

Estrategia Para Ejercer Un Mejor Control Fiscal En Los Contratos Estatales Con Aplicación Al Control Previo

Strategy for Exercising Fiscal Control In The State Contracts With Application To The Previous Control

Jorge Luis Fernandez Kettyl¹, Freddy Jose Gonzalez Vasquez²

Resumen: El estado nos proporciona recursos públicos con una destinación para aplicar como una fuente de inversión al desarrollo, contribución, progreso y un sostenimiento a la nación, es llevar un orden en el ciclo y un propósito de mantener estable un buen control fiscal. Los procesos contractuales del estado tienen un fin específico que es el de velar, el de cumplir, el de satisfacer el interés público de las necesidades de la comunidad de manera colectiva, por tal motivo cuando el mal uso de los recursos este se vea afectado, este perjudica los derechos y la prosperidad en general como un fin esencial del estado, conmoviendo el compromiso adquirido como dice la Constitución. Unos de los grandes inconvenientes o dificultades en Colombia es las debilidades del control fiscal en materia de inversiones en los recursos públicos, dicho proceso no se puede realizar en la etapa precontractual, lo cual garantizaría ser un mecanismo efectivo de control que permitiera visualizar antes del perfeccionamiento del contrato, evitando una mala ejecución del contrato, desvío de presupuesto, conductas irregulares y exposición de delitos por parte de los ordenadores de gasto.

Palabras clave: Control Fiscal; Precontractual; Control Previo; Contratación; Presupuesto.

Abstract: The state provides us with public resources with a destination to apply as a source of investment to development, contribution, progress and support to the nation, is to bring order in the cycle and a purpose to maintain stable a good fiscal control. The contractual processes of the state have a specific purpose that is to watch over, to fulfill, to satisfy the public interest of the needs of the community in a collective manner, for such reason when the misuse of resources is affected, it damages the rights and prosperity in general as an essential purpose of the state, moving the commitment acquired as the Constitution says. One of the great disadvantages or difficulties in Colombia is the weaknesses of fiscal control in the area of investments in public resources. This process cannot be carried out in the pre-contractual stage, which would guarantee to be an effective control mechanism that would allow to visualize before the perfection of the contract, avoiding a bad execution of the contract, deviation of budget, irregular conducts and exposure of crimes on the part of the spending computers.

Keywords: Fiscal Control; Pre-Contractual; Prior Control; Hiring; Budget.

Fecha Recibido: 29/marzo/2019

Fecha Aceptado: 18/agosto/2019

¹ Ingeniero Industrial. Estudiante de la Especialización en Contratación Estatal de la Universidad Libre de Barranquilla. E-mail: jorgekettyl@gmail.com

² Abogado. Estudiante de la Especialización en Contratación Estatal de la Universidad Libre de Barranquilla. E-mail: freddyjgv88@hotmail.com

Como Citar:

Introducción

Unos de los principales problemas en la contratación en Colombia es la corrupción, a pesar que contamos con un control fiscal eficiente presenta como todo, fallas en la estructura de control y esto conlleva a un gran problema que se debe evitar a toda costa que es el detrimento patrimonial, en el cual los recursos públicos son malversados y no enfocados a los proyectos que se deben ejecutar, si no que tales recursos toman otro rumbo, pero existe una gran debilidad en ejercer un control fiscal y es que su función es posterior, en pocas palabras un “control posterior” un contrato en ejecución donde evitar la fuga de los recursos puede ser inviable o sin efectos al momento de ejercer el control. En la contratación observamos que el pilar fundamental es la planeación, es el inicio, es la organización, es el punto inicial de lo que se va a realizar es por esta razón que debe existir un mecanismo previo de control eficiente para lograr una buena vigilancia e inversión del recurso público, para que sean estas desarrolladas en el cumplimiento de los principios de la contratación estatal y de conformidad a los planes de desarrollo que cada entidad establece y una buena gestión pública y a la evaluación del cumplimiento de la gestión administrativa.

Es importante reiterar que el control previo ya existía en función de control fiscal, El control previo y perceptivo entra en crisis a finales de la década de 1980, en la cual se agudizan problemas como la coadministración, el órgano de control no sanciona objetivamente —participó en procesos administrativos y de contratación—; las contralorías se constituyen como fortines políticos, se incrementan los niveles de corrupción y los organismos de control empiezan a ser estigmatizados como entidades burocratizadas y con bajos niveles de eficiencia en su función. En la Constitución Política del 5 de julio de 1991 se elimina el control previo, perceptivo y numérico legal y se crea el posterior y selectivo, basado en eficiencia, economía, equidad, eficacia y valoración de costos ambientales.³

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. Tratándose de un resultado eficiente se pretende lograr con gran una probabilidad de aumento de éxito la aplicación de estrategia de un control previo en la aplicación de en los contratos estatales, esto permitirá una garantía y vigilancia adecuada en la etapa precontractual, el compromisos de los auditores, la destinación del tiempo en las investigaciones fiscales y un mejor control previo a las oficinas de control interno, así

³ Gómez, Buitrago Jairo. Gerencia pública y control fiscal (2a. ed.), Editorial Universidad del Rosario, 2017, PAG 128

como las veedurías ciudadanas al frente de los contratos estatales, por eso desarrollar una estrategia que sea para mejorar la intervención previa y así reducir la corrupción con informes convincentes y la visión de las demás entidades estatales de cómo evitar la corrupción en la etapa precontractual e los contratos estatales. Sumado a esto, verificamos 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, es por eso que los organismos de control están llamados a proteger la ética profesional y la moralidad pública en la contratación, deben ser más ágiles y eficientes para que la corrupción no acabe con la honestidad y los valores de nuestra sociedad, con un punto claro ser más objetivos las entidades de vigilancia y aplicar una reestructuración en la aplicación de prevención en el control fiscal.

EL CONTROL PREVIO Y SU IMPLEMENTACION EN EL CONTROL FISCAL

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 estado⁴.

Tener claro la importancia en la implementación de una estrategia que maximice los resultados del control fiscal en el ámbito de que tal proceso no sea en la etapa de control posterior, si no que exista la posibilidad de estimular un control previo, identificado así las causas desde el principio y motivando a la efectividad en las investigaciones fiscales, ya que solo se vuelve visible cuando el daño al patrimonio público es irreparable, por la poca oportunidad e inercia de la rutina y la mucha tramitología que existe, la alta politización y por ser bastante selectivo, pero nada preventivo y antes los elevados volúmenes de recursos públicos están llegando a regiones que no cuentan con los controles adecuados que ejercen un control fiscal eficiente, convirtiendo una gran problemática que se vislumbra en la falta de legitimidad de los órganos que ejercen en control fiscal en Colombia, ante la sociedad colombiana, la función ejercida por las contralorías es ineficaz, improductivo para combatir el detrimento del erario público, reflejando la debilidad en el espacio jurídico. 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.

⁴ Comisión Primera del Senado. Proyecto de Ley No.181 de 2004 Sobre Control Fiscal, 2004, p. 2
DERECTUM| VOLUMEN 4 No.2: 27-42, 2019| ISSN-e: 2538-9505| BARRANQUILLA

Conllevando a comprobar la justificación de 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, por eso el valor de conocer los detalles en la etapa precontractual y su aplicación de 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 gestores del recurso público, es necesario implementar como herramienta legítima en el acatamiento de la norma un control previo.

De manera consecuente es posible establecer cómo el control fiscal se realiza principalmente en el momento posterior a la suscripción del contrato estatal, 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. 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. Ya que el modelo del control fiscal vigente es limitado e insuficiente, pues esta 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 como evaluar el modelo fiscal efectuando un cambio que 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 se propone la creación de la aplicación del control previo en acción en la etapa precontractual 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 que en verdad ese contrato se esté ejecutando.

En las funciones de control fiscal las entidades que realizan dichas tareas como es 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 estatal 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. 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 a ejecutar, sea de obra, bien u servicios⁵. De manera indiscutible el control previo es una forma de prevenir los actos irregulares en el ejercicio de la contratación, pues como su nombre lo indica hace parte de la naturaleza de la función preventiva del control fiscal y su especialidad compete a una ente como lo es la contraloría cuya función es la de vigilar los recursos públicos y evitar así un detrimento patrimonial, ya que 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.

LA FUNDAMENTACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DEL CONTROL PREVIO EN EL CONTROL FISCAL:

En base a este hecho el control previo en Colombia se incorporó por medio de la ley 20 de 1975 el control fiscal previo, perceptivo y posterior, coloquialmente utilizando (pasado, presente y futuro) en los procesos contractuales, dando poder a la contraloría de fiscalizar a miembros particulares que manejen bienes y recursos del estado, asumiendo que el control posterior solo es para verificar el gasto público y los actos que ejecutan la administración, una forma vigorosa y con poder en la cautela de los recursos estatales o públicos. De esta manera es importante determinar cómo el control fiscal en desarrollo de su papel histórico y en aplicación a esta teoría ha hecho énfasis en la legalidad y ha estado determinado por los intereses de la clase dirigente como herramienta técnica de verificación. Es preciso indicar que 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, siendo significativo que la propuesta es revertir tal norma y el control previo sea una estrategia donde en la etapa precontractual, pueda evitarse el daño de los recursos del estado. 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

⁵ Magistrado Ponente Palacio en sentencia C-967 de 2012.

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. 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. 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.

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. 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. Por tal razón y de manera justa las entidades oficiales tienen la obligación de respetar y cumplir el principio de planeación y el principio de economía. Por ello; es fundamental la elaboración de estudios previos en cuanto a la necesidad de celebración del contrato, justificaciones, la calidad, los costos y 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 conllevan 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 administrativas⁶. 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 constitución.

Lo anterior permite que la contraloría no sea el organismo definitivo para adelantar el control en procesos de contratación estatal convirtiéndose esta viabilidad en otra posibilidad para el ejercicio del control fiscal. Una estrategia seria presentar como alternativa de control fiscal previo puede ser la de otorgarle las funciones del control al presupuesto aprobado para la ejecución de contrato 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, por eso en base a lo que se indica es obligación de la función de las oficinas de control interno el control previo administrativo de los contratos⁷. Detallamos que una entidad de control fiscal posee una base primordial como es la proyección del control de advertencia, una tarea fundamental que lo plasma una institución como lo es 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. 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 (etapa precontractual en la contratación).

En lo que respecta a los recursos, tal como lo señala el artículo 360 de la constitución política, los recursos del sistema general de regalías son provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables y de conformidad al artículo 361 de la Constitución Política 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

⁶ Artículos 119 y 267 de la Constitución Política

⁷ Artículo 65 de la ley 80 de 1993

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, lo que deja ver claro una manera sólida de intervención de un control previo en este tipo de contratación y confiabilidad a la ciudadanía en el control fiscal. En el portal de la contraloría indica que su función principal es ejercer el control a los recursos públicos, un mecanismo con hechos reales en los actos de la administración, mediante el mecanismo constitucional. 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.

LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PLANEACION Y EL EFECTO DEL CONTROL PREVIO

Las entidades estatales están obligadas a cumplir un principio fundamental, que es la columna vertebral y camino a un proceso de contratación que es el principio de planeación⁸. La planeación permite establecer una estrategia que acorde con los objetivos generales en las etapas de contratación y autenticar un plan de vigilancia y control fiscal, definiendo así una especie de guía, que describa “el conjunto de elementos, instrumentos, conceptos y actividades relacionadas con este proceso que garantice su armonización en cumplimiento de sus objetivos y de su misión institucional”. Es por ello que se debe determinar el alcance y los objetivos técnicos para la aplicación del control previo. Por tal razón como se menciona en lo siguiente:

“Artículo 6. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de

⁸ Decreto 1082 de 2015, subsección 3 Tema Principio de Planeacion
DERECTUM| VOLUMEN 4 No.2: 27-42, 2019| ISSN-e: 2538-9505| BARRANQUILLA

derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”⁹

Justificando lo anterior y como dice en el artículo, el daño patrimonial es un indicador que va en aumento y no es culpa de los entes de control fiscal, si no de la norma, que por obvias razones están debilitadas por eso lo importante de la planeación y también lo importante de incluir el control previo, para así identificar y evitar el aumento del hueco fiscal al estado. Y por que la línea de planeación y control previo en este contexto, antes de iniciar un proceso contractual y que este lleve una buena planificación, como base de resultado de un 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 que se puede verificar, y trasladándonos al campo de la contratación estatal, describimos la planeación así; “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”.¹⁰

La acción de un buen control previo en el control fiscal esta en la planeación, esta misma se encuentra incurra 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, conllevando a esto un seguimiento continuo y fortalecer el control previo, en este sentido se señala “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”¹¹.

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 estatal que tiene como fin a su vez el cumplimiento de los fines últimos del

⁹ Ley 610 de 2000 Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

¹⁰ 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. Aponte, D. (2014)

¹¹ Sección Tercera del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente Santofimio, G (2014)

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, lastimosamente con los informes de hoy en día, se observa el aumento de la violencia, la pobreza y las fallas en los servicios públicos esenciales al olvido del estado y fallas en los controles fiscales.

PROPUESTA DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL PREVIO

El presente artículo investigativo, tomara un tema muy esencial y de muchas preguntas, dudas y respuestas a todos esos interrogantes, aludiendo a una investigación explicativa en por que se han encontrado muchas falencias en la contratación, en la vigilancia de estos, de los recursos públicos, algunas deficiencias en el control fiscal y algunas estrategias para mejorarlas, el desarrollo de tales tareas se basa en los indicadores que arroja la entidad que ejercen el control fiscal en sus fallas. Muy sutilmente el control previo lo realiza las oficinas de control interno, pero antes la falla de este ente se ha presentado unos resultados deficientes en materia misional o en cumplimientos de su tarea, es por esta razón se debe analizar y proponer que se debe implementar una estrategia de control previo por parte de un ente de control fiscal como es la contraloría en su etapa precontractual que es donde inicia el proceso, el control previo es eliminado constitucionalmente, tomada más por factor de carácter político, afectando el control fiscal y surge la necesidad que se regule y se implemente adecuadamente el control para garantizar el administración 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. Si hacemos un breve análisis de la aplicación del control fiscal, como se establece en el presente la implementación del control previo es realizada 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, el fin es determinar la responsabilidad del servidor público o del contratista (particular), cuando en función de control fiscal causen un daño al patrimonio público.

Si queremos reducir el gasto público, ya que estos indicadores son altos, el nivel de corrupción ha aumentado es indispensable un control previo eficientemente desarrollado,

permitiendo la 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, que es donde se presenta los grandes fallos. 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, gran parte en este último punto no es culpa del todo del ordenador del gasto, puede presentarse por falta de conocimiento, sino también por desobedecer las normas. Como se explica en una norma anterior el decreto 925 de 1976 que en el ejercicio del control fiscal el control previo poseía unos alcances basadas en tres etapas: previo, perceptivo y posterior.

Como una propuesta agradable y aceptable en la contratación estatal en Colombia y en aras de encontrar una solución a los altos rangos de daños al patrimonio del estado es de lógica que se deba retomar el control previo como una estrategia adecuada al control fiscal, en pocas palabras como lo describe el magistrado Palacio. “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”¹².

Podemos concluir que, para la superación del control fiscal, proponer la reestructuración del control previo y más si es en la etapa precontractual, alcanzaría de forma positiva enderezar el control fiscal en estos principios:

- Eficiencia
- Eficacia
- Economía
- Equidad
- Costos Ambientales

la vigilancia de los recursos públicos sería más idóneo, mostrando confianza a las instituciones y a la vigilancia ciudadana y el cumplimiento afirmativo de los contratos, entonces definimos 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, si observamos en esta pequeña conclusión podemos analizar que es importante esta estrategia en la etapa precontractual que los órganos de control que ejercen control fiscal, puedan aplicar control previo, a pesar que lo ejecuten las oficina de control interno. Así pues, la anterior afirmación de la presente sentencia alude que 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”¹³.

Aunque la ciudadanía conoce poco o no les interesa mucho el tema de la contratación en sus localidades, esta fuente de información nos enriquece para conocer cómo se está invirtiendo nuestros recursos y la aplicación del control fiscal se está efectuando, una

¹² Magistrado Ponente Palacio en sentencia C-967 de 2012

¹³ Magistrado Ponente Palacio en sentencia C-967 de 2012

encuesta y la participación ciudadana es la mejor muestra para obtener resultados y los indicadores de gestión de la entidad de control fiscal, por eso que uno de los problemas principales es la causa de la falta de transparencia en las decisiones y de la falta de control del ciudadano hacia ellas, pues quien desconoce un fenómeno no lo puede controlar.

Actualmente no existen instrumentos adecuados de información, ésta no fluye a donde debe llegar y por lo tanto se limita totalmente el ejercicio de la fiscalización social, por eso entre mayor sea la publicidad y la divulgación de la información de las decisiones públicas y entre más abierto sea el ambiente de toma de decisiones y se logre un compromiso por parte de la ciudadanía en dicha fiscalización, el control fiscal estará más fortalecido y se estará creando una presión social importante que lleve a aumentar el costo de incurrir en actos corruptos por parte del agente involucrado, so pena de ser sometido a sanciones más eficaces y a la sanción de la opinión pública, esta información nos enfocamos en ¿Cómo será la reducción si se aplica una intervención de control previo en el control fiscal, en una etapa previa (precontractual)?.

CONCLUSIÓN

De forma clara y concisa el artículo deja muy claro la solución a este problema de control fiscal, es que por una obvia razón se necesita una reforma, un cambio de ley, un cambio general, en una conclusión universal un cambio en la constitución o reforma de esta, ya que para aplicar lo que se quiere destinar, es que los poderes constitucionales acepten esta propuesta y analicen lo necesario de su aplicación con las normas en contratación de hoy en día o el fortalecimiento de las oficinas de control interno en un gran control previo fiscal. 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. 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.

Este 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. 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. Si nos ponemos a analizar la gestión de las contralorías es vigilar los recursos y más los recursos de regalías, donde este; este recurso es el más mal utilizado, ya que se presenta muchos proyectos inconclusos.

Como propuestas para superar estas irregularidades con el mecanismo de control previo en la etapa precontractual, unas de las estrategias son:

- a. Desarrollar un modelo de proceso preventivo constitucional en tiempo real para la entidad de contraloría general de la república con el que pueda supervisar, realizar el control y seguimiento precontractual de todos los procesos se evalúe el cumplimiento de disposiciones legales, presupuestales y principios constitucionales.
- b. Como máximo ente de control fiscal, 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.
- c. 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 actúe sobre actos administrativos precontractuales causa confusión, toda vez que para ellos están destinados legalmente los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.
- d. El control fiscal previo debe ser válido según la función que desde la constitución se les 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.
- e. Es necesario desarrollar una guía de control previo para que lo ejerzan las oficinas de control interno de manera responsable, oportuna y eficiente.

Referencias

ARIADNA RAQUEL VARGAS MALAVER, Investigación Maestría, Sistema de Control Fiscal Colombiano en la búsqueda de la construcción de una administración pública eficiente – CGR 1990-2010, Unilibre Bogotá, 2012

Berrocal Duran, J., MEJIA TURIZO, J., & martinez angulo, I. (2018). Justicia por mano propia y su relación con el cumplimiento de los componentes paz, justicia e instituciones sólidas como objetivos de desarrollo sostenible. *Advocatus*, 15(30), 67-90. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5041>

Carrillo, Etapas de la Contratación Estatal. Bogotá, D.C: Escuela Superior de Administración Pública, 2007

Cerra Nolasco, E. (2018). Dimensión jurídica del estado social de derecho. *Advocatus*, 15(30), 49-65. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.30.5040>

Consejo de Estado, Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo fallo de 20 de octubre de 2014, Consejero Ponente Santofimio, Gamboa, Radicación:

Contraloría General de la Republica (2014- 2015). Informe de Gestión. Control Fiscal Eficaz para una mejor Gestión Pública: https://www.contraloriagen.gov.co/documents/113547616/192162964/informe_gestion_2014_2015_final_web_v2.pdf/e8093745-239c-4a62-b96b-e6d28437ee

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, web: www.contraloriagen.gov.co

Corporación Transparencia por Colombia (2014). Índice de percepción de corrupción 2014: La Situación en Colombia no está Mejorando. Recuperado de:

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

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

GOMEZ BUITRAGO JAIRO, Gerencia pública y control fiscal (2a. ed.), Editorial Universidad del Rosario, 2017

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

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

http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=594:indice-de-percepción-de-corrupción-2014-la-situación-en-colombia-no-estamejorando

LEY 1474 DE 2011, Estatuto anticorrupción

LEY 42 DE 1993, Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen

LEY 610 DE 2000, Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

LEY 80 DE 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
DERECTUM| VOLUMEN 4 No.2: 27-42, 2019| ISSN-e: 2538-9505| BARRANQUILLA

LEY 850 DE 2003 por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas

OSORIO GUTIÉRREZ, M. (2015). Establecimiento de comercio en relación con los hosting web. *Advocatus*, (24), 67-77. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.24.984>

Peña Orozco, C., Herrera Delgham, L., & Salazar Manrique, J. (2016). Participación ciudadana a través de los medios de comunicación como legitimación de la democracia participativa en Colombia. *Advocatus*, (26), 145-153. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.26.942>

RAMÍREZ NÁRDIZ, A. (2014). La democracia PARTICIPATIVA COMO ELEMENTO DEL MODELO DEMOCRÁTICO DEL SIGLO XXI. *Advocatus*, (23), 117-131. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.23.4969>

ROSETO MELO, Bertha Cecilia. *Contratación Estatal Manual Teórico - Práctico*, Bogotá, Ed. Ediciones de la u, 2016.

VARIOS AUTORES, *La Contratación Estatal “Una Visión desde el Derecho Privado hacia lo Público”*. Biblioteca Jurídica Dike, 2015