentes para que realicen un efectivo control de los dineros, especialmente los de destinación especial como el sistema general de participaciones y otros. Este mecanismo de rendición de cuentas en el ejercicio de relación de información, explicaciones y evaluación de gestión de la administración permite formular correctivos eficientes para el mejoramiento de la gestión de las entidades públicas.

## Conclusión

Las funciones de control en materia precontractual se encuentran constitucionalmente en cabeza del Ministerio Público. Es así como el artículo 277 numeral 7 de la Carta Magna le asigna al Procurador General de la Nación la función de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas cuando se considere necesario en defensa del orden jurídico, patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. Dentro de sus funciones legales se extienden las de velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, proteger los derechos humanos, defender los intereses de la sociedad, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y defender el patrimonio público. Actualmente esta entidad posee un sinnúmero de herramientas para ejercer un control previo a los actos administrativos, tiene la posibilidad de culturizar al funcionario público en el del buen uso de los recursos públicos y concientizarlo frente a la importancia de ellos. Así mismo la ley 734 de 2002 le asigna a la Procuraduría la posibilidad de utilizar herramientas como medidas preventivas cuando adelante diligencias disciplinarias como la solicitud de suspensión de un procedimiento administrativo, actos o contratos o su ejecución para que cesen los efectos y eviten los perjuicios cuando se evidencian circunstancias que permiten inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará el patrimonio público. Así mismo puede orientar al ciudadano para el buen ejercicio administrativo.

Como órgano coadyuvante de esta función de control previo se encuentra la personería a la que la Carta Política en el artículo 118 y la Ley 136 de 1994 le indica como función la guarda y

promoción de los derechos humanos, protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Es preciso señalar que esta entidad debe actuar de manera coordinada con la Procuraduría para el cumplimiento de los fines del Estado y retroalimentarse para llevar acabo las funciones preventivas y ejercer la vigilancia de la gestión administrativa toda vez, que la cantidad de funciones que tiene la Procuraduría deben ser desarrollarlas de manera mancomunada haciendo uso del principio de colaboración armónica. Si bien es cierto que las personerías tienen funciones en materia preventiva de conformidad con la Ley 136 de 1994 que dicta normas para modernizar la organización y funcionamiento de los Municipios, deben adelantarse bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación esta es una de las contradicciones que existen en esta materia ya que tanto la personería como la procuraduría están instituidas como un organismos autónomos e independientes. En materia de competencia se observa que la personería a pesar de ser parte del ministerio público está impedida para intervenir en asuntos precontractuales, únicamente con autorización del Procurador.

Así mismo; existen acciones administrativas que puede iniciar la Personería, la Procuraduría o la persona que se crea lesionada en sus derechos en defensa de los derechos de los ciudadanos como la acción de tutela y las acciones legales de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho que ya están consagradas legalmente para proteger los actos administrativos precontractuales de manera eficaz y oportuna. Previendo que la acción de controversias contractuales esta llamada a debatir la legalidad de los asuntos contractuales,

consideramos que no es la indicada para demandar actos precontractuales pese a que la ley 1437 de 2011 en su artículo 141 sobre la acción de controversias contractuales señala que es procedente.

Es preciso señalar que la Constitución de 1991 instituyó un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo aprovisionando de mecanismos ciudadanos para hacer seguimiento, evaluación de la gestión y procurando siempre la participación de la comunidad en la toma de decisiones colectivas. Es así como el artículo 270 Superior señala que la ley organizará las formas y sistemas de participación ciudadana para vigilar la gestión pública. Este hecho da origen finalmente a la ley 850 de 2003 que reglamenta la veeduría ciudadana como mecanismo democrático de representación y permite a los ciudadanos y diferentes organizaciones comunitarias ejercer vigilancia sobre la gestión pública de los representantes legales de las entidades encargadas de la ejecución de un contrato, un programa, un proyecto o la prestación de un servicio público. Para ampliar el panorama, la Ley 850 de 2003 en su artículo 4 faculta a las veedurías ciudadanas para la vigilancia preventiva de la gestión administrativa en la contratación pública y la correcta aplicación de los recursos públicos mediante recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que ejecutan un contrato, programa o proyecto y ante los organismos de control.

De igual forma, la gestión pública comprende desde el momento de la planeación hasta la finalización de los contratos y la evaluación para verificar si se cumplió con el plan de desarrollo. Sin embargo, es notorio que son contados los casos en que intervienen las veedurías

voluntariamente para desarrollar estas labores. Hay que tener en cuenta que la intervención de las veedurías sucede generalmente en el acompañamiento de auditorías articuladas por la Contraloría posterior a la suscripción del contrato. Hoy en día las Contralorías están excluidas del control de advertencia precontractual y como es natural, los órganos administrativos no entregan informes antes de finalizar su gestión teniéndose en cuenta además que ahora la rendición de cuentas es electrónica. Por lo dicho, la intervención precontractual queda en cabeza de la Procuraduría bajo procesos preventivos, con la salvedad de que se realicen de manera urgente y evidente con miras a la protección de los derechos fundamentales y al patrimonio público en inminente riesgo, ya que las intervenciones se realizan post suscripción del contrato. Debe despertarse el interés de la comunidad para que se capacite y participe con mayor frecuencia en las auditorías articuladas y esté pendiente de las labores de la administración teniendo en cuenta que la mayoría de las investigaciones son de carácter técnico y especializado

La veeduría por su iniciativa sólo podría hacer solicitudes, recomendaciones o presentar denuncias. La omisión a presentar la rendición de cuentas por los directivos de la administración pública debe generar procesos disciplinarios conforme a la obligación de rendir cuentas que consagra la ley 489 de 1998, el estatuto anticorrupción y al esquema de mecanismo democrático que le dio la ley 850 de 2003. Así mismo; la ley 489 de 1998 da participación a la ciudadanía en la planeación, desarrollo, concertación y toma de decisiones administrativas en donde los principios de la función administrativa cumplen un papel importante primando el interés colectivo sobre el particular.

La omisión en la rendición de cuentas genera el desconocimiento de la ciudadanía del destino de los dineros públicos, funcionamiento y resultado de la gestión administrativa.

## PARTE II

### CAPÍTULO VI

#### LA CORRUPCIÓN

##### 6.1 Corrupción en la Contratación Pública

Es alarmante cómo la corrupción golpea la democracia, la contratación y los mercados dejando huellas profundas en el sector público y privado, provocando crisis y desprestigio político. Ésta a su vez, incide en la baja credibilidad que tienen los ciudadanos en las instituciones ya que las obras públicas generalmente no superan los términos de calidad, oportunidad y conveniencia. En un Estado de derecho, toda forma de organización debe estar sometida a reglas que delimiten su acción con el fin de erradicar la arbitrariedad (Gaviria, D, 2007). Por tanto, es imperioso implementar mecanismos eficientes de lucha contra la corrupción para combatir su crecimiento haciendo énfasis en los valores éticos que deben imperar desde la escuela, recuperar los principios básicos de convivencia haciendo énfasis en el buen uso de los dineros públicos.

Ramírez, (2005) señala que: “(...) La corrupción está generando altos sobrecostos en los bienes y servicios que contrata el Estado, con lo que no solamente se afecta la eficiencia del gasto público y la estabilidad macroeconómica, sino también y de qué manera, la moral pública y la legitimidad del Estado (.....)”. (p.18)

A este respecto, la moralidad administrativa depende del comportamiento de la administración y la moralidad pública según sentencia T-391/2007 se relaciona con los hechos que suceden en un ambiente público que deben ser coherentes entre sí. Se señala en la mencionada tutela que: “La moral administrativa está concebida como el marco de legalidad de la acción del funcionario con respecto de todos los principios que inspiran la función pública” (Palacio, 2008, p. 20)

Por su parte, Robert Klitgaard (citado por Navas, P, 2011) señala respecto de la corrupción que:

La corrupción –como lo sostiene Robert Klitgaard- reproduce un sistema de prácticas sociales, económicas y políticas que al expresarse fractura la confianza (trust) y genera altos costos para la sociedad. A este respecto sostiene el autor mencionado: “La corrupción es como una enfermedad pandémica. Se observa en todos los países pero su incidencia es más fuerte y nociva en algunos de ellos. (...) es una enfermedad contagiosa difícil de combatir que puede adaptarse a las medidas correctivas. (p. 91)

Así pues, la corrupción favorece el enriquecimiento ilícito del funcionario público. Hecho que genera proliferación de conductas contrarias a la ley, acaba con el libre comercio, intimida los inversores y desequilibra la economía. Atenta contra el desarrollo social, económico y político, acaba con la moral, los valores humanos y la democracia. Terzano, (2003) señala que el término corrupción viene del latín corruptio-onis que significa la acción y efecto de corromper, y del vocablo latino corrumpere que en su amplio significado implica alterar la forma de algo, echar a perder, dañar, pudrir, sobornar a alguien pervertir o seducir a alguien, viciar, incomodar,

fastidiar, irritar y agrega que las Naciones Unidas en resolución 55/61 del 4 de diciembre de 2000 organizó un comité especial para negociar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción.

Por otra parte, Martínez (2006) señala que existen varios tipos de corrupción; la económica, política y administrativa. Respecto a la definición de corrupción administrativa hace alusión que conlleva: a) Al abuso del cargo público o el incumplimiento de normas jurídicas en beneficio privado b) Cuando el funcionario corrupto utiliza el cargo como negocio y busca maximizar sus ingresos dependiendo de la situación del mercado y su talento c) Al interés general cuando con sus funciones o atribuciones actúa favoreciendo a quien proporciona el beneficio dañando al público y sus intereses.

Debe indicarse entonces que los factores imputables a la acción o inacción del Estado en cuanto a la corrupción podemos clasificarlos en “factores en función de su relación con el uso y abuso de autoridad, con los defectos de la organización política, con los fallos de la organización administrativa y con las carencias de legislación”. (Rodríguez & Fabián, 2008, p.39)

Tal como se señaló anteriormente los defectos de la organización política, entre otros, son derivados de la acción o inacción del Estado y son componentes de la corrupción, por lo tanto, de ellos hacen parte el uso o abuso de autoridad como falla de la organización administrativa. Respecto de este factor es preciso señalar:

La arbitrariedad en la toma de decisiones, el reclutamiento discrecional o “favoritista” de funcionarios públicos (en vez de sobre la base objetiva de los méritos de los candidatos), el clientelismo y el corporativismo de los gobernantes y la falta de ejemplos de comportamiento íntegro en el propio gobierno.

Entre los factores relacionados con los defectos de la organización política podemos mencionar la incertidumbre acerca de los derechos políticos, la vinculación del poder judicial con el resto de los poderes del Estado, la falta de equilibrio y contrapesos políticos y la ausencia de mecanismos de control y sanción de los gobernantes. En tercer lugar, en cuanto a los factores relacionados con la organización administrativa, cabe citar la concesión de una excesiva discrecionalidad a los funcionarios públicos, la delegación en individuos de funciones susceptibles de generar elevadas rentas, el pago de salarios relativamente bajos a los funcionarios (.....) la tolerancia de comportamientos corruptos de escasa entidad.

Por último, algunos de los factores imputables al Estado se refieren a las carencias de la legislación, que da lugar a costes de transacción excesivos y desincentiva la realización de actividades económicas (.....). Entre ellos la falta de códigos de conducta verdaderamente aplicables, la ausencia de normativas que sancionen suficientemente la corrupción. (Rodríguez & Fabián, 2008, p.40)

Todos los factores anteriormente mencionados hacen parte de la debilidad en que se encuentra inmerso el Estado frente a la multiplicidad de intereses que se juegan en el factor político y administrativo. De allí la importancia de los valores que han sido inculcados en la

sociedad, la transparencia en la conducta del funcionario público y del legislador cuya obligación es crear leyes en beneficio común y no de unos pocos. Frente a estos hechos Manrique, R (2009) acertadamente manifiesta que;

Mientras que la labor de la administración sea la desesperada búsqueda de legitimidad en lo político, apuntalando un orden económico de élites, para prolongar una situación social de desigualdades, el ejercicio del control tiene que buscar en el derecho, en la tradición de justicia y en la recuperación del espíritu primigenio de la democracia, la nueva fuente de su credibilidad y legitimidad. (p.393)

Por su parte Craxi citado por Beltrán et al. (2003) frente a los esfuerzos por combatir la corrupción señala que: “Los resultados de esfuerzos- legales y financieros-de innumerables campañas para “combatir” la corrupción son precarios, por decir lo menos, y terminan agotando la igualmente magra voluntad política de las sociedades que, al empuje de los intereses creados han terminado aceptando el exabrupto de BETINO CRAXI de que la corrupción no es delito porque “todo el mundo lo hace”. (p.76)

En otro postulado Beltrán (2003) manifiesta que la respuesta más común a nivel mundial de sobre lo que es la corrupción indica que es el mecanismo con que los partidos políticos se subsidian las campañas para mantenerse en el poder o acceder a él por sus elevados costos de inversión, comprometiendo la política económica, favoreciendo licitaciones, exenciones o reducciones fiscales entre otras conductas y la reacción social frente a la violación de las normas que regulan el ejercicio del poder es un ejercicio democrático. Así es como debe hacerse alusión

a que todos estos factores alteran el crecimiento y desarrollo de un país y no permiten el que se cumpla con los fines de Estado como el bienestar general de la comunidad.

El Consejo Privado de Competitividad en su informe contra la corrupción (2011-2012) señala que;

Según el Banco Mundial; la corrupción es el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social de un país, menoscaba los recursos que tiene para satisfacer las necesidades de sus habitantes, desincentiva las inversiones, frena el desarrollo económico, perpetúa los niveles de pobreza, promueve ineficiencia, causa inestabilidad y violencia. Se indica que dentro de los factores más problemáticos para hacer negocios en Colombia según los encuestados marcan la pauta en su orden la corrupción, el inadecuado suministro de infraestructura y la burocracia gubernamental ineficiente. Menciona además que; según el informe de competitividad 2011-2012 del Foro Económico Mundial; Colombia es un país que despilfarra los dineros públicos y hay desconfianza ciudadana en los políticos.

En el mismo sentido el Consejo Privado de Competitividad en informe (2011-2012) indica taxativamente:

La corrupción se define como el abuso del poder público para la obtención de beneficios privados, y su ocurrencia se explica por múltiples causas: sobre regulación administrativa(exceso de trámites), lentitud de la administración pública (que incide a

la compra de funcionarios para agilizar decisiones), baja probabilidad de sanciones disciplinarias o penales a funcionarios corruptos, bajo nivel salarial de funcionarios públicos, existencia de normas jurídicas confusas y dispersas, falta de información de los ciudadanos sobre actuaciones específicas de los órganos del Estado, ausencia de un mercado abierto y competitivo, falta de controles internos en las entidades públicas, débil rendición de cuentas de las entidades a los ciudadanos, desigualdad en la distribución de ingresos, bajos niveles educativos y protección débil a la libertad de expresión, entre otras. Un país corrupto desaprovecha enormes recursos para invertir en educación, salud, infraestructura, empleo, tecnologías de la información, y, en general en desarrollo. Si bien no existe una fórmula exacta para cuantificar el costo de la corrupción en Colombia, se estima que la corrupción le cuesta al Estado \$ 9 billones anuales; es decir, alrededor de 1,6% del PIB. (p, 218)

De la misma forma el Documento Conpes 3186 (citado por Ramírez, P, 2005) señala que la corrupción y la falta de transparencia en la contratación pública es atribuible a la baja calidad y poca especialización de las auditorías y la poca capacitación en contratación pública, los controles se enfocan en el cumplimiento de procedimientos y formalismos de la contratación olvidando los demás aspectos de corrupción y que las decisiones de las investigaciones son motivaciones políticas. Todo ello nos indica que la corrupción es un flagelo de enormes características pero controlable y que los esfuerzos estatales deben direccionar un control fiscal integral y riguroso, que no interfiera con la contratación de las entidades públicas pero que sea un vigilante sagaz en todos los momentos de la constitución del contrato de obra. Su accionar debe ser permanente, pertinente e independiente y debe cuidarse de no transgredir la línea de

poder que establece la ley para su función sin llegar a perder la capacidad de detectar contratos afectados por la corrupción, así es entonces necesario que el funcionamiento administrativo organice un engranaje funcional de manera que permita hacerse un control real, efectivo y a tiempo en busca del cumplimiento de los fines del Estado.

## 6.2 Informes de Corrupción

Innumerables informes sobre corrupción en Colombia indican que los resultados de la lucha contra este flagelo no son muy halagadores. Transparencia Internacional por Colombia (2012) señala:

La ausencia de sanciones efectivas y rápidas frente a casos de corrupción y la prevalencia de prácticas de abuso del poder en todas las ramas del poder público y en diferentes estamentos del Estado se reflejan en la baja calificación que obtiene Colombia en el Índice de Percepción de Corrupción (IPC) 2012. Colombia obtiene un puntaje de 36 sobre 100 (siendo 0 mayor percepción de corrupción y 100 menor percepción de corrupción), y se ubica en el rango inferior de la tabla de calificaciones, ocupando el puesto 94 entre 176 países evaluados.

Entre los 32 países de la región de las Américas evaluados, Colombia se encuentra en el grupo con calificaciones deficientes, menor a la de 19 países y superior a la de 12 (.....). A nivel de Sudamérica, sólo Chile (72), Uruguay (72) y Brasil (43), que recientemente ha enfrentado con sanciones ejemplarizantes los escándalos de

corrupción al interior del gobierno, obtienen calificaciones aceptables. En los últimos lugares se ubican Honduras, Paraguay, Haití y Venezuela.

Este informe de Transparencia Internacional (2012) agrega que la corrupción alcanzó carácter estructural en el caso del pago en contratación de sobornos, compensaciones por concretar negocios, acceder al servicio público y legislar en beneficio propio entre otras conductas. Todas las ramas del poder público y los organismos de control deben coordinarse si se pretenden resultados, lo que evidencia la ausencia de medidas necesarias para prevenir la corrupción, de la misma forma es perceptible cómo la sanción no es efectiva y predomina la sensación de impunidad.

Transparencia por Colombia en su informe contra la corrupción (2013) señala que Colombia mantiene altos niveles de percepción de corrupción, por tanto Continúa con el mismo puntaje 36/100 y el puesto 94 de 177 países evaluados. A pesar de las reformas institucionales y normativas como el Estatuto Anticorrupción no se percibe efectividad en las medidas. Hay lentitud de la justicia para los corruptos y abuso de poder, predominan los sobornos y desvío de fondos públicos. Se agrega que en 2013 Uruguay estuvo en el puesto 73 superando a Chile incurso en el puesto 71. Dinamarca y Nueva Zelanda ocupan el primer lugar de la puntuación con 91 como los países menos corruptos. Ungar, directora de Transparencia por Colombia en este informe (2013) manifestó: “Mientras continuemos viendo que hay justicia dilatoria para los corruptos y que los niveles de sanción no son coherentes con el daño social y económico, la percepción de corrupción no va a disminuir”.

En el mismo sentido Transparencia Internacional, en encuesta de opinión ejecutiva (2014) indica que el país esta vez obtuvo puntaje de 37 sobre 100 siendo 100 de menor percepción de corrupción. El punto más frente a la calificación en el año 2013 fue (36) y ubica al país en el puesto 94 de 175 países analizados. Respecto de los 30 países de las Américas evaluados, Colombia se encuentra en el puesto (17) de la tabla, debajo del puntaje promedio de la región (45), sumado a esto el soborno y la impunidad persisten en las instituciones públicas y éstas no dan respuesta a las necesidades de los ciudadanos, persiste el abuso del poder de líderes y altos funcionarios para usar fondos públicos en beneficio propio. Transparencia, en su link de transparencia en lo público, en “contrataciones” señala que un promedio del 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y sobornos.

En la misma perspectiva, la revista Portafolio en publicación de fecha 6 de octubre de 2014 titulada “Compromisos para Disminuir la Corrupción en Colombia”; indica que el fenómeno de los sobornos dejó en 2013 pérdidas de recursos por 800 millones de dólares basándose en estadísticas de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha Contra la Corrupción, para el mismo año Transparencia Internacional indica que el 38% de los colombianos percibe que las empresas son corruptas. De conformidad a dichos informes señalados se determinó que el índice de corrupción evaluado por Transparencia Internacional se mantiene igual del 2012 al 2013; pese al nuevo estatuto anticorrupción y la implementación del nuevo Decreto de Contratación Pública 1510 de 2013.

De tal modo que , previendo que en 2014 el plan de gobierno fue combatir la corrupción, éste debió mejorar la vigilancia a las oficinas de control interno de las entidades públicas e implementar mecanismos de prevención como la intervención previa por parte de los entes de control, fortalecer los organismos de justicia para hacer más rápidas y efectivas las investigaciones, además de que debieron implementarse alianzas entre organismos de las ramas del poder público y los órganos de control para combatir este flagelo mediante pactos de transparencia. Sumado a ello; deben impulsarse los mecanismos preventivos señalados en el estatuto anticorrupción, atacar el abuso de poder, el pago de sobornos y la desviación de dineros públicos, al tiempo que se establecen cátedras que induzcan a la transparencia, debe subsumirse toda las normas de contratación pública en un estatuto y tecnificar la información de contratación a nivel nacional.

Por su parte, el Consejo de Ministros el 27 de octubre de 2014 anunció lineamientos para combatir la corrupción como el enfoque sectorial y territorial de la mano con las Comisiones de Moralización. Se comprometió a instalar la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y a capacitar a la Unidad Nacional de Anticorrupción en la Convención de Sobornos Transnacionales, a aumentar los controles internos y promocionar la cultura de la legalidad en los servidores públicos.

En este sentido fue implementada por el Estado y el Gobierno Nacional la Comisión Nacional Ciudadana Para la Lucha Contra La Corrupción (CNCLCC), para prevenir, controlar y sancionar la corrupción. Esta comisión presentó su tercer informe el 26 de agosto de 2014 en

Bogotá, estableciendo recomendaciones prioritarias para los próximos cuatro años y haciendo un llamado al gobierno nacional para que priorice la implementación del Estatuto Anticorrupción, la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública y el Documento Conpes 167 de 2013, además de la Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción. (CNCLCC, tercer informe, 2014).

Se estableció en este tercer informe, que el objetivo central del Conpes 167 es fortalecer mecanismos de prevención y sanción en materia de lucha contra la corrupción, por lo cual, el Conpes plantea cinco objetivos: mejorar el acceso, calidad de la información pública y herramientas de gestión pública, aumentar la incidencia del control social, promover la integridad y cultura de la legalidad en el Estado y sociedad y reducir la impunidad en actos de corrupción.

Además, la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la Corrupción (CNCLCC) recomienda fortalecer las herramientas para diagnosticar con mayor precisión los riesgos de corrupción e impulsar el Conpes, pues si bien existe una metodología elaborada por el Departamento Nacional de Planeación, Secretaría de Transparencia y el Departamento Administrativo de la Función Pública para elaboración de Planes y Mapas de Corrupción, también deben divulgarse los resultados de planes de corrupción, fortalecer el acompañamiento técnico y capacitación, asegurar el presupuesto y garantizar que los planes anticorrupción tengan mayor relación con la prevención de riesgos. Previendo que los órganos de control sean líderes en el seguimiento y evaluación de los planes de cada entidad y evaluar su mejoramiento,

fortaleciendo a su vez los canales de denuncia de actos de corrupción y declaraciones de conflicto de interés. (CNCLCC, tercer informe, 2014).

La CNCLCC también señala como prioritario el fortalecimiento de las acciones de investigación y sanción, que el ejecutivo utilice las herramientas que tiene para fortalecer las funciones de interventoría en materia contractual, funciones de vigilancia y supervisión de las superintendencias y a las oficinas de control interno para atacar la corrupción en sectores claves como en la contratación pública o manejo de nómina de servidores públicos. Revisar las funciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) para que su información sea conocida por los Órganos de Control del Estado. Se propone aplicar estrategias de promoción y control social en sectores estratégicos.

A pesar de que el Conpes procura poner en marcha la iniciativa para el premio Nacional de Alta gerencia, postular experiencias en materia de lucha contra la corrupción, la producción de cortos metrajes sobre legalidad y creación de un manual de normas en materia de conflicto de interés es necesario generar resultados con el Manual Único de Rendición de Cuentas, la ventanilla virtual unificada para Denuncias de Corrupción y el Mecanismo de Denuncias de Alto Nivel para Intentos de Soborno a las Empresas Privadas. A pesar de ello; se previene en este informe que podría incrementarse el número de herramientas pero sin resultados claramente articulados. Y señala la CNCLCC que a pesar haberse expedido el Estatuto Anticorrupción hace tres años, no cumple las expectativas. La baja difusión y sensibilización del mismo y limitado desarrollo normativo no permiten el avance. (CNCLCC, tercer informe, 2014).

Las propuestas de la Comisión Nacional Colombiana de Lucha Contra la Corrupción (CNCLCC) son trascendentales en el enfoque sectorial y territorial para la lucha contra la corrupción ya que las comisiones de moralización, máxime cuando se ha determinado que la corrupción ha ido acomodándose en las esferas regionales. Con el apoyo gubernamental y la necesidad de mostrar resultados se verán comprometidas las autoridades a desplegar un buen resultado. Ello debe ir acompañado no solo de informes sino de resultados positivos que repercutan con el desarrollo Departamental y Municipal y seguimiento permanente de la CNCLCC.

De acuerdo a lo anterior, es necesario decir que el Sistema de los Controles Internos debe tecnificarse, hacer práctico y efectivo su funcionamiento, en tanto, generalmente no se obtienen los resultados esperados ya que las oficinas de control interno carecen de un adecuado seguimiento por parte de los entes de control, con el agravante que en ciertas entidades de regiones apartadas ni siquiera existen, siendo su existencia una acción obligatoria según el artículo 209 Constitucional que señala que “(...) La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejerce en los términos que señale la ley”.

En lo que tiene que ver con las oficinas de control interno, en la evaluación y calificación de control interno de las entidades evaluadas para la vigencia fiscal del año 2006 hecho por la Contraloría General de la República se determinó:

De las entidades que fueron evaluadas para la vigencia fiscal 2002, y de conformidad con la calificación final, se encontró que el 85,1% de las entidades evaluadas tiene un

nivel de riesgo medio o alto, lo cual significa que sus sistemas de control interno no garantiza razonablemente la gestión administrativa y el logro de sus propósitos.

Este es el principal y el más preocupante resultado, sobre el cual la CGR llama la atención de las autoridades, pues de no mejorar la situación, es alta la posibilidad de que no se obtengan los resultados esperados en la administración pública, así como corre un gran peligro de que se registren prácticas corruptas y el mal uso de los recursos públicos. (Gamarra, 2006, p. 219)

De este párrafo se deduce, que para la vigencia fiscal de 2002 el riesgo de corrupción es latente, medio o alto y señala que la mayoría de las oficinas de control interno auditadas son deficientes y presentan fallas que no permiten un adecuado cumplimiento de sus funciones, lo que genera pérdida de credibilidad en su funcionamiento.

Así mismo; el Informe de la Contraloría General de la República de Colombia sobre la Calidad y Eficiencia del Control Fiscal Interno de las Entidades y Organismos del Estado, (2012) refiere respecto del modelo estándar de control interno MECI que no ha logrado eficiencia y calidad que garantice el cumplimiento de la misión de los entes públicos previniendo y detectando oportunamente el mal uso de los dineros públicos, fraude y corrupción. Este informe Fue sustentado por 121 entes evaluados, de estas, 120 cuentan con controles diseñados conceptualmente y 91 entes que son el 75% son inefectivos.

Así pues, se considera por el informe cuestión de análisis, que en el transcurso de los 10 años previos, las Oficinas de Control Interno de las entidades públicas no han cumplido el objetivo principal para el cual fueron creadas; que es prevenir la Corrupción. Concluye el informe de 2012 de la Contraloría General con lo siguiente:

Al ponderar los resultados de diseño y efectividad de los controles, se obtiene que 78 entes equivalentes al 64%, los evaluados tienen sistemas de control interno *Con Deficiencias e Ineficientes*. Estos resultados, permiten establecer que el concepto sobre la calidad y eficiencia del sistema de control interno en Colombia, es DEFICIENTE. Por lo anterior, se reitera la premura para que el Gobierno Nacional revise y reformule la política de fortalecimiento del sistema de control interno y los mecanismos para su cumplimiento, la cual debe pasar del marco meramente formal y de cumplimiento de presentación documental, hacia un enfoque basado en riesgos, que conlleve a la mitigación de estos, (.....). (Informe sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado, 2012, p. 22).

Se estableció mediante informe de cumplimiento de funciones y de gestión al congreso y al presidente de la república de la Contraloría General de la Nación 2011-2012 se estableció 66 obras inconclusas e inservibles en 4 departamentos de Colombia Meta, Cesar, Magdalena y Atlántico que pertenecen a 13 municipios de acuerdo a hallazgos para la vigencia 2008-2011 frente a los recursos de regalías. Si estos hallazgos fueron solamente frente a recursos de regalías y solo en 4 departamentos esto denota que la falta de planeación al inicio de obras es significativa y evidente lo que genera pérdida de recursos permanentemente.

En esa dirección, es posible determinar que los sobornos son el flagelo más preocupante en los informes de corrupción y que hay que tomar medidas urgentes para mitigarlos pues hoy en día es habitual hacer uso de ellos para obtener contratos y recibir beneficios de cualquier índole en la actividad contractual. Al respecto BBC Mundo, informa que según la ONG Transparencia Internacional en su reciente informe “Exportando Corrupción” (2014), Chile, México, Colombia y Brasil no combaten los sobornos de sus empresas en el exterior. En esta perspectiva el control sobre los sobornos no debe enfocarse únicamente en los sobornos transnacionales sino en los frecuentes ilícitos de este tipo en la contratación entre los ciudadanos colombianos interesados en lograr que se le adjudiquen contrataciones, hecho que se presenta con frecuencia en la contratación de las empresas públicas.

Entre tanto, el Informe Nacional de Competitividad en Colombia 2013-2014 hecho por el Consejo Privado de Competitividad cuyo objetivo es impulsar y apoyar políticas y estrategias en corto, mediano y largo plazo para mejorar la competitividad en el país para incentivar la inversión local y extranjera, mejorar las oportunidades de empleo y reducir sustancialmente la pobreza, señala que; Colombia no ha podido superar los requerimientos básicos de una economía para poder competir, añadiendo que el país tiene gran oportunidad de avance hacia la prosperidad gracias a los recursos provenientes de regalías sin embargo desde el año 2009 al 2013 se encuentra en el puesto 69 entre 148 países, por lo tanto el Estado debe implementar en una agenda horizontal o de inversión en mejoras en la calidad de la educación básica y media, la construcción de principales corredores logísticos, la mejora en eficiencia en la justicia, y la flexibilización en el mercado laboral entre algunos ejemplos y en una agenda vertical como

fomentar la transformación del aparato productivo. De la misma forma, se señala que Colombia cuenta con uno de los sistemas judiciales más ineficientes e inefectivos del mundo por ello hay que trabajar en el fortalecimiento de las capacidades organizacionales y de los sistemas de incentivos y en uso de estadísticas para mejorar su funcionamiento. En el plano de la corrupción este es el factor más problemático para hacer negocios en el país, se propone replicar la experiencia en otros países, que se creen programas para el sector privado de cumplimiento de obligaciones anticorrupción. (Consejo Nacional de Competitividad, 2013-2014).

A pesar de grandes esfuerzos en combatir la corrupción;

Según el índice de competitividad 2013- 2014 del foro económico mundial WEF; Colombia ocupa el puesto 129 entre 148 países en el indicador que mide la desviación de los recursos públicos, el 97 en el indicador que mide pagos irregulares y sobornos, el 109 en el que mide el favoritismo en las decisiones de los empleados públicos, el 106 en lo relacionado con el despilfarro del gasto gubernamental y el puesto 75 en transparencia en el diseño de políticas públicas por parte del gobierno. (Consejo Privado de Competitividad, 2013-2014.p.198).

El barómetro global de corrupción de Transparencia Internacional (2013) señala que las entidades públicas se consideran las más corruptas, además, sobre experiencias en pago de sobornos en distintos sectores y por parte de los ciudadanos se percibe que los partidos políticos y el congreso son los más corruptos con puntaje de 4.3 sobre 5, los funcionarios obtienen puntaje

de 4 y el sector judicial de 3.8. Respecto a las causas que motivan el soborno para el 49% de los encuestados es la necesidad de acelerar procesos.

Adyacentemente en el marco del primer informe de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República señala que las Comisiones Regionales de Moralización integradas por representantes de la Procuraduría, Contraloría, Fiscalía, el Consejo Seccional de la Judicatura y las Contralorías Departamental, Municipal y Distrital adelanta una reunión mensual para coordinar acciones de investigación y sanción de actos de corrupción, sin embargo denota baja actividad en comisiones de varios Departamentos. En el informe de gobierno abierto (IGA) 2011- 2012 elaborado por la Procuraduría General de la Nación se señala que el 58.4 sobre 100 de las gobernaciones del país tienen cumplimiento mediocre de las normas de transparencia. (Consejo Privado de Competitividad, 2013-2014).

Complementando lo mencionado, al revisar los informes de corrupción puestos en conocimiento en esta investigación, resulta preocupante observar que esta problemática sigue imperante en el país, especialmente cuando se señala mediante informe de Transparencia por Colombia en el periódico El Tiempo, Ungar (2015). fruto del sondeo realizado a 28 ciudades capitales, 13 municipios pequeños, 32 gobernaciones y 32 contralorías que el 56% de las contralorías regionales cuya misión es controlar el manejo de los recursos de los entes territoriales tienen mayor riesgo de corrupción en nivel alto y muy alto que sus vigilados haciendo énfasis en los leves diseños institucionales para combatirla, aún más cuando está en apogeo la firma del acuerdo de paz entre gobierno y farc y se acuerda la creación de nuevas

entidades que se encargaran de ejecutar programas para la consecución de la paz en Colombia. Se señala en el informe que se demuestra una institucionalidad departamental débil y con fallas en el diseño del proceso de gestión lo que da como resultado mayor riesgo en la gestión de los dineros públicos. En ese respecto, la Sociedad Colombiana de Ingenieros (2015) señala que de 1.122 municipios de Colombia solo 5 muestran un índice que se considera sano en la contratación pública.

Para combatir estos flagelos de corrupción debemos hacer referencia a lo que señala Arango et al. (2006) cuando menciona algunos tipos de práctica anticorrupción como:

Promover la transparencia, facilitar el control social, fortalecer los sistemas de control interno, asesorar a los sujetos de control, mejorar la eficacia de las EFS, desarrollar las capacidades de fiscalización de las EFS, identificar y revelar las prácticas indeseables que conllevan o facilitan espacios para la corrupción, realizar actividades en coordinación con fuerzas de trabajo específicas, adecuar la normatividad del control fiscal a las realidades cambiantes y apoyar la gestión del legislativo. (p.63)

Al respecto, el Sr Presidente de la República en reunión con la Comisión Nacional de Moralización en julio de 2015 señaló; que la corrupción a nivel regional ha venido creciendo y a nivel nacional ha disminuido. Que los procesos en las Contralorías territoriales no culminan y por ello deben fortalecerse las Comisiones Regionales de Moralización, mejorar la vigilancia de los recursos del sistema general de participación (SGP) y regalías, diseñar un nuevo régimen de vigilancia y control a las fundaciones que contratan con el Estado en las regiones teniendo en

cuenta que siendo algunas fachadas captan la mayor cantidad de recursos del Estado. Además informó que suscribió convenio de un comando anticorrupción con la Fiscalía, la Contraloría, la Procuraduría y la Secretaría de Transparencia de la Presidencia con apoyo de las cortes para atender casos estratégicos e intercambiar pruebas e indicó que el congreso debe priorizar trámite de proyecto que endurezca sanciones a personas jurídicas que incurran en casos de corrupción (Betín del Río, 2015, 5 de Noviembre).

Es beneficioso además de la propuesta presidencial que la Auditoría General de la República realizará mayor control sobre el cumplimiento de gestión a las Contralorías territoriales. Así mismo es preciso manifestar que los contralores departamentales y municipales deben tener una forma de elección distinta a la actual, más democrática y sin intervención de las corporaciones políticas, teniendo como agravante que actualmente cursa en el congreso una nueva reforma de equilibrio de poderes que suprime la facultad de que sean elegidos por ternas que presenten los tribunales para ser elegidos por convocatoria de las asambleas y concejos. Además de ello, debe revisarse el mecanismo de contratación de las fundaciones para limitarlas y previa verificación de cumplimiento de requisitos.

Por tanto, un análisis referencial evidenciaría como la corrupción en torno a la contratación pública es una de las problemáticas más fuertes y actuales que debe enfrentar el Estado Colombiano, no solo en el aspecto en el que los contratos sean entregados a los oferentes más idóneos y que más beneficio generen en el beneficio de la población, sino por la ya evidenciada posibilidad de corrupción en los mismos entes de control, esto significa que el problema presenta

dos partes, uno respecto al soborno en la consumación de la contratación misma y otro en el posible soborno a las entidades de control.

### **6.3 Factores que Contribuyen al Incremento de la Corrupción en la Contratación Pública**

La contratación es un mecanismo para cumplir los fines constitucionales inmersos en el artículo segundo de la carta política, esta debe orientarse a garantizar la prosperidad general, el respeto a los principios, derechos y deberes implícitos en la carta política y la satisfacción de las necesidades colectivas entre otros. Por ello, es necesario citar diversos factores que inciden en aumentar los focos de corrupción en la contratación de obra pública, frenan el desarrollo del país y no permiten el ejercicio de una contratación transparente.

Por ende, se hace necesario nominar todos los aspectos fácticos que son agravante del problema, estos son; la ausencia de un sistema de control interno eficiente, independiente y de calidad que permita en tiempo real prevenir y corregir procesos internos, la cultura del soborno, la carencia de valores en la comunidad administrativa que fortalezca el respeto al buen uso de los dineros públicos en solidaridad, honradez, y responsabilidad, la ausencia de respeto por la legislación, el desconocimiento de normas de contratación, los continuos cambios de normatividad, la carencia de personal idóneo en procesos auditores, el deficiente control a obras públicas por el Estado, ausencia de adecuación de la normas a los procesos de contratación pública de conformidad a las necesidades de desarrollo.

De la misma manera, los cambios económicos y sociales que permiten al funcionario público aprovechar las debilidades en los procedimientos institucionales, la carencia de normas adecuadas para sancionar la corrupción o ejercer control, la falta de liderazgo de los ordenadores del gasto en los procesos contractuales, la crisis política que no permite el desarrollo de mecanismos efectivos para contrarrestar la corrupción, el abuso de poder para obtener beneficios personales o del grupo político siendo el tráfico de influencias el medio principalmente utilizado para recuperar cuantiosas inversiones hechas para alcanzar una posición en la administración, la impunidad ya que no se investiga contundentemente y la lentitud en el avance de las investigaciones y ausencia de normas efectivas para prevenir los hechos irregulares, abren las puertas a la ilegalidad y fomentan la corrupción.

Otros factores que contribuyen al incremento de la corrupción en Colombia según informe de Transparencia por Colombia publicado en El Tiempo, Ungar (28- 09-2015) son el que los candidatos prometen en campaña luchar contra la corrupción y no lo hacen cuando logran su curul, la poca o nula divulgación sobre la oferta de programas sociales, la omisión a la ley de acceso a la información que obliga a la entidad a publicar lo que ejecute, la falta de información sobre la ejecución presupuestal, la imposibilidad de acceso público a la información de la ejecución de los dineros del sistema de regalías o del sistema general de participaciones, la ausencia de meritocracia para los cargos públicos en gobernaciones y alcaldías (pues el 75% de los servidores públicos en estas entidades están vinculados por contratos de prestación de servicios) y su deficiente capacitación (solo el 78% de las licitaciones en alcaldías tuvieron

supervisión y en los departamentos reina la contratación directa conllevando al fraccionamiento de los contratos).

En otro aspecto, la Sociedad Colombiana de Ingenieros (2015) considera como riesgos de corrupción en Colombia la legislación dispersa, elástica y susceptible a diferentes interpretaciones, la discrecionalidad de los funcionarios al contratar, el fraccionamiento de los contratos, la modalidad de contratación excepcional, la deficiencia en las interventorías, escasa investigación y sanción frente a incumplimientos, las prácticas generalizadas del que “yo te financio y tú me contratas” y los mecanismos para evadir la ley.

Para combatir estos flagelos que incrementan la corrupción, es necesario implementar mecanismos oportunos y ágiles que permitan la intervención de la entidad de control en tiempo real, implementar mecanismos preventivos precontractuales, hacer campañas educativas del buen uso de los dineros públicos para crear una política de valores y construir una sociedad respetuosa de sus derechos y deberes, crear conciencia de la responsabilidad en los cargos públicos, hacer énfasis en la ley de acceso a la información, insistir en la rendición de cuentas pública y sistematizada que sea comprensible, actualizada, oportuna y completa, velar por los nombramientos por meritocracia para que haya mayor compromiso del funcionario público y para un mejor resultado de las capacitaciones. Así mismo; los planes de mejoramiento deben ser herramienta principal para las oficinas de control interno, conforme lo señala Gamarra, H (2006). De la misma manera, la directiva presidencial del 8 de septiembre de 2006 instó a los

funcionarios y servidores públicos a cumplir con los planes de mejoramiento con el fin de lograr mayor transparencia y eficacia en el uso de los recursos públicos.

A manera de sustento, Karson (2011) sugiere para combatir la corrupción en los contratos de obra pública, iniciar procesos de prevención antes de adelantar la licitación, contar con un código de ética profesional para empleados y uno para proveedores que debe ser entregado al funcionario público antes de ocupar el cargo. Allí debe prohibirse aceptar dineros, dádivas o cualquier otro beneficio de los contratistas o de quienes tengan algún interés en el contrato y el deber de todo empleado de informar cuando ocurra violación de normas. Además, deben examinarse las condiciones de todo licitante llenando un cuestionario donde todo participante suministre información de su compañía con la lista de contratos anteriores y actuales que señalen cualquier demanda o arbitraje durante los últimos 10 años y revelen cualquier acción por pago de impuestos, relación con empleados o funcionarios estatales y debe requerirse a los participantes a que paguen la investigación de antecedentes de los contratistas y subcontratistas.

Referente a estas propuestas, debe señalarse que los códigos de ética deben formar parte de la legislación vigente y debe exigirse a todo funcionario público su cumplimiento, así mismo, reviste gran relevancia la investigación de antecedentes donde deben incluirse antecedentes penales de todo contratista a parte de la exigencia de los antecedentes fiscales, así mismo, es de suma importancia la información del participante mediante formulario escrito que permite conocer con claridad con quién se está contratando y prevenir las inhabilidades para contratar.

Respecto a la cultura de la legalidad, es preciso mencionar a D'angostino (2007) quien plantea:

El sistema jurídico es un sistema sancionatorio, provisto internamente de algunas técnicas (precisamente las sanciones) para hacer frente al eventual incumplimiento de las prescripciones normativas por parte de los consociados. *La ilegalidad* - entendida eufemísticamente como insensibilidad del destinatario de las normas respecto a la obligación jurídica – puede, cuando más, constituir un problema sociológico- jurídico- o (quizá) de política social (...) (p.133)

Para nadie es secreto y es de público conocimiento que existen ciudadanos colombianos que ocupan cargos de dirección no por la actitud de servicio a la comunidad si no para defraudar los intereses del Estado. Por ello, es de vital importancia hacer énfasis en el respeto a legalidad. “(...) La legalidad es el presupuesto de un buen ejercicio del poder, (...) hay justicia sólo donde gobiernan las leyes, es decir, donde existen y vienen aplicadas leyes que son garantía para los hombres contra el arbitrio de los gobernantes” añadiendo que “Un poder ilegal es un poder ejercido *arbitrariamente* que viola, desatiende o distorsiona las leyes vigentes”. (D' angostino, 2007, p. 134).

En consecuencia, todas las orientaciones al debido ejercicio de poder y respeto a los dineros públicos deben ceñirse en virtud del derecho a la dignidad e igualdad que debe regir en el ser humano. “La ley es igual para todos”, significa “(...) que el presupuesto a partir del cual el legislador la piensa y la quiere es la libertad y la igualdad de sus destinatarios (...)” (D'

angostino, 2007, p.137). Lo anterior para concluir que es imperativo adelantar los procesos de conformidad a las reglas de los procedimientos para contratar y es necesario crear una cultura de respeto por los dineros públicos haciendo énfasis en que los cargos administrativos y de dirección tienen su fundamento en servir a la comunidad y no engrandecer el bolsillo de unos pocos. Si bien es cierto que el delito de soborno para conseguir contratos es una conducta reiterativa y que ha tenido aceptación para unos pocos que desconocen el derecho y la consideren costumbre; no es beneficiosa para la comunidad, tampoco debe permitirse su adecuación social, que afecta el bien protegido y es una conducta típica que degrada el valor ético-social.

Dicha afirmación es corroborable con lo señalado por Villegas (1992) que hace referencia que “(...) La costumbre, para que pueda ser propuesta al reconocimiento, es decir, para convertirse ya en derecho, debe ser honesta en el sentido de que es adecuada a los fines de la justicia (...)” (p.119). De esta manera se esclarece que ninguna acción con fines opuestos a la justicia puede convertirse en costumbre. El delito de soborno con fines a obtener un contrato de obra pública además de ser delito penal y conducta disciplinaria para los funcionarios públicos, va en contra de la justicia, del respeto a los derechos de los ciudadanos y la ética, además, atenta contra la legalidad que debe primar sobre los contratos públicos y trae consigo otra serie de delitos como el cohecho, concusión, interés indebido en celebración de contratos, contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, tráfico de influencias de servidor público y de particular, enriquecimiento ilícito, prevaricato y abuso de autoridad entre otros.

Un claro y actual ejemplo de lo anterior es en Colombia la investigación contra del carrusel de la contratación que hace referencia a presuntas irregularidades relacionadas con la adjudicación de contratos y que salpica a numerosos funcionarios públicos. Entre ellos, al Gobernador de Cundinamarca Álvaro Cruz que según noticias Caracol (2015), el 11 de agosto de 2015, presenta renuncia irrevocable a su cargo para defenderse de imputación de cargos en su contra que hace la Fiscalía por presunto pago de sobornos a concejales de Bogotá y a funcionarios intermediarios en aras de conseguir contratos valorados al parecer en 23.000 millones de pesos, donde posiblemente concurren delitos como interés indebido en la celebración de contratos, cohecho por dar y ofrecer y abuso de confianza calificado.

Teniendo siempre confianza en la justicia es necesario que en el caso, se llegue a la verdad de los hechos y que cada una de las herramientas que utiliza el Estado para contrarrestar la comisión de delitos como la concusión, el peculado, el cohecho y el soborno, la honestidad, la transparencia, la fe pública, la tranquilidad pública entre otros que lesionan el correcto funcionamiento de la administración pública, sea cada vez más efectiva y bien utilizada por los servidores públicos en aras al logro del bienestar de La Nación, siempre teniendo presente que la prevención del delito es de mayor trascendencia que la sanción ya que consumado el delito hay una afectación al patrimonio público lo que dificulta el desarrollo y bienestar de la comunidad que debe preservarse. Por ello nos referimos a lo que señala Guzmán, D, (2010): “El derecho no es un valor, pero sí constituyen objetos valorados los bienes que él regula y le dan su razón de ser, a los que denominaremos abreviadamente bienes jurídicos .En consecuencia, si los actos

orientados a preservar esos bienes son conformes a Derecho, aquellos que los vulneran deben considerarse como antijurídicos (...)" (p.31)

Es necesario prevenir mediante las estrategias expresadas en este numeral el incremento de la corrupción en Colombia y hacer uso del principio de la prevención puesto que es preocupante la cantidad de informes que muestran el alto índice de corrupción en el país y que a pesar de que existen las herramientas para minimizar, no son utilizadas adecuadamente o simplemente no existe voluntad política para impulsar leyes que causen un efecto favorable en combatirla.

#### **6.4 Principio de Prevención**

El principio de prevención surge “del latín praeventio, “prevención es la acción y efecto de prevenir (preparar con anticipación lo necesario para un fin, anticiparse a una dificultad, prever un daño, avisar a alguien de algo). [...]” (Peláez, g, 2013, p.36). Así pues, para que la prevención se cumpla es necesario informar para evitar un daño o minimizar el riesgo. “El recurso al principio de prevención obliga a tomar medidas y estrategias, teniendo en cuenta que se conoce la información necesaria y los riesgos son comprobados e inminentes”. (Peláez, g, 2013, p.37).

Teniendo en cuenta la necesidad de tomar medidas para prevenir o mitigar los riesgos en la administración con el fin de proteger los recursos de las entidades públicas, esto es, que sean dirigidos para cumplir los fines del Estado, para ello; recurrimos a lo señalado por Herrera, R, (2012) que afirma:

Desde una perspectiva económica, teniendo en cuenta la limitación de los recursos públicos, es necesario adoptar principios, reglas y procedimientos que permitan hacer eficiente su uso. En este sentido, la administración pública debe anteponer la previsión a la improvisación, planificando el desarrollo de sus actividades en forma progresiva y sistemática y aprovechando de manera óptima sus recursos para lograr sus fines esenciales. (...) Además, se exige que el funcionamiento de la administración pública sea democrático. Quiere decir lo anterior que las comunidades tengan participación o injerencia en los asuntos públicos que les concierne. Las rendiciones de cuenta, la socialización de proyectos, la publicación de actos oficiales y, en general, el cabal ejercicio del derecho de petición son medios para el logro de esta finalidad. (...).

(p.25)

De lo mencionado se concluye la necesidad de adoptar mecanismos de prevención del delito eficientes para combatir la corrupción que no son ajenos a la participación de la comunidad, este hecho contribuye al buen uso de los recursos públicos. Al tiempo, los mecanismos de prevención deben argumentarse con jurisprudencia, doctrina y valoraciones subjetivas. Ninguna entidad pública o particular que cumpla funciones públicas está obligado a acatar las observaciones preventivas puesto que éstas sirven sólo de orientación. Sin embargo, la Procuraduría General de la Nación puede iniciar procesos preventivos con informes y planes de acción para tomar las medidas necesarias cuando se pruebe que un hecho constituya daño y afecte derechos para mitigar el daño o restituir los derechos afectados. Evitar los perjuicios es hacer uso de la racionalidad.

Como se sustentó a lo largo de esta investigación, la Contraloría General de la Nación carece de facultades de intervenir en la etapa precontractual. Sin embargo, es oportuno mencionar que esta institución y/ o la entidad vigilada puede solicitar a la Procuraduría el inicio de una actuación preventiva cuando prevea posible afectación de derechos, además puede solicitar actas, informes o comunicaciones mientras que no se intervenga en la decisión de la adjudicación del contrato.

El proceso preventivo se planteó en el artículo 5 de la resolución 490 de 2008 donde se señaló que:

La actuación preventiva integral es la realización de acciones de promoción, advertencia, vigilancia, control de gestión e intervención en actuaciones administrativas de las entidades, servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, con el fin primordial de proteger los derechos humanos involucrados de naturaleza individual o colectiva, a través de proyectos, planes, programas y estrategias que permitan garantizar el cumplimiento de la constitución y la ley, salvaguardar los recursos del Estado y evitar la comisión de faltas disciplinarias. (..... ) En consecuencia, la función de prevención integral de la PGN puede exteriorizarse en la información sobre riesgos en que puede incurrir la administración por desconocimiento de la Constitución, la ley o los reglamentos; en los controles de gestión que se deducen de la actividad de vigilancia y hasta en la difusión de los resultados obtenidos en el trámite de la actuación disciplinaria, con el

fin de generar un factor de disuasión para los servidores públicos. (Ordoñez, & Castañeda, 2012)

Respecto del contenido de la resolución 490 de 2008 es preciso señalar que así como la Procuraduría tiene la facultad de iniciar procesos preventivos frente a la conducta disciplinaria del funcionario público y en ejercicio de la protección de los derechos de los ciudadanos en la actividad precontractual, también debería ser facultad de la Contraloría en protección del patrimonio público y de los derechos ciudadanos; es así como la Corte Constitucional en sentencia C-499 de 2015 señala:

(.....) La prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución, implica que la defensa de este interés es una finalidad primordial en materia de contratación estatal y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal.

Ello nos ilustra la importancia de los mecanismos de prevención para contrarrestar la corrupción en los contratos estatales que la Corte Constitucional reconoce, evitando las controvertidas audiencias para imponer multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento que deben estar acompañadas por informes de auditoría cuando ya estén suscritos los contratos y causados los perjuicios. Así pues, Colombia goza de un alto grado de desconfianza en las

entidades por lo que es necesario el desarrollo del principio de integridad en la contratación de obras públicas, lo que hace indispensable desarrollar mecanismos efectivos para la lucha contra la corrupción y prevenir a toda costa el conflicto de intereses que suscita permanentemente las adjudicaciones de contratos en las entidades del Estado. Esto requiere de voluntad política y liderazgo, no es el hecho de concebir la oportunidad de un cargo público administrativo para enriquecerse sino para contribuir al logro del cumplimiento de los fines de Estado con medidas que fomenten una buena administración y por ende un buen gobierno.

Es preciso hacer mención a lo que manifiesta Cerillo (citado por Reyes, 2015) quien refiere que “los cargos y empleados públicos han de asumir valores no solo jurídicos sino también éticos vinculados con la transparencia” (p.292). E introduce el uso del principio de transparencia como finalidad del principio de igualdad en la contratación pública y la relación con el principio de competencia, señalando que las leyes no dan resultados esperados por limitaciones técnicas y culturales causadas posiblemente por la falta de interés de los poderes públicos en la transparencia y que el principio de la buena gestión es garantía de integridad. Por lo tanto, debe evitarse los procedimientos de contratación en manos de un solo funcionario público y los funcionarios de la administración no deben desconocer el sistema técnico ni los valores.

## **Conclusión**

Es un hecho notorio que la corrupción genera sobrecostos en bienes y servicios afectando la eficiencia del gasto público, la moral del funcionario y la legitimidad del Estado. A pesar de

las múltiples herramientas para combatirla en Colombia no se aplican adecuadamente. Es necesario promover mecanismos de denuncia más acertados, ser más oportunos en el inicio y trámite de las investigaciones, hacer énfasis en los valores éticos, en los principios básicos de convivencia fomentando la cultura de buen uso a los dineros del Estado. Se requiere que los funcionarios públicos presenten rendición de cuentas no solo por medio electrónico sino presencial, hecho que ayuda a recuperar la credibilidad y confianza en las instituciones. Se requiere control en la etapa pre-contractual por el Estado o por las oficinas de control interno que monitoreen permanentemente los procedimientos. Como plan de choque es necesario hacer campañas contra el soborno y las cuotas burocráticas de contratación, trabajar decididamente sobre las investigaciones para que no queden impunes y dar respuesta inmediata a los ciudadanos que denuncien los hechos corruptos.

La inacción del Estado frente a la corrupción se manifiesta con el abuso de autoridad, el deterioro de la organización política, la deficiencia en los fallos administrativos, normas confusas y dispersas, la arbitrariedad en la toma de decisiones, el reclutamiento favoritista, el clientelismo, la tolerancia, la carencia de información a los ciudadanos de las acciones de la administración, la ausencia de un mercado abierto y competitivo, la ausencia y deficiencia de controles internos en las entidades, bajos niveles educativos para el tratamiento de los recursos entre otros. Algunas pruebas de estos hechos son los informes recolectados en este documento donde se estableció el estado de la corrupción en Colombia desde 2013, en la que Colombia ocupa el puesto 94 entre 177 países evaluados, según la revista portafolio (2014) el soborno generó pérdida de recursos

por 800 millones de dólares y Transparencia Internacional (2013) afirma que el 38% de los colombianos percibe las empresas como corruptas.

Es imprescindible establecer alianzas entre las ramas del poder público y los organismos de control para combatir la corrupción, hacer pactos de transparencia obligatorios, tener en cuenta las recomendaciones de la Comisión Nacional Ciudadana de lucha contra la Corrupción y del Compes especialmente frente a la premiación y divulgación de la buena gestión administrativa, hecho que obliga a sancionar a las administraciones corruptas y deficientes previa sensibilización a la población del daño que causa y la necesidad de un trabajo coordinado y en cooperación. Por lo pronto, debe hacerse una revisión del estatuto anticorrupción y exigir su cumplimiento para mayor efectividad. También se concluye la necesidad de tecnificar y fortalecer las comisiones de moralización con énfasis en la prevención del riesgo. Debe hacerse un replanteamiento sobre la revisión del cumplimiento y efectividad de las oficinas de control interno teniendo en cuenta que los informes de la contraloría de 2012 señalan que el 64% de las evaluadas tienen deficiencia y son ineficaces. Mediante el seguimiento al informe de competitividad en Colombia 2013-2014 se logró establecer que Colombia ocupa el puesto 129 entre 148 países en que se midió la desviación de recursos y ocupa el puesto 97 en pago de sobornos. El informe del gobierno abierto (IGA) 2011-2012 indica que el 58,4 sobre 100 de las gobernaciones del país cumplen mediocrementemente las reglas de la transparencia y un informe del tiempo (2015) indica que el 56% de las contralorías regionales está en situaciones de riesgo de corrupción. Otro hecho que advierte irregularidades, es el informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros (2015) que afirma que de 1122 municipios de Colombia solo 5 revelan un índice sano en la contratación de

obra pública, agravando el hecho las declaraciones del actual presidente Juan Manuel Santos que advierte el crecimiento de la corrupción regional y que los procesos en Contraloría no terminan. Estos informes y estadísticas alarman la legalidad, lo que hace necesario establecer procesos preventivos en las Contralorías previo fortalecimiento de estas entidades. Por todo ello es oportuno implementar el Código de ética para todos los funcionarios públicos sin dejar atrás la necesidad de integrar las entidades fiscalizadoras superiores, no sólo a nivel nacional sino a nivel latinoamericano para mejorar los métodos de ataque a la corrupción y elaborar una política conjunta para su desempeño y garantizar el cumplimiento del principio de planeación en todas las entidades públicas.

## CONCLUSIONES

En la medida en que la contratación eficiente dependa en principio de un adecuado estudio de mercado, una buena planeación y estudios previos, se hace necesario establecer un modelo preventivo constitucional en tiempo real para la Contraloría General de la República que beneficie la supervisión, control y seguimiento precontractual para evaluar el cumplimiento de disposiciones legales, presupuestales y principios de la contratación ya que la especialidad por la que se creó la Contraloría General de la República es para el control y el manejo adecuado de los recursos. Ello tendiente a que el control fiscal sobre los contratos Estatales sólo se inicia concluidos los trámites administrativos de legalización, liquidados o terminados. Sin embargo, es preciso indicar que como la Procuraduría tiene la facultad de ejercer este control previo es necesario que este mecanismo se desarrolle de conformidad a las herramientas de que dispone el Ministerio Público y se apliquen las normas preventivas que esta entidad tiene a su disposición, ya que la procuraduría posee gran cantidad de decretos, circulares, normas y demás reglamentaciones recientes a su disposición recientes que pueden dar muy buen resultados en materia preventiva y como control previo.

En la actualidad se ha cercenado el único modelo preventivo existente para la Contraloría que era el mecanismo de advertencia, pues no constituye una modalidad de control toda vez que no tiene carácter vinculante, no implica intervención en la administración y se enmarca dentro de la competencia general de vigilancia de la gestión fiscal previsto como función de la Contraloría.

Este hecho demuestra que se ha confundido la función de advertencia con la función del control fiscal.

Se encontró que el control fiscal previo comprende el control de la legalidad que hace parte del principio de colaboración armónica que debe prevalecer entre las ramas del poder público cumpliendo con las finalidades constitucionales legítimas y relevantes como prevenir el deterioro y afectación del patrimonio público protegido por la constitución, hecho que no puede constituir una interferencia en la administración cuando no se decide sobre la ejecución el gasto público. Se ajusta a los principios, valores, derechos y finalidades constitucionales para que el control fiscal sea amplio e integral. Sin embargo, es inconstitucional para la contraloría toda vez que la Constitución señala que el control que ejerce la contraloría es posterior y selectivo. Sin embargo la Procuraduría ha desarrollado un modelo preventivo en el cual no puede interferir en la administración y solamente está sujeto a hacer recomendaciones por el Jefe del Ministerio Público. Sin embargo tiene la facultad de suspender actos administrativos o tomar medidas preventivas únicamente en el transcurso en que se inicie un proceso disciplinario.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-967 de 2012, el entendimiento amplio e integral de la función de vigilancia y control fiscal de la Contraloría a la luz del principio de interpretación conforme debe entenderse en los términos de que el control fiscal comienza desde el momento en que la entidad o un particular disponen de los fondos oficiales siempre que no implique una injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de la entidad vigilada.

Deben tomarse medidas legales y oportunas para que el gasto público sea racional, eficiente y eficaz. Por ello, es necesario implementar un sistema de prevención eficiente que pueda ejecutarse por la Contraloría sin que se incurra en coadministración o en su defecto se revise la constitucionalidad del mecanismo de advertencia ya que la discrecionalidad no tiene carácter absoluto cuando afecta los derechos de las personas o contraviene las normas jurídicas. Máxime cuando el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil en fecha 5 de marzo de 2008 se ha referido a que la tarea de una administración pasiva o de control no es ejecutar acciones administrativas si no verificar la legalidad, la eficacia y eficiencia de la gestión administrativa. Esto en la medida en que la contraloría es el órgano especializado para coadyuvar en una buena gestión del gasto público. En este caso y previendo que el control preventivo esta en cabeza de la Procuraduría debe intentarse equilibrar las cargas entre estas dos entidades para que desarrollen esta función.

Es preciso hacerse un análisis sobre las oficinas de control interno que ejercen control previo de las entidades a las que pertenecen. La auto vigilancia conlleva a un conflicto de intereses ya que los funcionarios de estas oficinas son nombrados por el ordenador del gasto a quien se dirige la acción de control. El artículo 8 del Estatuto anticorrupción faculta a la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial a que designe el responsable del control interno y en las entidades del orden nacional son designados por el Presidente de la República.

El ejercicio del Estado Social de Derecho no excluye ningún acto administrativo de la vigilancia del Estado para salvaguardar la legalidad de las actuaciones administrativas. Es un

factor primordial de los órganos de control prevenir la violación de las normas jurídicas, la extralimitación de funciones y violaciones a los derechos de los ciudadanos. Lo que implica que las actuaciones precontractuales que generen actos administrativos deben revisarse.

Las circunstancias de corrupción que padece la administración pública son hecho notorio que dificulta el cumplimiento de los fines de Estado. Los juicios fiscales tienen naturaleza resarcitoria e indemnizatoria por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad Estatal susceptible de impugnación ante lo contencioso administrativo que a su vez genera desgaste institucional ya que los resultados confluyen a los 10 años de haberse iniciado la investigación. Por lo tanto; el Estado reacciona cuando se ha causado el daño y generalmente el detrimento patrimonial es irrecuperable.

Se encontró que el control posterior y selectivo asignado a las Contralorías es constitucional pero incompleto ya que no abarca el control sobre los actos administrativos de carácter precontractual quedando un vacío en la legislación, sin embargo, este control precontractual existe en la medida en que intervenga la procuraduría mediante acciones preventivas y se hagan las recomendaciones pertinentes ya que está probado que las oficinas de control interno que carecen de eficiencia. La Corte Constitucional en su jurisprudencia señala que no se debe excluir el control fiscal cuando están comprometidos los dineros públicos. Y en adición a ello; en un Estado de derecho no pueden existir actos de la administración sin control. No se trata de interpretar las normas para excluir el control fiscal máxime cuando están comprometidos dineros del Estado. A la luz del principio de interpretación; la Corte

Constitucional señala que debe entenderse que el control fiscal comienza desde el momento mismo en que una entidad o un particular disponen de fondos oficiales incluyendo el proceso de manejo e inversión.

En lo que tiene que ver con el control previo es inconstitucional teniendo en cuenta que de conformidad a lo establecido por la Corte Constitucional el ejercicio del control que ejerce las contralorías es de carácter administrativo pasivo hecho que convierte el ejercicio del control previo en coadministración, además que en el caso de llegar a realizarse, de conformidad al artículo 267 constitucional la forma de control fiscal establecida para la contraloría es posterior y selectiva por tanto esta, no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización. Pese a ello; la Corte Constitucional llama al ejercicio de control fiscal administración pasiva, actividad que no tiene nada que ver con la administración toda vez que la contraloría en el desarrollo de su función no decide por la entidad auditada ni interviene en la autonomía administrativa de la misma, su tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y revisar la eficiencia y eficacia de la administración activa o del ente auditado.

Es importante manifestar que si la Contraloría en el desarrollo del control fiscal ejerce una administración pasiva de conformidad a lo señalado por la Corte Constitucional el desarrollo de esta actividad de control fiscal sería contraria a la prohibición que se consagra constitucionalmente en el artículo 267 Superior ya que la contraloría no tiene funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización.

Es preciso aclarar que la contraloría no tiene porqué intervenir frente a unas decisiones o actos administrativos que guarden la legalidad y el respeto a los derechos. Debe considerarse que el respeto por los derechos, el respeto al principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, a la conservación de la legalidad en las decisiones de la administración y el buen uso de los dineros públicos requieren que se protejan los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad entre otros, además, el fundamento de la vigilancia de la gestión fiscal del Estado está basado en la eficiencia, la economía, la equidad y valoración de los costos ambientales.

Lo anterior permite establecer que debe revisarse el principio de interpretación con la constitución según el cual el entendimiento que acoja la Corte debe ser el que más se ajuste a los principios, valores, derechos y finalidades constitucionales que informan el control fiscal amplio e integral. Sin embargo la Corte limita la integralidad al control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados dejando al arbitrio de las oficinas de control interno el control previo. Para que la contraloría pueda ejercer un control previo es necesaria una reforma constitucional. De constitucionalizarse el control previo; los organismos de control fiscal en la etapa previa del contrato solo podrán sujetarse al control de legalidad, al cumplimiento de requisitos de contratación, evaluar la eficacia y eficiencia de la gestión administrativa de la administración mediante un mecanismo oportuno y ágil que diferencie las funciones administrativas de la gestión fiscal.

Por tanto, la función fiscalizadora debe permanecer independiente de la administración salvaguardando la colaboración mutua para lograr el cumplimiento de sus fines y del Estado. Es necesario el desarrollo de campañas institucionales de prevención de corrupción implícitas en el artículo 80 del Estatuto Anticorrupción y la capacitación a la comunidad para promover valores y conozcan sus derechos función que le corresponde a la Procuraduría

Se observa que la participación en gestión y control de la comunidad en etapa previa en contratos es limitada ya que no existe regulación de la actividad de control para ellos, protocolo ni competencias, procedimiento ni límite de su intervención. Pese a que las veedurías ciudadanas pueden ejercer vigilancia preventiva y posterior de la gestión administrativa a la contratación pública, también hacer recomendaciones escritas y oportunas ante las entidades que ejecuten un proyecto o contrato , denunciar hechos u omisiones y contravenciones de conformidad a lo señalado en el artículo 4 de la ley 850 de 2003, su participación es deficiente por el escaso apoyo del Estado, sumado a que requieren conocimientos especializados y es limitada en zonas alejadas del nivel central por carecer de recursos y de motivación a participar por parte de los ciudadanos. Participan generalmente en procesos articulados con la Contraloría General de la Nación cuyo carácter es de control fiscal posterior. Por ello; la vigilancia en la gestión pública debe fortalecerse.

Se encontró como ejemplo trascendente que el Estado Chileno mediante el mecanismo de toma de razón de los decretos y resoluciones que aprueban contratos autorizados por ley de presupuesto y verificando cumplimiento de los requisitos del ordenamiento jurídico efectúa

intervención previa, ya que las tesorerías no hacen pagos sin decreto de autoridad competente, la licitación predomina en los contratos de obra, examina y juzga cuentas del que tengan a su cargo bienes y fondos fiscales, realiza indicadores de desempeño en la gestión. El Ministerio de obras registra los contratos y califica la labor del contratista. Hay especialización por comisiones como la de apertura y de evaluación. La Contraloría General emite pronunciamientos obligatorios, interpreta normas jurídicas, emite dictámenes u oficios que hacen jurisprudencia. Posee una fiscalía y tribunales de cuenta. Todo ello hace que tenga bajo su completo dominio la ejecución del gasto público e impide el desarrollo de la corrupción en la actividad contractual siendo sobresaliente ejemplo para la legislación colombiana.

Por otra parte, la información de gestión de la Contraloría General de la Nación 2011-2012 en Colombia realizó hallazgos en el uso de los recursos de regalías hallazgos para la vigencia entre 2008-2011; 66 obras inconclusas e inservibles en 13 municipios de 4 departamentos de Colombia; Meta, Cesar, Magdalena y Atlántico lo que expone deficiencias en planeación de obras.

Propongo con el fin de superar las irregularidades encontradas en el mecanismo de control previo y para combatir la corrupción las siguientes estrategias:

1. Que se desarrolle un modelo de proceso preventivo constitucional en tiempo real para la Contraloría General de la República con el que pueda supervisar, realizar el control y seguimiento precontractual de obras y evalúe el cumplimiento de disposiciones legales, presupuestales y principios constitucionales.

2. Que los directores de las oficinas de control interno de las entidades públicas sean nombrados por el DAFP Departamento Administrativo de la Función Pública o en su defecto por otra entidad independiente a la entidad vigilada o se realicen los controles internos por entidades ajenas a la dependencia.
3. Las políticas del control interno en el tema de contratación deben estar basadas en el direccionamiento estratégico institucional enfocado en la administración y prevención del riesgo haciendo seguimiento a los planes institucionales y de mejoramiento.
4. Debe ser de carácter obligatorio en toda entidad pública la conformación de un comité de contratación responsable de todos los procesos contractuales de la entidad. Es una materia que no debe quedar solo en manos de la dirección administrativa.
5. Los actos administrativos derivados del proceso de contratación deben tener el visto bueno del comité de contratación institucional y los procesos de contratación deben ser adelantados en conjunto. No deben ser atribuibles únicamente al ordenador del gasto.
6. Las investigaciones que inicie la Contraloría General de la Nación deben comenzar desde el instante en que sean reportados los hallazgos y las auditorías en materia contractual deben ser iniciadas una vez finalizado el periodo del ordenador del gasto en tiempo real y no un año después como generalmente se programan.

7. Es preciso crear una jurisdicción especial en lo contencioso administrativo para resolver los recursos de apelación a las decisiones administrativas de los hallazgos en materia contractual de la Contraloría General mediante procesos verbales para que el mecanismo sea más ágil.
8. Es necesario que el Estado asigne recursos de investigación a las veedurías ciudadanas para promover el interés en el desarrollo de investigaciones y denuncias. Además capacite a los integrantes de estas veedurías de manera integral y para el desarrollo de sus funciones. Estas organizaciones deben ser protegidas por el Estado en el desarrollo de sus investigaciones.
9. Es imperioso adelantar campañas interinstitucionales y públicas permanentes anticorrupción para educar los ciudadanos en valores éticos, en los principios básicos de convivencia y fomentar la cultura de buen uso a los dineros públicos y que la Procuraduría se empodere de esta gestión frente a los funcionarios públicos y la comunidad.
10. Desarrollar un marco procedimental identificando el límite de la actividad de control, funciones y facultades para la vigilancia preventiva y posterior de las veedurías ciudadanas y hacer énfasis en la preparación de los veedores en conocimientos especializados de contratación para que puedan desarrollar su labor adecuadamente.
11. Es pertinente calificar la labor del contratista al finalizar la obra que debe ser producto de una buena planeación y estudios previos. Esta calificación debe ser prerequisite para contratar con las entidades del Estado.

12. Los sistemas de denuncia y de protección de denunciantes deben estar al alcance del funcionario público y de la comunidad, estar acorde con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción y ser actualizados. Sería fructífero promover la denuncia anónima para los casos de contratación irregular o delictuosa.
13. Es necesario desarrollar un código de ética obligatoria para los funcionarios públicos.
14. El Estado Colombiano debe trabajar de la mano con la Organización Latinoamericana del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) para promover integración de las EFS Entidades Fiscalizadoras Superiores Latinoamericanas para desarrollar políticas generales y programas conjuntos hacia la modernización con el fin de combatir la corrupción, fortalecer los entes de control y promover la unión latinoamericana.
15. La inclusión de los mapas de riesgo institucionales en el Estatuto anticorrupción requiere mayor acompañamiento y exigencia en su elaboración por parte del Estado como sistema preventivo de riesgos.
16. La rendición de cuentas debe realizarse no solo de manera electrónica sino también presencial. La parte electrónica con el fin de que cualquier persona pueda conocerla y presencial para que haya mayor comunicación entre el ciudadano y el ordenador del gasto. Esta materia debe ser indelegable.
17. Es preciso hacer énfasis en el funcionamiento de las Comisiones Regionales de Moralización con lineamientos claros y expresos de la comisión nacional de moralización para llevar a cabo acciones conjuntas institucionales y luchar contra la corrupción además de

que debe promoverse acciones pedagógicas y formativas en aras de velar por la transparencia y la moralidad de los funcionarios públicos cuyo reporte y asistencia debe ser obligatorio con balance de resultados mensual.

18. La Contraloría General de la República debe tener mayor control sobre los seguimientos permanentes a los planes de mejoramiento impuestos a cada una de las oficinas de control interno para corregir las fallas encontradas en el funcionamiento de las mismas como resultado de las auditorías, teniendo presente que los resultados de la actividad de las oficinas de control interno y del control externo hecho por las contralorías deben articularse para logros efectivos.
19. Es necesario desarrollar una guía de control previo para que lo ejerzan las oficinas de control interno de manera responsable, oportuna y eficiente.
20. Debe revisarse el texto de inconstitucionalidad sobre el mecanismo de advertencia de la Contraloría toda vez que se ha probado que es constitucional y sus bondades son significativas contribuyendo a combatir la corrupción.
21. Debe establecerse un porcentaje mínimo sobre la cuantía del proyecto de contratación para que la Procuraduría intervenga, la cual debe ser informada a esta entidad para que determine si se ejerce o no la vigilancia preventiva oficiosamente
22. Las diligencias preventivas que inicie la PGN deben tener unos delineamientos para que sea de mayor efectividad y hagan obligatoria la intervención de este ente de control en casos especiales.

23. Es preciso que se regule la acción de controversias contractuales únicamente a los asuntos contractuales como su nombre lo indica ya que la posibilidad de que este medio de control actué sobre actos administrativos precontractuales causa confusión, toda vez que para ellos están destinados legalmente los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.
24. Esclarecer las funciones del Ministerio Público de la Personería, en su alcance frente a la intervención en materia precontractual, ya que esta debe actuar como órgano independiente y no ceñido al mandato del máximo jefe del Ministerio Público, lógicamente la actividad entre estos dos órganos de control debe ser articuladas y deben realizarse coordinadamente entre las dos dependencias.
25. (Sobre las encuestas) El control fiscal previo debe ser válido según la función que desde la Constitución se le ha otorgado a las Contralorías, sobre todo debe posibilitar un análisis de los aspectos técnicos, administrativos y financieros del posible contrato además de permitir realizar una medición real de la viabilidad de la contratación respecto al beneficio de la población y a la responsabilidad del estado, siendo oportuno, autónomo e independiente, vinculante fundamentado en metas y riesgos.
26. (Sobre las encuestas) Un 95% de los encuestados manifestaron que el control ejercido por las oficinas de control interno es poco productivo y caracterizaron su efectividad como mínima, baja o inexistente argumentando vicios como nombramientos imparciales, falta de independencia de la gerencia y posibilidad de corrupción.

27. (Sobre las encuestas) Respecto al control fiscal previo que fue ejercido por la contraloría un 50% argumenta que no es necesario, además de ser inconstitucional, afirmando que el asunto radica en fortalecer los controles de advertencia, generar más peso y seriedad en los mismos y en las oficinas de control interno.
  
28. (Sobre las encuestas) Respecto al control Fiscal previo ejercido por la contraloría un 50% afirma que es sumamente importante y necesario retomar la posibilidad de realizarlo en tanto es el único medio que posibilitaría evitar el daño patrimonial y cuidar con efectividad los recursos invertidos por el estado y al no existir se limita la acción de la contraloría como un órgano de control.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amador, S. (2008). *Auditoria Administrativa. Proceso y Aplicación*. México: Mc Graw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Amaya, O. (1996). *Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal*. Santa Fe de Bogotá D. C.- Colombia: Ediciones Umbral.
- Ardila. (2012). *Guía Metodológica para realizar la Auditoria a la Contratación Pública*. Bogotá: Oficina de Apoyos Especiales y Apoyo Técnico Auditoria General de la Republica.
- Arrieta, Bachrach, Chelinsky, Guerrero, Londoño, Marulanda, Montenegro, Pachon, Plazas, Ramirez, Rovany, Sarmiento, Egovia, Silva, Vallejo, Vivas, Wiesner, Zafra. (1994). *Control y Evaluación de la Gestión Pública*. Los Desafíos de la Nueva Constitución. Santafé de Bogotá. Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Arango, Salas, Navarrete, Pardo & Campos (2006). *Control Fiscal, Modernización y Lucha Contra La Corrupción*. Experiencias en América Latina. Bogotá D.C., Colombia: Contraloría General de la Republica
- Arens, Elder & Beasley, (2007). *Auditoria Un enfoque integral*. México: Pearson. Educación de México, S.A. de C.V.
- Arbeláez (2007). *Curso de Derecho Constitucional General*. Bogotá.- Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Beltrán, Bergoglio, Castrillón, Cataño, Elbert, Feest...Montes. (2003). *Teoría e Investigación en Sociología Jurídica. Homenaje a Fernando Hinestrosa 40Años de Rectoría 1963-2003*. Bogotá: Colombia: Sigma Editores. Gamarra.

- Betancur, J. (1999). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Librería Señal Editora.
- Bell, Peecher, Solomon, Marrs & Thomas (2007). *Auditoria Basada en Riesgos. Perspectiva Estratégica de Sistemas*. Bogotá D.C: Editorial Kimpres Ltda.
- Blanco, L (1998). *Normas y Procedimientos de la Auditoria Integral*. Santa fe de Bogotá, D.C: Litografía Mercurio
- Bonivento, F (2008). *Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales*. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial ABC.
- Carrillo, P. (2007). *Etapas de la Contratación Estatal*. Bogotá, D.C: Escuela Superior de Administración Pública.
- D'angostino, F. (2007). *Filosofía del Derecho*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A. Universidad de la Sabana.
- Domínguez, G & Higueta, R (2001). *El Nuevo Control Fiscal*. Bogotá.- Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Escobar, H (2000) *El Contrato Estatal de Obra: Descripción Clausulas Comentarios Criticas*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.
- Fajardo, V. (2014). *Manual de Contratación Pública*. Departamento de Antioquia. Gobernación de Antioquia.
- Fajardo, (2007) *Las Funciones de Intervención y Conciliación del Ministerio Publico*.-Bogotá: Procuraduría General de la Nación – Banco Interamericano de Desarrollo.

Faceta Jurídica Leyer No. 68 (2015, Marzo –Abril) Contratación Estatal. Una vez celebrado, la ilegalidad de los actos previos solo pueden cuestionarse mediante la acción contractual.

Faceta Jurídica Leyer

Forero, T (2015,29, 03). La Politización de los Órganos de Control. El Espectador, p.13.

Gamarra, H. (2006). *Control Fiscal, Funciones de Advertencia y Lucha Contra la Corrupción*. Impreso en Colombia: Imprenta Nacional.

Gaviria, D. (2007). *El Juez como Interprete Limite de las Decisiones de la Administración Pública En Garzón*. (E.d), Gerencia Jurídica Pública (pp. 105-107). Bogotá: Imprenta Distrital.

Gómez L., I. (2016). *El derecho de la contratación pública en Colombia: Análisis y comentarios a los reglamentos – Nuevo Decreto 1082 de 2015*. Bogotá: Editorial Leyer.

Gómez S., Francisco. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Editorial Leyer.

Gómez, L (2010). *Contratación Visible. Manual para un Buen Control de Recursos en la Contratación Pública*. Bogotá D.C: Auditoria General de la Republica en Coedición con el Instituto de Estudios del Ministerio Publico – IEMP –

Gonzales, R. (2001). *El Contencioso Contractual*. Bogotá: Editorial Panamericana.

Güecha, M. (2010). *Contratos Administrativos. Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación*. Bogotá, D.C.- Colombia: Grupo Editorial Ibáñez

Guzmán, D. (2010). *Cultura y Delito*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Editorial Temis

- Harmut, M. (2011). *Derecho Administrativo*. Parte General. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Herrera, R, (2012). *Aspectos Generales del Derecho Administrativo*. Barranquilla- Bogotá Colombia: Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibáñez.
- Lafont, P, (2001). *Manual de Contratos. Panorama de la Negociación y Contratación Contemporánea*. Bogotá, D.C., Colombia: Grupo Ediciones Librería del Profesional
- Lamprea, R. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá – Colombia: Editorial Temis S.A.
- Manrique, R. (2010) *Fundamentos de la Organización y del Funcionamiento del Estado Colombiano*. Medellín-Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Mantilla, (2002). *Control Interno. Estructura Conceptual Integrada*. Herramientas de evaluación, reporte a partes externas, estructura conceptual, resumen ejecutivo. Bogotá D.C: Ecoe ediciones
- Martínez. (2006). *Corrupción, Funcionario Público y Medio Ambiente*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Merino. (2010). *Ética Pública*. México D.F: Siglo XXI. Editores, S. A. de C.V.
- Montaña, P. (2005). *El concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*. Bogotá-Colombia: Proyectos Editoriales Curcio Penen.
- Monsalve, C (2010). *Responsabilidad Precontractual. La Ruptura Injustificada de las Negociaciones*. Bogotá, D.C.- Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

- Mora, C. & Rivera, M. (2013). *Derecho Administrativo y Procesal Administrativo Teórico-Práctico*. Bogotá - Colombia: Editorial Leyer.
- Ospina, F. & Ospina, A. (2009). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá.- Colombia: Editorial Temis S.A.
- Palacio, H. (2008). *La Transparencia en la Contratación del Estado*. Bogotá-Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Penagos. (1997). *El Acto Administrativo*. Tomo II. 6ª Ed. Bogotá: Ediciones Librería.
- Ossa, A. (2000). *Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una Teoría General y una Aproximación para su Autonomía*. 1ª Ed. Colombia: Legis Editores S.A.
- Procuraduría Delegada Para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública. (2010). *Recomendaciones Para la Elaboración de Estudios Previos*. Aplicación del Principio de Planeación en la Contratación de las Entidades Públicas. Bogotá: Publicultural S.A
- Ramírez, P. (2008). *Estatuto de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: D.C: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Ramírez, P. (2005). *Selección de Contratistas Contratación Directa*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Rodríguez, G. & Fabián, C. (2008). *Corrupción y Delincuencia Económica*. Bogotá- Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sánchez, T, (2004). *Acto Administrativo, Teoría General*. 3ª Ed. Bogotá: Editorial Legis.

- Santofimio, G. (1996). *Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los Conceptos de la Administración Pública y el Derecho Administrativo*. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Sanguinetti et al. (2001). *Sociología del Desarrollo, Políticas Sociales y Democracia*. Estudios en Homenaje a Aldo E Solari. Primera Edición: México: Siglo XXI Editores, S.A. de C.V.
- Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C – Dirección Jurídica Distrital, (2007). Seminario de Contratación Estatal – Memorias. Imprenta Distrital- Dirección Distrital de Desarrollo Institucional.
- Taboada, C. (2002) *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Universidad Externado de Colombia. (2003) *Problemática de los Pequeños Municipios en Colombia ¿Supresión o Reforma?*. Bogotá-Colombia.
- Vargas, C. (2010). *Las Obras Públicas. Una Visión Pragmática del Proceso General de Contratación*. Bogotá, D.C.-Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Vedel. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Aguilar S.A. Ediciones
- Vidal, P. (2008). *Derecho Administrativo*. Bogotá, D.C.-Editorial Legis.
- Villegas. (1992). *Filosofía del Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.
- Younes, M. (2010). *Derecho del Control Fiscal*. 6ª Ed. Bogotá, Colombia: Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP) e Imprenta Nacional de Colombia.
- Younes, M. (2000). *Régimen del Control Fiscal y del Control Interno*. Bogotá- Colombia: Editorial Legis.

Younes, M. (1987). *Régimen del Control Fiscal*. Bogotá- Colombia: Editorial Temis.

## Normatividad

Acto Legislativo número 1 de 1945 y/o Reforma Constitucional de 1945.

Congreso de la República. *Decreto 1082 de 2015*. “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”. En: Diario Oficial N° 49741 del 26 de mayo de 2015.

Congreso de la República. *Decreto 1510 de 2013*. Reglamenta el Sistema de Compras y Contratación Pública que ha sido reemplazado por el Decreto 1082 de 2015

Congreso de la República. *Ley 1712 de 2014*. “Por medio de la cual crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N° 49084 de marzo 6 de 2014.

Congreso de la República. *Ley 1510 de 2013*. “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”. En: Diario Oficial N° 48854 de julio 17 de 2013.

Congreso de la República. *Ley 1530 de 2012*. “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”. En: Diario Oficial N° 48433 del 7 de mayo de 2012.

Congreso de la República. *Ley 1437 de 2011*. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. En: Diario Oficial N° 47.956 de 18 de enero de 2011.

Congreso de la República. *Decreto 028 de 2008*. “Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones. En: Diario Oficial N° 46867 de enero 10 de 2008.

Comisión Primera del Senado. *Proyecto de Ley N° 181 de 2004*. “Por la cual se reglamentan los organismos de control fiscal, se organiza su función pública, se deroga la Ley 610 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. *Ley 850 de 2003*. “Sobre la organización del sistema de control fiscal y los organismos que lo ejercen”. En: Diario Oficial N° 40732 del 27 de enero de 1993.

Congreso de la República. *Ley 819 de 2003*. Por la cual se Dictan Normas en Materia de Presupuesto, Responsabilidad y Transparencia Fiscal.

Congreso de la República. *Ley 734 de 2002*. “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”. En: Diario Oficial N° 44699 del 5 de febrero de 2002.

Congreso de la República. *Ley 599 de 2000*. “Por la cual se expide Código Penal Colombiano”. En: Diario Oficial N° 44.097 de 24 de julio del 2000.

Congreso de la República. *Ley 617 de 2000*. Reforma la ley 136 de 1994, el decreto 1421 de 1993 entre otras y dicta normas para Fortalecer la Descentralización y Racionalización del Gasto Público

Congreso de la República. *Ley 610 de 2000*. Que establece el Trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal.

Congreso de la República. *Ley 550 de 1999*. “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y

se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”. En: Diario Oficial N° 43.940 de 19 de marzo de 2000

Congreso de la República. *Ley 489 de 1998*. “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N°43.464 del 30 de diciembre de 1998.

Congreso de la República. *Ley 358 de 1997*. “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”. En: Diario Oficial N° 42.973 de febrero 4 de 1997.

Congreso de la República. *Decreto 111 del 1996*. “Por la cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto”. En: Diario Oficial N° 42692 del 18 de enero de 1996. En: Diario Oficial N° 42692 del 18 de enero de 1996.

Congreso de la República. *Ley 80 de 1993*. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. En: Diario Oficial N° 41.094 del 28 de octubre de 1993.

Congreso de la República. *Ley 87 de 1993*. “Por la cual se establece normas para el ejercicio de control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones”. En: Diario Oficial N° 41120 de noviembre 29 de 1993.

Congreso de la República. *Ley 42 de 1923*. (Derogada) Reorganiza la Contabilidad Oficial y crea la Contraloría, da paso a la creación de Contralorías Territoriales

Congreso de la República. *Decreto 924 de 1976*. Establece la Estructura Orgánica de la Contraloría General de la República (Derogado por el artículo 151 de la ley 106 de 1993)

Congreso de la República. *Decreto 925 de 1976 (Derogada)*. Determina procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, alcance del control previo y la contabilidad general de la Nación y Estadística.

Congreso de la República. *Ley 68 de 1866*. Que crea la Secretaría de Hacienda y del Tesoro

Decreto Supremo MOP No.75 de 2004 de la Contraloría General de la República de Chile. Mecanismo de Toma de Razón.

Documento Compes 3654 de 2010. Determina la política de rendición de cuentas de la rama ejecutiva a los ciudadanos.

Ley 10336 de 1952 Ley de organización y atribuciones de la contraloría general de la república de Chile.

Ley 617 de 2000 Que Fortalece la Descentralización y Racionaliza el Gasto Público

Ley 64 de 1931 Ley Orgánica del Presupuesto

Ley 136 de 1994 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Ley 20 de 1975 (Derogada) da origen a los Controles Previo, Perceptivo y Posterior, amplía la facultad de la Contraloría para Fiscalizar a particulares que manejen bienes y recursos del estado.

Resolución 490 de 2008. Procuraduría General de la Nación. Por la cual se creó el Sistema Integral de Prevención

Memorando 001 de 2013 de la Procuraduría General de la Nación que actualiza la guía control a la contratación estatal señala cómo ejercer control a la contratación estatal

Resolución 213 de 2010 Procuraduría General de la Nación Por medio de la cual se reglamenta el funcionamiento de la Instancia Coordinadora de la Función Preventiva Integral, y modifica la Resolución 490 de 2008 y se dictan otras disposiciones.

Resolución 456 de 2010. Procuraduría General de la Nación por medio de la cual se fijan políticas y se definen aspectos relevantes de la actuación preventiva integral que las dependencias competentes de la Procuraduría General de la Nación, realizan sobre la gestión contractual de las entidades públicas y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado

Resolución 132 de 2014 Procuraduría General de la Nación por medio del cual se establece un nuevo enfoque, principios, lineamientos para el ejercicio de la función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación, se modifica y fortalece el Sistema Integral de Prevención y se dictan otras disposiciones

Resolución 055 de 2015 Procuraduría General de la Nación que adiciona a la resolución 132 de 2014 y crea diferentes tipos de actuación en el marco de los escenarios señalados en el modelo de gestión de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación

Resolución 023 de 15 de enero de 2015 Procuraduría General de la Nación por medio de la cual se restablece la metodología para que la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las Personerías cumplan con las funciones y atribuciones estipuladas en la Ley 1712 de 2014

## Jurisprudencia

Corte Constitucional. *Sentencia C-103 de 2015*. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. *Sentencia C-499 de 2015*. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. *Sentencia C-967 de 2012*. M.P. Palacio.

Corte Constitucional. *Sentencia T -391/2007*. Sala Tercera de Revisión (2007).

Corte Constitucional. *Sentencia SU-713 de 2006*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. *Sentencia C-648 de 2002*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. *Sentencia C-716 de 2002*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. *Sentencia C-623 de 1999*. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional en sentencia C-113 de 1999 MP. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional. *Sentencia C-400 de 1999*. M.P. Naranjo.

Corte Constitucional. *Sentencia C-623 de 1999*. M.P. Gaviria.

Corte Constitucional *Sentencia C-568 de 1997* M.P Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional. *Sentencia C-189 de 1998*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. *Sentencia C-069 de 1995*. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, *Sentencia T-145 de 2012*. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de (2006), Radicación R-7664

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. María Elena Giraldo Gómez, de fecha 26 de abril de 2006, Radicado Numero 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188)

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente. Zambrano de fecha 5 de marzo de (2008), Radicación No. 1.882, Número único No 11001-03-06-000-2008-00014-00

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en fallo 12037 de 19 de julio de 2001. Consejero Ponente. Alier Hernández, E, Radicado Numero 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 10 de diciembre de 2014, M.S. Dra. Valle de la Hoz, exp.25000-23-26-000-2000-01305-01(27203)

Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo fallo de 20 de octubre de 2014, Consejero Ponente Santofimio, Gamboa, Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809)

Procuraduría Primera Delegada de Contratación Estatal. Fallo Segunda Instancia de 12 de septiembre de (2008). Rad. No. 120-2216-2006. (2008).

Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad M.P. Álvaro Cruz Riaño, Fallo de primera instancia de julio 13 de 2015, Radicación: 05001 23 33 000 2014 02141 00

## Páginas Web

Aponte, D. (2014). Las Fallas de Planeación y su Incidencia en el Contrato Estatal de Obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo N°. 11*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php>

Araya, (2009). *Alega sobrecarga de funciones: Contraloría rechaza críticas de querer coadministrar el país*. Semanario Universidad de Costa Rica. Recuperado de <http://www.semanariouniversidad.ucr.cr/component/content/article/307-Pa%C3%ADs/1070-alega-sobrecarga-de-funciones-contraloria-rechaza-criticas-de-querer-coadministrar-el-pais.html>

Balcázar, M, (2012). *La Supervisión de los Contratos Estatales en las Entidades Autónomas del nivel Nacional de la Administración Pública*. (Tesis de Maestría). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá. Recuperado de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3820/53140408-2012.pdf?sequence=1>

Betín del Río (2015). *Presidente denuncia “Mafias” en contratación pública en regiones*. El Heraldo. Recuperado de: <http://www.elheraldo.co/politica/presidente-denuncia-mafias-en-contratacion-publica-en-regiones-204410>

Brigard & Urrutia, (2013). *Contratación Estatal en Colombia*. Recuperado de <http://bu.com.co/es/noticiasypublicaciones/200>

Bonilla, M. (2012). *La Contratación Estatal y el Control Interno*. Buenas prácticas de auditoría y control interno. Recuperado de <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/buenas-practicas-auditoria-y-control-interno-las-organizaciones/la-contratacion-estatal>

Caracol (2015,08, 11) Renuncia el Gobernador Álvaro Cruz, envuelto en escándalo de corrupción. Noticias Canal Caracol.com. Recuperado de:  
<http://www.noticiascaracol.com/colombia/renuncia-el-gobernador-alvaro-cruz-enc-vuelto-en-escandalo-de-corrupcion>

Contraloría General de la República de Chile. (s.f.). *Portal*. Recuperado de  
[http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portaICGR/v3ESP?\\_nfpb=true&\\_pageLabel=P18200239681286226265111](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portaICGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111)

Contraloría General de la Republica. (2011). *Informe Concepto del Sistema de Control Interno 2011*. Recuperado de  
<http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/116274396/Informe+de+Control+interno+2011.pdf/7dc3f5e7-d512-4a1f-86d5-bcb212b8f2c4>

Corporación Transparencia por Colombia. (2013). *Índice de percepción de corrupción 2013: A pesar de avances normativos*. Colombia mantiene altos niveles de percepción de corrupción. Recuperado de  
[http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=441:indice-de-percepcion-de-corrupcion-2013](http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=441:indice-de-percepcion-de-corrupcion-2013)

Contraloría General de la Republica de chile, Zúñiga Mendoza, (2012) Cuenta Pública  
Recuperado de  
[http://www.contraloria.cl/NewPortal2/Portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/DeEstados/Cuenta\\_Publica/2012/CuentaPublica2012.pdf](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/Portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/DeEstados/Cuenta_Publica/2012/CuentaPublica2012.pdf)

Contraloría General de la República de Chile, portal Recuperado de  
<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Menu/Nosotros/Funciones.html>

DAFP - Imparte Instrucciones Sobre Función Preventiva a Entidades Públicas. (2015,23 de agosto). *Ámbito Jurídico*. Com. Recuperado de:

[www.ambitojuridico.com/Bancoconocimiento/Administrativo/dafp-imparte-instrucciones-sobre-funcion-preventiva-a-entidades-publicas.asp](http://www.ambitojuridico.com/Bancoconocimiento/Administrativo/dafp-imparte-instrucciones-sobre-funcion-preventiva-a-entidades-publicas.asp)

DAFP (2005, Mayo) Incidencia de la Carta Iberoamericana de la Función pública en el desarrollo de la ley 909 de 2004. Carta Administrativa Recuperado de

[http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive\\_publicaciones?no=63](http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive_publicaciones?no=63)

Dirección General de Obras Públicas (DGOP), Pérez Millán, (2004) Reglamento para Contratos de Obras Públicas Recuperado de

[http://www.inch.cl/Tactiva/Marco/art6/Ds\\_75\\_.pdf](http://www.inch.cl/Tactiva/Marco/art6/Ds_75_.pdf)

Exposición de motivos ley 87 de 1993 Recuperado de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7379#1>

Figueroa. (2013). *Etapas del Proceso Publico Contractual*. Contratación Pública y Segura. Recuperado de

<http://contratacionpublicasegura.blogspot.com/2013/02/etapas-del-proceso-publico-contractual.html>

Güecha, M (2007) Los contratos administrativos, una modalidad de actos administrativos. *Revista Principia Iuris*. Vol. 7 (7). Bogotá: Universidad Santo Tomas. Recuperado de

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/691/481>

Karson. (2011). *Métodos para Combatir el Fraude y la Corrupción*. Economía Colombiana Contraloría General de la Republica. Recuperado de:

[http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/75525829/REC332\\_final\\_web.pdf/d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb](http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/75525829/REC332_final_web.pdf/d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb)

Maya, V. (2015). *Urge Cambiar Modelo de Control Fiscal: Contralor*. Red Noticias Recuperado de

<http://www.redmasnoticias.com/portal/redmas/noticias/nacional/politica/detalle/control%20fiscal%20contralor-393556/>

Maya, V (2015,05 ,04) Dice el Contralor Edgardo Maya Villazón: "Es urgente cambiar el actual modelo de control fiscal" Boletines de prensa -2015 Comunicado de Prensa No.063 Recuperado de

[www.contraloriagen.gov.co/web/guest/boletin prensa/-/asset\\_publisher/mQ19/content/dice-el-contralor-edgardo-maya-villazon-es-urgente-cambiar-el-actual-modelo-de-control](http://www.contraloriagen.gov.co/web/guest/boletin prensa/-/asset_publisher/mQ19/content/dice-el-contralor-edgardo-maya-villazon-es-urgente-cambiar-el-actual-modelo-de-control)

Ministerio de Obras Públicas. *Decreto 900 de 2004*. Concesiones de Obras Públicas. Recuperado de:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16121>

Ministerio de Hacienda y Crédito Publico Recuperado de

<http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/credito ydeudapublicos>

Mira, Meza & Vega (2011). *El Control Fiscal en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia. Recuperado de

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis03.pdf>

Ministerio de Hacienda. (s.f.). *Misión, visión y objetivo*. Recuperado de

<http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/elministerio/MisionyVisionobj>

Naranjo, G. (2002). *La responsabilidad Fiscal en Colombia Instrumento para combatir la corrupción o estímulo a la misma?*. Bogotá D.C. (Tesis de Maestría). Universidad el Rosario, Bogotá. Recuperado de

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044102.pdf>

Navas, P. (2011). *Cambio Institucional y Políticas de Prevención. La Corrupción en la Contratación Estatal*. Economía Colombiana Contraloría General de la Republica.

Recuperado de

[http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/75525829/REC332\\_final\\_web.pdf/d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb](http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/75525829/REC332_final_web.pdf/d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb)

Ordoñez, M & Castañeda, C (2012). Guía Control Contratación ¿Cómo Ejercer Control Sobre la Gestión Contractual del Estado? Haciendo Preguntas Inteligentes. Recuperado de:

[www.procuraduria.gov.co/porta/media/file/GUIA%20CONTRATACION%20ESTATAL%20FINAL.pdf](http://www.procuraduria.gov.co/porta/media/file/GUIA%20CONTRATACION%20ESTATAL%20FINAL.pdf)

Organización Latino Americana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores – OLACEFS. (2014). *Carta Constitutiva*. Recuperado de

<http://www.olacefs.com/Olacefs/ShowProperty/BEA%20Repository/Olacefs/uploaded/content/category/793321097.pdf>

Periódico El Espectador Judicial. (2 de junio de 2014). Recuperado de

<http://www.elespectador.com/noticias/judicial>

Peláez G (2013). *Defensa Jurídica Pública de la Auditoria General de la Republica y de los Órganos de Control Fiscal Territorial*. Un desarrollo del programa de pedagogía, prevención y control social en la lucha frontal contra la corrupción. Recuperado de:

[http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca\\_documental/OEE/AGRP13-DefensaJuridicaAGR.pdf](http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/OEE/AGRP13-DefensaJuridicaAGR.pdf)

Portal de la Contraloría General de la República de Chile (2015, 24, 09). *Contraloría General de la República: 85 años de Historia Institucional*. Recuperado de

[http://www.contraloria.cl/NewPortal2/porta2/appmanager/porta2CGR/v3ESP?\\_nfpb=true&\\_pageLabel=P1820023968128622626511](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/porta2/appmanager/porta2CGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P1820023968128622626511)

Portafolio.co (2014-octubre-6). Compromisos para Disminuir la Corrupción en Colombia.

Recuperado de:

<http://www.portafolio.co/economia/corrupcion-colombia-compromisos>

Ramírez, B. (2006, Junio). Seguridad Jurídica. Corte Suprema de Justicia, Revista No.21.

Recuperado de:

<http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/Revista%20No%2021.pdf>

Rueda, M. (2015, Abril ,16). *Función de Advertencia no debe Confundirse con Control Fiscal.*

Ámbito Jurídico.com. Recuperado de

<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/AmbitoJuridicocom/Opinion/funcion-de-advertencia-no-debe-confundirse-con-control-fiscal.asp?Miga=1>

Reyes (2015, febrero). El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad No.7. Recuperado de:

<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2251/1188>

Transparency International. (2013). *Global Corruption Barometer.* Recuperado de

<https://www.transparency.org/gcb2013/report>

Terzano, B. (2003). *Corrupción: Concepto, Realidad y Reflexiones.* Universidad Católica Argentina. Recuperado de:

<http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo3/vc/files/segunda%20parte/03-Terzano.pdf>

Ungar. (2015). *Contralorías Regionales, las que tienen más riesgo de Corrupción.* El Tiempo.

Recuperado de:

<http://www.eltiempo.com/multimedia/especiales/informe-de-transparencia-por-colombia/15798503>

## Informes

BBC, Mundo. (2014). Chile, México, Colombia y Brasil Criticados por no combatir Sobornos de sus Empresas. Recuperado de

[http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas\\_noticias/2014/10/141023\\_ultnot\\_ocde\\_sobornos\\_c ohecho\\_transparencia\\_internacional\\_reporte\\_aw](http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2014/10/141023_ultnot_ocde_sobornos_c ohecho_transparencia_internacional_reporte_aw)

Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha Contra La Corrupción (CNCLCC, tercer informe, 2014). Recuperado de

[http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Informes\\_CNCLCC/TercerInforme\\_CNCLCC2014\\_2.pdf](http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Informes_CNCLCC/TercerInforme_CNCLCC2014_2.pdf)

Contraloría General de la Republica. (2012). Informe sobre la Calidad y Eficiencia del Control Fiscal Interno de las Entidades y Organismos del Estado 2012. Recuperado de

<http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/180089328/INFORME-CONCEPTO-CONTROL-INTERNO-CGR-SEP-2013.pdf>

Contraloría General de la Republica (2011-2012) Informe de Cumplimiento de Funciones y de Gestión al Congreso y al Presidente de la Republica 2011-2012. Recuperado de:

<http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/60012355/Informe+de+Gestion+CGR+Julio+2011-Junio+2012.pdf/230e36fd-85de-41fb-9282-a3811ef1>

Contraloría General de la Republica (de Julio 2012 a junio de 2013) Informe sobre el Cumplimiento de sus Funciones y de Gestión al Congreso y al Presidente de la Republica 2012-2013. Recuperado de

<http://www.contraloriagen.gov.co/.../Informe.../03334710-a32b-4b8f-8820-20efba66363a?>

Contraloría General de la Republica (2014- 2015). Informe de Gestión. Control Fiscal Eficaz para una mejor Gestión Publica Recuperado de:

[http://www.contraloriagen.gov.co/documents/113547616/192162964/informe\\_gestion\\_2014\\_2015\\_final\\_web\\_v2.pdf/e8093745-239c-4a62-b96b-e6d28437ee](http://www.contraloriagen.gov.co/documents/113547616/192162964/informe_gestion_2014_2015_final_web_v2.pdf/e8093745-239c-4a62-b96b-e6d28437ee)

Corporación Transparencia por Colombia. (2012). Índice de Percepción de Corrupción 2012: Colombia Necesita Mostrar resultados concretos contra la corrupción. Recuperado de: [http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=187:indice-percepcion-corrupcion-2012-colombia-necesita-resultados-concretos-contra-corrupcion&catid=94&Itemid=490](http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=187:indice-percepcion-corrupcion-2012-colombia-necesita-resultados-concretos-contra-corrupcion&catid=94&Itemid=490)

Corporación Transparencia por Colombia (2014). Índice de percepción de corrupción 2014: La Situación en Colombia no está Mejorando. Recuperado de: [http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=594:indice-de-percepcion-de-corrupcion-2014-la-situacion-en-colombia-no-esta-mejorando](http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=594:indice-de-percepcion-de-corrupcion-2014-la-situacion-en-colombia-no-esta-mejorando)

Consejo Privado de Competitividad (2011-2012). Corrupción. Recuperado de: <http://www.compitem.com/site/wp-content/uploads/2011/11/corrupcion.pdf>

Informe Observatorio Transparencia y Anticorrupción (2014). Recuperado de <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/nuevos-lineamientos-anticorrupcion.aspx>

Consejo Privado de Competitividad, Informe Nacional de Competitividad (2013-2014) Recuperado de: [http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/2013/11/CPC\\_INC2013-2014-15-Corrupcion.pdf](http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/2013/11/CPC_INC2013-2014-15-Corrupcion.pdf)

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2002). Una Política de Estado Para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública (Documento Conpes 3186) Recuperado de: <http://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3186.pdf>

OLACEFS (2014).EFS de América Latina y el Caribe acuerdan revisar sus procesos para implementar auditorias de desempeño. Boletín Informativo OLACEFS (Edición No. 10)

Recuperado de:

[http://www.olacefs.com/olacefs/ShowProperty/BEA%20Repository/olacefs/Documentos/2014/DOC\\_14\\_106\\_01092014](http://www.olacefs.com/olacefs/ShowProperty/BEA%20Repository/olacefs/Documentos/2014/DOC_14_106_01092014)

OLACEFS (2012).Seminario Internacional Sobre Control Fiscal y Obras Publicas en América Latina. Recuperado de:

[http://www.olacefs.com/Olacefs/ShowProperty/BEA%20Repository/Olacefs/Documentos/2012/DOC\\_08\\_04\\_14082012](http://www.olacefs.com/Olacefs/ShowProperty/BEA%20Repository/Olacefs/Documentos/2012/DOC_08_04_14082012)

Sociedad Colombiana de Ingenieros. (2015).Contratación, elecciones y corrupción (06-08-2015)

Recuperado de:

[http://sci.org.co/sci/Contratacion\\_-elecciones-y-corrupcion.news](http://sci.org.co/sci/Contratacion_-elecciones-y-corrupcion.news)

## ANEXO DE ENCUESTA Y CONCLUSIONES

Estas encuestas han sido realizadas a personal especializado en auditoría de la Contraloría General de la República los cuales reservan su identidad para conservar su confidencialidad.

### **1. ¿Qué característica considera que debe tener el control previo adelantado por las oficinas de control interno para ser una herramienta eficaz en la etapa precontractual de los contratos de obra pública?**

- Que estas oficinas puedan hacer pronunciamientos sobre los procesos y contratos previos a la firma de éstos.
- Se debe tener una herramienta que mida la capacidad técnica, administrativa y financiera efectiva para determinar su efectivo cumplimiento.
- Debe permitir la advertencia a la administración sobre la posibilidad de menoscabo del patrimonio público y a su vez deberá servir como prueba ante un eventual PRF que se adelante cuando la administración de la entidad no tome correctivos de acuerdo a lo advertido por la oficina de control interno.
- Aquella que permite evidenciar deficiencias en los estudios previos por ejemplo, en aras de un mejor manejo y distribución de los riesgos inherentes al proceso de contratación.
- El control interno debe ser oportuno, independiente y técnico.
- El control previo en sí mismo es bueno y oportuno pero depende del operador su efectividad.

- Permite un acompañamiento desde el inicio del proyecto y auditoría permanente en cada uno de sus pasos, la oficina debe ser autónoma e independiente, ser muy técnica y la alta gerencia debe apoyar los procesos.
- Se adelanta por parte de las oficinas de control interno, su trascendencia radica en la importancia que le da la alta gerencia a los informes de control interno, en la mayor parte de los casos los informes no son tomados en cuenta.
- Contar con personal competente para adelantar evaluaciones, mejorar eficiencia en la evaluación.
- Debe ser oportuno y originado en los riesgos asociados, debe ser evolutivo, vinculante y debe ser independiente.
- Revisión de estudios previos, cómo se estiman los valores unitarios y revisión de existencia de diseños previos.

## **2. ¿Qué efectividad ve en el control previo desarrollado por las oficinas de control interno?**

- No veo efectividad debido a que la forma cómo está diseñado su nombramiento, no existe independencia para ejercer el control.
- Útil para evitar desafueros y contratos sin el lleno de requisitos que sólo podrán ser objeto de demanda ante el contencioso una vez suscritos.
- Considero que es mínima la efectividad por cuanto el cargo de Jefe de Oficina de Control interno está muy politizado y no genera mucha confianza.

- Sirve de instrumento para fortalecer los procesos y procedimientos vinculados al proceso de planeación de necesidades de adquisición de bienes y servicios así como aquello que contribuye a minimizar los riesgos.
- La efectividad es baja toda vez que los jefes de esta oficina son suministrados por el representante legal de los sujetos y por tanto no son independientes
- El control previo en sí mismo es bueno y oportuno pero su efectividad depende del operador. Actualmente y entre tantos casos de ineficacia en la gestión pública, muy poca efectividad.
- Racionalidad de gasto y verificación de cumplimiento de los procedimientos en tiempo real, evaluación de la gestión y la trascendencia en tiempo real.
- Efectividad mínima.
- Ninguna, las entidades no están realizando las gestiones necesarias para verificar el buen uso de los recursos y no disponen de personal en áreas misionales.
- LAS OCI tienen recursos limitados y poco personal lo que afecta su efectividad.
- Mínimo.

### **3. ¿Ha percibido la necesidad de la existencia de un control previo y de un control de advertencia en la Contraloría General y por qué?**

- Sí hace falta, porque con este mecanismo la CGR precavería problemas desde que eran observados, sin la necesidad de una actuación específica de control fiscal
- El control de advertencia si es necesario porque podría evitar que se tomen decisiones que afecten el erario público.

- Por supuesto que sí. Porque hay ocasiones en que se detecta un posible detrimento que puede ocurrir, pero no se dan las herramientas para obligar a las entidades a que tomen medidas que mitiguen los riesgos de detrimento y con el control posterior a veces se llega tarde.
- Control previo no, ya que iría en contravía de principios y normas de orden constitucional. Función o control de advertencia como una herramienta de ayuda para que la administración pueda tomar decisiones apoyada. La contraloría tiene por ley la función de advertir. En la administración Turbay mediante circular 05 reglamentó erróneamente y la enfrasó en un procedimiento al que denominó “control de advertencia.” La defensa de la CGR fue muy pobre ante la HCC, la función de advertir se debe rescatar sin rebajarla a procedimientos.
- No, con el control posterior es suficiente.
- Porque existen situaciones en las que es evidente un daño patrimonial a futuro y por ser el control fiscal posterior, no es posible la intervención de la CGR porque hay situaciones en que si la CGR emitiera un pronunciamiento no habrían ocurrido. Es una herramienta que permite salvar recursos que están en inminente peligro de pérdida.
- El que la corte constitucional definiera la inconstitucionalidad de la función de advertencia limitó enormemente la capacidad de la CGR para pronunciarse frente a un riesgo evidente que se derivará de un daño fiscal. De forma que a pesar de que se identifique el riesgo la CGR no puede hacer nada para prevenir el daño fiscal.
- La existencia de un control previo no. Pero sí la importancia del control de advertencia que puede aportarle a las entidades en la medida que advierte sobre el riesgo de los recursos involucrados en procesos contractuales en ejecución que permiten revisar las condiciones pactadas.

- El control fiscal previo está proscrito por la constitución política, pero la función de advertencia es un instrumento muy importante para evitar el daño fiscal, siempre y cuando sea excepcional.
- Control de advertencia no vinculante y para casos puntuales, como funcionaba con el Num 7 del Art 5 del DL 267/00.

### **Análisis de Las Respuestas**

- **¿Qué característica considera que debe tener el control previo adelantado por las oficinas de control interno para ser una herramienta eficaz en la etapa precontractual de los contratos de obra pública?**

En relación a las características que debe poseer el control previo adelantado por las oficinas de control interno para hacer de él una herramienta eficaz en la etapa contractual de los contratos de obra pública, los encuestados manifestaron que debe servir como una herramienta que mida la capacidad técnica, administrativa y financiera y advertir a la administración para que pueda hacer pronunciamientos oportunos sobre los procesos y evidenciar deficiencias en los estudios previos a la firma de los contratos.

Consideran que deberá servir como prueba ante un eventual PRF, para lo que se requiere de un control fiscal oportuno, autónomo, evolutivo, vinculante e independiente; que realice un acompañamiento originado en los riesgos asociados desde el inicio del proyecto y una auditoría permanente que asegure la eficiencia en la evaluación.

Para alcanzar estas metas es de vital importancia contar con un personal competente, ya que depende de la efectividad de su operador, y el compromiso de la alta gerencia que debe apoyar los procesos.

- **¿Qué efectividad ve en el control previo desarrollado por las oficinas de control interno?**

Respecto a la efectividad del control previo, la mayoría de los encuestados manifestaron que en este tipo de control es mínima, baja o muy poca, algunos de ellos manifestaron que ni siquiera existía. Para sustentar dichas ideas argumentan aspectos relevantes como que la efectividad del control interno está relacionada con logros como los de racionalidad del gasto y verificación de cumplimiento de los procedimientos y evaluación de la gestión en tiempo real, sumado a esto, este tipo de control es efectivo para minimizar los riesgos en la planeación de necesidades de adquisición de bienes y servicios.

Así mismo destacaron como factores generadores de la poca o nula efectividad el modo como está diseñado su nombramiento, pues los jefes de la oficina de control interno son suministrados por el representante legal de la empresa a ser controlada, lo cual lo convierte en un cargo muy politizado en donde no existe independencia para ejercer el control; lo que trae como consecuencia que no se están realizando las gestiones necesarias para verificar el buen uso de los recursos.

- **¿Ha percibido la necesidad de la existencia de un control previo y de un control de advertencia en la Contraloría General y por qué?**

En cuanto a la percepción de la necesidad del control previo y del control de advertencia en la Contraloría: 6 respondieron estar de acuerdo con la existencia de un control previo argumentando que existen situaciones en las que es evidente un daño patrimonial a futuro y por ser el control fiscal posterior, no es posible la intervención de la Contraloría General de la República que de haber emitido un pronunciamiento no habrían ocurrido. Es una herramienta que permite salvar recursos que están en inminente peligro de pérdida. El que la corte constitucional definiera la inconstitucionalidad de la función de advertencia limitó enormemente la capacidad de la CGR

6 respondieron no estar de acuerdo con la existencia de un control previo fundamentados en primera medida en la inconstitucionalidad del mismo; de éstos 6 sólo uno argumentó que el control posterior es suficiente y los otros 5 expresaron aprobación al control de advertencia, argumentando que con este mecanismo la Contraloría General de la República precavería problemas en la etapa precontractual, revisaría las condiciones pactadas y evitaría que se tomen decisiones que afecten el erario público con el agravante de la carencia de herramientas para obligar a las entidades a contratar en el marco de la legalidad. Por tanto, para estos entrevistados la función de advertir se debe rescatar sin rebajarla a procedimientos siempre y cuando sea excepcional y no vinculante.