



De la serie Medellín zenit: Sin título 3
David Escobar Parra

CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES BÁSICAS PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA*

* El presente artículo hace parte de la investigación desarrollada por el autor dentro de la línea de investigación del régimen económico y de la hacienda pública del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad del Rosario, sobre mejoramiento del control fiscal territorial, auspiciado por la GTZ.

Fecha de recepción: Septiembre 31 de 2006

Fecha de aprobación: Octubre 20 de 2006

CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES BÁSICAS PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

*Manuel Alberto Restrepo Medina***

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto evaluar el grado de cumplimiento de las condiciones básicas requeridas para el ejercicio del control fiscal en el caso colombiano, a saber, las garantías de independencia de los órganos competentes para llevarlo a cabo, las relaciones con el órgano encargado de la realización del control político, el diseño de la estructura del ejercicio de la función controladora y la efectividad de los mecanismos de responsabilidad, y con base en ese diagnóstico formular algunas recomendaciones para su mejoramiento.

Palabras clave: control fiscal, control político, responsabilidad fiscal.

FULFILMENT OF THE REQUIRE BASIC CONDITIONS FOR THE EXERCISE OF THE FISCAL CONTROL IN COLOMBIA

ABSTRACT

The present article has as object to evaluate the degree of fulfilment of the required basic conditions for the exercise of the fiscal control in the Colombian case, that is to say, the guarantees of independence of the competent organs to carry out it, the relations with the organ in charge of the accomplishment of the political control, the design of the structure of the exercise of the function controller and the effectiveness of the mechanisms of responsibility, and with base in that diagnosis to formulate some recommendations for its improvement.

Key words: fiscal control, political control, fiscal responsibility.

CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES BÁSICAS PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

Hoy en día nadie discute que la función de control sobre la actividad de las entidades públicas es un elemento necesario e indispensable como garante de la observancia en su desempeño de la realización de los fines esenciales del Estado. En particular, el control fiscal, que recae sobre la conformación y el uso que se haga del patrimonio público con ese propósito, juega en ese sentido un papel muy importante.

Por ello, para que el control fiscal pueda cumplir con la finalidad que de él se pretende, se requieren unas condiciones básicas para su ejercicio, las cuales pueden resumirse en las garantías de independencia, las relaciones con el órgano encargado de la realización del control político, el diseño de la estructura del ejercicio de la función controladora y la efectividad de los mecanismos de responsabilidad, condiciones en relación con las cuales resulta pertinente mostrar el grado en que ellas se cumplen en el caso colombiano y las reformas o los ajustes requeridos para lograr su cabal cumplimiento.

1. GARANTÍAS DE INDEPENDENCIA

La existencia de un control fiscal eficaz y eficiente está determinada por la observancia de las garantías de independencia para el ejercicio de la función por parte de los órganos encargados de su cumplimiento. Tales garantías tienen que ver con el reconocimiento jurídico de su existencia, el proceso de selección y el régimen jurídico de vinculación laboral de los auditores gubernamentales y la autonomía funcional de las contralorías, definida principalmente por su independencia presupuestal.

En Colombia, las dos primeras garantías de independencia expuestas tienen un alto grado de cumplimiento, en la medida en que tanto la función fiscalizadora como los órganos encargados de la misma ostentan rango constitucional. Sin embargo, la ley que regula su estructura y funciones no se encuadra como una materia especial, porque no tiene la exigencia de ser una ley orgánica, lo cual hace que su marco normativo tienda a ser menos estable.

Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXIII. N° 142, diciembre 2006.
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia

** Doctor en Derecho. Profesor principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

La segunda manifestación de estas garantías se pone de presente con la participación concurrente de las distintas ramas y órganos del poder público en el proceso de selección y elección de los titulares de la función, aunque los requisitos constitucionales para el desempeño de los cargos no garantizan la idoneidad técnica que los mismos requieren y sin que hasta la fecha el legislador haya llenado ese vacío, contando con la habilitación constitucional para hacerlo.

En correspondencia con esta segunda garantía de independencia se destaca el establecimiento de período fijo e inamovilidad de tales servidores públicos. Empero, atenta contra ella la coincidencia de los períodos de los contralores con los de las autoridades de elección popular por la incidencia que en la designación pueden tener los mandatarios recién elegidos, como lo muestra la experiencia tanto en el orden nacional como en el territorial.

Frente a la existencia institucional de elementos jurídicos que amparan las dos primeras garantías de independencia, la tercera de ellas, consistente en la autonomía funcional frente a la administración, ha resultado en la práctica bastante afectada, pues si bien los órganos fiscalizadores, con base en las competencias constitucionales y legales, definen el alcance de la fiscalización y los procedimientos para acceder a los documentos y a las oficinas de los entes vigilados, esa atribución no se ha visto acompañada de un procedimiento garantista y respetuoso del principio de legalidad frente a su entorpecimiento o desconocimiento por parte de las entidades vigiladas.

Además, la concreción de esta tercera garantía de independencia se da cuando la entidad fiscalizadora puede presentar su propio proyecto de presupuesto a la corporación de elección popular encargada de aprobarlo, o al menos entregarlo a la administración para que ésta lo incorpore sin modificaciones al proyecto de presupuesto general.

Sin duda, esta ha sido, sobre todo en el nivel territorial, la mayor dificultad para garantizar la independencia de los órganos fiscalizadores, vistas las disposiciones legales establecidas para limitar la asignación de recursos a dichas entidades, así como restringir el incremento en sus apropiaciones de una vigencia a otra, lo cual les impide contar con los recursos requeridos para su modernización tecnológica.

Adicionalmente, por la estructura normativa en materia presupuestal, la programación de la ejecución del presupuesto y la situación de los recursos correlativos, depende de la aquiescencia de las autoridades de hacienda en cada nivel, lo que sin duda representa un elemento que distorsiona la necesaria independencia requerida para efectuar la fiscalización.

Así pues, a partir del marco constitucional vigente, que establece un piso mínimo para garantizar la independencia en el ejercicio de la función de vigilancia de la

gestión fiscal, se imponen algunas precisiones en su desarrollo legal que permitan afianzar la idoneidad técnica de los contralores, asegurando por esta vía la despolitización de sus designaciones, así como una modificación al régimen legal de conformación y ejecución del presupuesto de las contralorías.

2. RELACIONES CON EL CONTROL POLÍTICO

El segundo elemento para lograr la eficiencia y eficacia de la función fiscalizadora lo constituye el adecuado entendimiento de la relación que debe existir entre el ejercicio del Control Fiscal y el ejercicio del Control Político.

Si bien es cierto que la fiscalización de los recursos públicos ha de adelantarse en forma técnica e independiente, también lo es que el escenario natural de control sobre el uso adecuado de los recursos públicos lo constituyen las corporaciones de elección popular, como agentes y mandatarios de la ciudadanía.

En el caso colombiano, dado el desprestigio de los órganos de control, fundado en parte en sus relaciones clientelistas con la dirigencia política, se ha creado un entorno de rechazo a cualquier relación entre el control técnico y el control político, impidiendo en muchas ocasiones que este se sirva de aquel para el mejoramiento de su calidad.

Por lo anterior, es necesario superar concepciones equivocadas que establecen barreras infranqueables de comunicación entre los órganos de fiscalización y los órganos de representación, en la medida en que en últimas el análisis y la valoración sobre la utilización de los recursos del erario para el cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado responde a la interpretación que de las mismas efectúan los gobiernos en sus planes, la cual tiene un carácter político, cuya responsabilidad en virtud de tal naturaleza corresponde hacerla efectiva a los órganos de representación popular y a los propios electores.

3. DISEÑO DE LA ESTRUCTURA DEL CONTROL FISCAL

La tercera condición básica para el ejercicio del control fiscal la constituye la estructura del sistema de control, para cuyo logro es necesario el mejoramiento en cuatro frentes: en primer lugar, el afinamiento de los sistemas de control interno de las entidades vigiladas; en segundo lugar, la integración de las auditorías de regularidad con las auditorías de desempeño; en tercer lugar, el fortalecimiento del control fiscal de segundo nivel; y en cuarto lugar, la calificación del ejercicio de la titularidad de la función fiscalizadora.

3.1 Afinamiento de los Sistemas de Control Interno de las Entidades Vigiladas

El afinamiento de los sistemas de control interno de las entidades vigiladas y de las propias contralorías, comienza por la forma de provisión de los responsables de dichas oficinas en los entes fiscalizados, de manera que los mismos no deban sus lealtades a los nominadores, y por lo tanto tengan comprometida su independencia, sino que aquella obedezca a un ingreso por mérito, con garantía de estabilidad y período determinado.

En segundo lugar, el mejoramiento del sistema de control interno pasa por la necesaria agregación de experiencias afines con el objeto de estandarizar su ejercicio en todas ellas, sin olvidar las especificidades de sus actividades misionales.

En el nivel nacional esa tarea fue asignada desde la Ley 489 de 1998 al Departamento Administrativo de la Función Pública, sin que hasta ahora se conozcan sus resultados, y sin que la ausencia del cumplimiento de esa labor haya sido motivo de preocupación por parte de la Contraloría General de la República.

En el nivel territorial ha de ser parte de la labor fiscalizadora insistir sobre la creación y el funcionamiento de esos escenarios institucionales, lo cual lleva a superar la visión fragmentada del control, vista desde cada una de las entidades vigiladas, perdiendo la perspectiva de conjunto de las entidades territoriales.

Además se hace necesario delimitar y sobre todo interiorizar en las entidades vigiladas que el Sistema de Control Interno no es sinónimo de control previo ni de auditoría interna.

3.2 Integración de las Auditorías de Regularidad con las Auditorías de Desempeño

Un segundo componente de este tercer elemento lo constituye la orientación de la fiscalización hacia las auditorías de desempeño, sin dejar de lado las auditorías de regularidad, de manera que estas últimas se proyecten hacia el control de gestión y resultados, en lugar de constituir partes aisladas de una misma actividad que se consolida en un informe final de auditoría.

De eso no se trata la auditoría comprensiva o integral; en ella, los procedimientos de auditoría de regularidad (control presupuestal, control de legalidad, examen de los estados financieros, etc.), sirven para proporcionar información útil para poder medir la eficiencia, la eficacia y la economía en la gestión de las entidades vigiladas.

3.3 Fortalecimiento del Control Fiscal de Segundo Nivel

Las contralorías deben entender que parte del mejor hacer de su labor está en la evaluación que de la misma se haga por parte del órgano constitucionalmente ha-

bilitado para su ejercicio, no como una simple revisión formal de su actuación, sino con el mismo alcance y rigor con que ellas fiscalizan a los gestores fiscales.

En ese sentido, al control fiscal de segundo nivel, que es el que corresponde a la Auditoría General de la República como entidad de creación constitucional que ejerce el control fiscal sobre los demás organismos de control fiscal, debe garantizársele que así como estos últimos están dotados de autonomía para el señalamiento de las normas jurídicas con base en las cuales despliegan el ejercicio de su función fiscalizadora, concentrada en la potestad unificadora reconocida al Contralor General de la República, también la Auditoría General pueda obrar de la misma manera sobre las entidades vigiladas por ella y señalar en forma independiente de los sujetos bajo su control las reglas para su fiscalización.

3.4 Calificación del Ejercicio de la Titularidad de la Función Fiscalizadora

En cuarto lugar, es necesario que se califique la titularidad del ejercicio de la función fiscalizadora, pues si bien constitucionalmente se reconoce a los servidores de la misma como de Carrera Administrativa Especial, es indispensable que la dirección y orientación de su ejercicio también responda a los principios de igualdad y mérito.

Por ello, es conveniente que la escogencia de los candidatos a los cargos de contralores se haga a partir de un concurso de méritos, previo establecimiento de requisitos que permitan acreditar una idoneidad técnica mínima por parte de los aspirantes tanto a la Contraloría General de la República como a las contralorías territoriales.

De esta manera, el Congreso podría dar cabal cumplimiento a las normas constitucionales que establecen unos requisitos de base para el desempeño de esos cargos, pero defieren al legislador el señalamiento de requisitos adicionales, lo que hasta la fecha no se ha hecho dentro del marco constitucional, atendiendo a las especificidades propias de las entidades territoriales y del orden nacional, vale decir, que los requisitos han de ser diferentes según que se trate de los Contralores General de la República y Distrital de Bogotá, de los contralores de los departamentos de categoría especial y primera y de los distritos o municipios de categoría especial y de los contralores de los departamentos de categorías segunda, tercera y cuarta y de los municipios de primera y segunda de más de cien mil habitantes.

4. EFECTIVIDAD DE LOS MECANISMOS DE RESPONSABILIDAD

El cuarto elemento de esta visión de las condiciones mínimas para un adecuado ejercicio de la función de control fiscal corresponde a la efectividad de los mecanismos de responsabilidad, teniendo en cuenta que en la percepción de la opinión

pública, este es el de mayor connotación en la valoración que se hace de la gestión de los órganos de fiscalización y sobre él descansa la mayor crítica a su propia existencia.

El diseño constitucional colombiano en esta materia no es el más favorecedor, en la medida en que la configuración híbrida de nuestro sistema de Control Fiscal, determina que las contralorías decidan sobre responsabilidades de los gestores fiscales, a través de procedimientos administrativos montados sobre estructuras procesales judiciales, pero cuyas decisiones están sometidas en todo caso a la revisión de su validez jurídica por parte de la Rama Judicial.

Mientras no se revalúe ese diseño constitucional, será muy difícil lograr la efectividad de los mecanismos de responsabilidad. Alcanzarla desde lo normativo supondría una reforma constitucional que de una vez por todas se decida por uno de los dos modelos clásicos de control: tribunales de cuentas con atribuciones jurisdiccionales para que decidan con carácter de cosa juzgada las responsabilidades de los gestores fiscales o auditoría sin atribuciones de establecer responsabilidades que traslade a los jueces su establecimiento.

Sin embargo, aunque es una realidad que el modelo híbrido constituye una dificultad para lograr la efectividad de los mecanismos de responsabilidad, no puede entronizarse la perspectiva de que cualquier retoque que se haga a la estructura del proceso de responsabilidad fiscal mientras no sea resuelto el sincretismo constitucional del modelo de control no resolverá de fondo el problema y por el contrario se limitará a crear expectativas que en la práctica serán de muy difícil concreción.

Por el contrario, partiendo del reconocimiento de la realidad de la persistencia del modelo híbrido de control fiscal, en aras de propiciar el mejoramiento en algún grado de la efectividad del mecanismo de responsabilidad patrimonial de los gestores fiscales, dentro del actual diseño institucional, podrían efectuarse las siguientes modificaciones a la estructura prevista en la Ley 610 de 2000:

1. Ampliación del objeto de la indagación preliminar, de manera que de su procedencia para confirmar y cuantificar el hallazgo fiscal constitutivo de daño patrimonial, se pase a requerir en forma adicional el establecimiento de la prueba de la imputación subjetiva del comportamiento antijurídico del gestor fiscal a título de dolo o de culpa grave.
2. Modificación del diseño del proceso de una estructura de dos fases a una estructura de una fase, de manera que la imputación se haga desde la propia apertura, lo cual, de una parte, reduce los plazos procesales frente a lo dispuesto en la Ley 610 y, de otra parte, explica y justifica la ampliación del objeto de la indagación preliminar.

3. Distinción del trámite del proceso en función de la cuantía, según lo determinado en el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, en procesos ordinarios de doble instancia, procesos ordinarios de única instancia y procesos abreviados, sin afectar las garantías de los sujetos procesales.
4. Delimitación de la procedencia de la cesación de la acción fiscal como forma anticipada de terminación del proceso únicamente cuando el implicado pague el monto del daño o reintegre los bienes.
5. Regulación del trámite aplicable frente a la concurrencia de decisiones que impliquen el grado de consulta y simultáneamente del recurso de apelación y ampliación del plazo para resolver la consulta de uno a dos meses.
6. Precisión o establecimiento de las reglas y términos para la realización de los siguientes trámites procesales:
 - a) Configuración de la caducidad de la acción fiscal a partir de la materialización del daño al patrimonio público y no a partir de la ocurrencia del evento generador del mismo, con lo cual se amplía el plazo efectivo de que disponen las contralorías para ejercer la acción fiscal.
 - b) Práctica de la notificación del auto de apertura e imputación del proceso de responsabilidad fiscal agotando las instancias de notificación personal, notificación por edicto y notificación mediante emplazamiento, con lo cual se le da pleno alcance al debido proceso.
 - c) Establecimiento de un término perentorio y preclusivo para decretar pruebas, que es diferente del término para su práctica y que es un plazo que no se encuentra establecido, habiendo hoy un vacío entre el vencimiento del término para la presentación de los descargos y el inicio del cómputo del término para practicar pruebas.
 - d) Establecimiento de una fase de alegatos de conclusión posterior al vencimiento del término probatorio, como garantía complementaria del derecho a la defensa.
 - e) Ampliación del término para proferir fallo de primera o única instancia de 30 a 60 días con el fin de hacerlo consecuente con la realidad de los procesos y no establecer términos ilusorios cuyo incumplimiento afecta la evaluación de eficacia y principalmente de eficiencia de la gestión de las contralorías. A cambio de esa ampliación del plazo, se podría establecer la preclusividad de la competencia del órgano fiscalizador, de manera que si la decisión de fondo no se produce dentro del plazo previsto, se entienda que ha operado una decisión a favor de los imputados.

- f) Determinación de los plazos de resolución de todos los recursos procedentes en contra del fallo declarativo de responsabilidad fiscal, así como de las reglas sobre su ejecutoria.
- g) Señalamiento de la procedencia y plazo para la vinculación de nuevos presuntos responsables no vinculados en el auto de apertura y señalamiento del trámite subsiguiente.
- h) Precisión de las reglas para la vinculación de los garantes, incluyendo la determinación de la caducidad para la vinculación, la cual podría ser establecida en cinco años contados a partir del día de vencimiento de la póliza.
- i) Delimitación de las causales de impedimento y recusación únicamente a las establecidas para las actuaciones administrativas en el Código Contencioso Administrativo y regulación de la designación de contralores ad hoc por esa causa.
- j) Establecimiento de la preclusividad de los términos para la práctica de pruebas tanto en la indagación preliminar como en el proceso, como hoy existe para las actuaciones disciplinarias.

Por otra parte, con prescindencia del modelo de control que se adopte y a la vista de la interpretación institucional sobre los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, se impone efectuar algunas reflexiones sobre algunos aspectos sustantivos que tienen incidencia en la efectividad de este mecanismo y cuya solución debe contribuir a facilitar la comprensión de esos elementos.

Tales reflexiones se refieren a la existencia de daño patrimonial cuando el mismo se presenta entre dos o más entidades públicas, al establecimiento de los eventos en los cuales hay efectivamente daño cuando se presenta un sobre costo o un mayor valor pagado a los contratistas en los contratos estatales y a la determinación de la existencia de eventos generadores de culpa grave para el establecimiento de responsabilidad fiscal.

¿Es admisible la inexistencia de responsabilidad fiscal cuando el daño patrimonial al erario se ha ocasionado entre dos o más entidades públicas?

Frente al daño patrimonial, uno de los aspectos que ha revestido amplia discusión es la consideración de su existencia como generador de responsabilidad fiscal cuando el mismo se produce entre dos o más entidades públicas. Varios ejemplos permiten ilustrar la situación planteada:

- Cuando una entidad no presenta oportunamente la declaración de retenciones en la fuente y como consecuencia de ello debe pagar unos intereses de mora y una sanción por extemporaneidad a favor de la DIAN, y, en general,

cuando existe mora o inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones tributarias frente al Estado y ello da lugar al pago de intereses y sanciones.

- Cuando se produce una reclamación de un mayor valor generado en la ejecución de un contrato interadministrativo, y la otra parte, sin necesidad de que se recurra a las instancias judiciales o alternativas de solución de conflictos, lo que daría lugar al ejercicio de la acción de repetición y no al proceso de responsabilidad fiscal, atiende y paga la reclamación del otro contratista.

- Cuando la entidad estatal, frente a los plazos pactados para el efecto en el contrato, se retrasa en el cumplimiento de los pagos a otra entidad pública que oficia también como contratista y como consecuencia se ve obligada a efectuar el reconocimiento y pago de intereses de mora.

Naturalmente que en todos estos eventos, si se admite que la afectación del patrimonio de la entidad que realiza los pagos constituye fuente de responsabilidad fiscal, habrá que demostrar la actuación dolosa o gravemente culposa de los gestores fiscales que ocasionaron o dieron lugar a que se produjera el detrimento.

Pero, lo que aquí se expone es la disquisición sobre la configuración de daño con efectos sobre el patrimonio de los gestores fiscales, cuando el mismo acontece entre dos entidades públicas, dado que en últimas la integridad patrimonial del erario no se vería afectada, pues recursos que en principio corresponderían ser ejecutados por una entidad terminarían siéndolo por otra a la cual ellos lleguen por efecto de la situación particular que así lo determine.

Con esa argumentación ha hecho carrera en las contralorías la tesis de que cuando el detrimento patrimonial al erario se ha ocasionado entre entidades públicas no hay lugar a la derivación de responsabilidad fiscal, pues en estricto rigor no ha existido lesión a la integridad del patrimonio público. Sin embargo, esta consideración que parece lógica y llamativa, tiene varios reparos para poder ser aceptada.

En primer lugar, no tiene en cuenta la situación que se presenta cuando las entidades involucradas pertenecen a distintos niveles territoriales o hacen parte de entidades territoriales distintas, en atención a la aplicación del principio constitucional de la autonomía de las entidades territoriales. Esta consideración derivaría en que solamente sería admisible la inexistencia de responsabilidad fiscal cuando el daño se hubiera ocasionado entre entidades pertenecientes al mismo nivel y entidad territorial.

En segundo lugar, tampoco tiene en cuenta la situación de las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios y de los órganos de régimen especial, los cuales, al estar dotados de personería jurídica, son titulares de un patrimonio propio y distinto del de la Nación o del de la correspondiente entidad territorial, y manejan autónomamente tanto su presupuesto como su contabilidad, en cuyos registros aparecerá reflejada la pérdida patrimonial en que se haya incurrido, aún si quien se

beneficia de la misma es otra entidad pública. Con esta consideración, la inexistencia de responsabilidad fiscal se restringiría todavía más y quedaría reducida al daño ocasionado entre entidades pertenecientes al Nivel Central de la respectiva Administración Nacional o Territorial.

En tercer lugar y para todos los supuestos, la consideración de que en esos eventos no hay daño patrimonial, no atiende a la definición legal de la responsabilidad fiscal, en cuya virtud el daño que da lugar a su declaración es aquel que proviene de una gestión fiscal que haya ido en contra de los cometidos y fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de control fiscal de las contralorías.

De esta manera, cuando se produce una afectación indebida al patrimonio público con ocasión de la gestión fiscal de sus bienes y recursos, en últimas se está generando que aquellos que hubieran debido destinarse al cumplimiento del respectivo objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto del respectivo sujeto de control, no se apliquen a esa finalidad, y por ende, en relación con el sujeto controlado, sí quepa hablar de una responsabilidad fiscal por el incumplimiento de ese imperativo legal.

Con base en las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que en ningún caso el daño patrimonial acaecido entre dos entidades públicas puede tomarse como inexistente para efectos de que las contralorías se abstengan en ellos de establecer la respectiva responsabilidad fiscal, si además concurren los restantes elementos que la estructuran.

¿Cuándo existe realmente daño al patrimonio público en la contratación estatal por el reconocimiento y pago de mayores valores a los contratistas?

Una de las principales fuentes de la responsabilidad fiscal la constituye la contratación estatal, en la medida en que la misma es una de las principales herramientas de gestión fiscal de los sujetos de control, y por consiguiente ella se encuentra expuesta a que en su utilización y por razón de la misma se afecte el patrimonio de las entidades gestoras.

En torno a la contratación estatal como fuente de la responsabilidad fiscal, un aspecto que amerita una reflexión es la determinación de la existencia de daño patrimonial cuando se está en presencia de sobrecostos o mayores valores pagados frente a los pactados en los contratos estatales por circunstancias acaecidas durante su ejecución.

Esta reflexión, por tanto, excluye consideraciones sobre el detrimento producido por sobrecostos en la celebración de los contratos o por mayores valores reconocidos y pagados derivados directamente de su liquidación y que no correspondan al reconocimiento en este acto de los eventos acaecidos durante su ejecución.

Con bastante frecuencia la ejecución de los contratos estatales, y principalmente de los de tracto sucesivo, se ve afectada por eventos que derivan en el reconocimiento y pago al contratista de mayores valores que aquellos que fueron pactados en el acuerdo de voluntades, y no siempre y no necesariamente esas diferencias han de tenerse como constitutivas de detrimento al patrimonio público.

En efecto, son múltiples las circunstancias que pueden dar lugar a esos reconocimientos: unas atribuibles a la administración, otras al propio contratista, algunas a las dos partes y otras a eventos de fuerza mayor o caso fortuito, pero también hay situaciones que se derivan de la propia ejecución del contrato y del cumplimiento de su clausulado, por lo cual resulta conveniente detenerse en los efectos que respecto de la responsabilidad fiscal, y, para lo que interesa en este punto, de la causación de daño al patrimonio público, se derivan de cada posibilidad.

Así, cuando se origina el pago de un mayor valor por un evento atribuible a la administración, si bien hay lugar al reconocimiento a favor del contratista, ello no quiere decir que no haya habido afectación al erario, pues resulta claro que de no haber mediado la actuación imprevisiva o negligente de la administración, no se tendría que haber efectuado un mayor reconocimiento al contratista.

La segunda posibilidad consiste en que se efectúe el pago de un mayor valor al contratista, a pesar de haber sido este último quien ocasionara el evento que lo generó, situación en la cual se presenta una afectación de la integridad patrimonial de la entidad contratante, cuyo origen es el reconocimiento y pago de una suma que no tendría que haberse pagado al contratista. La diferencia con la primera posibilidad consiste en que mientras que en esta la responsabilidad habría que ubicarla únicamente en los gestores fiscales que hacían parte de la administración, en la alternativa planteada, ella habría de cobijar a los gestores fiscales de ambos extremos del contrato.

La tercera posibilidad es una combinación de las dos anteriores, en cuyo caso, aunque no hay lugar a duda sobre la configuración del daño, la dificultad puede llegar a presentarse para efectos de establecer si hay lugar a una responsabilidad solidaria entre las dos partes o si se hace necesaria la individualización de sus responsabilidades en función de la incidencia que sus respectivas conductas antijurídicas hayan tenido en la causación del detrimento patrimonial.

La cuarta eventualidad se presenta cuando por fuerza mayor o caso fortuito hay lugar a reconocer al contratista un mayor valor. Es claro que aunque no haya una conducta antijurídica imputable a ambas partes del contrato, ello no quiere decir que el daño patrimonial no se haya presentado; lo que sucede en tal caso es que no hay lugar a derivar responsabilidad fiscal, en atención a que falta el elemento subjetivo de la misma.

La última circunstancia que puede dar lugar al reconocimiento y pago a favor del contratista de un mayor valor al pactado contractualmente, se deriva de lo acordado en el texto del contrato y de su propia ejecución. Aquí conviene recordar que el propio estatuto de contratación establece la obligación de pactar las fórmulas que permitan mantener el equilibrio financiero del contrato, de manera que cuando en razón de su propia ejecución, dentro de los plazos pactados, hay lugar a aplicar fórmulas de reajustes o índices de actualización, o la forma de pago las lleva implícitas (como cuando el precio se pacta en salarios mínimos y este valor de referencia se incrementa), que se traduzcan en el reconocimiento y pago al contratista de un valor superior, resulta claro que allí no se presenta un daño al patrimonio público porque la suma pagada equivale por razón del tiempo transcurrido a la suma pactada y por consiguiente no se presenta en rigor una afectación a la integridad del erario.

Similar situación acontece cuando en la ejecución del contrato se presenta la necesidad de atender a una mayor cantidad de obra realizada o de bienes suministrados o a una mayor extensión de los servicios prestados, para poder cumplir a cabalidad con el objeto contratado y sin que ello implique una modificación del acuerdo inicial, eventos en los cuales esas cantidades adicionales de obras, bienes o servicios, que efectivamente han sido realizadas, suministrados o prestados deben ser reconocidos y pagados, sin que ello implique que se haya presentado una disminución en el patrimonio público.

¿Cuándo existe culpa grave en la conducta imputable al gestor fiscal para que se pueda declarar la responsabilidad fiscal?

Con la sentencia C-619-02 de la Corte Constitucional se equiparó la valoración de la conducta antijurídica para efectos del ejercicio de la acción de repetición o de la derivación de responsabilidad fiscal respecto de los agentes estatales y los gestores fiscales, respectivamente, en el dolo y la culpa grave, dando aplicación en los dos casos a la preceptiva del artículo 90 de la Carta Política.

Con independencia de si se está de acuerdo o no con lo resuelto por el tribunal constitucional, en atención a que dicho fallo declaró inexecutable la regulación establecida en la Ley 610 de 2000 de establecer la responsabilidad fiscal a partir de la culpa leve, lo cierto es que hoy la misma solamente se puede establecer cuando el gestor fiscal que ha ocasionado o permitido que se ocasionara el daño patrimonial al erario ha obrado con dolo o con culpa grave.

En virtud de lo anterior, y dado que no existe una definición legal al respecto, resulta conveniente analizar cuándo se presenta una actuación dolosa o gravemente culposa por parte del gestor fiscal para que la misma sea constitutiva del elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal.

Este tema es de importancia porque en muchos de los organismos de control existe la percepción de que con la sentencia de la Corte hoy es prácticamente imposible llegar a una declaración de responsabilidad fiscal, sobre todo cuando se está frente a un examen de culpa y no de dolo por parte del gestor fiscal, lo cual ocurre en la gran mayoría de los casos.

Si bien es cierto que es mucho más favorable para la protección del erario que la responsabilidad patrimonial por la gestión fiscal se establezca a partir de la culpa leve y no desde la culpa grave del gestor fiscal, ello no quiere decir que no existan situaciones en las cuales la misma pueda ser demostrada y que como consecuencia haya lugar al resarcimiento económico por el daño ocasionado al patrimonio público.

En efecto, si se considera que se presenta culpa grave cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión o oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público, no puede caber duda de que un daño producido al erario por una de las siguientes situaciones implica que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave:

- Ejecución de los recursos presupuestales sin una planeación correcta y adecuada o sin realizar los estudios técnicos, económicos, jurídicos o de factibilidad, diseños, planos o proyectos necesarios para su inversión.
- Elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, de manera que conduzcan a interpretaciones o decisiones técnicas que afecten la integridad patrimonial de la entidad contratante.
- Celebración de contratos con recursos del erario sin contar con la garantía de que su ejecución cuenta con el respaldo presupuestal necesario para su terminación.
- Omisión del cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de consultoría, interventoría o supervisión, o no adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas.
- Incumplimiento de la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos.
- Omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los

ofrecimientos recibidos y aceptación sin justificación objetiva de ofertas que superen los precios del mercado.

- Aceptación de bienes, obras o servicios de calidad inferior a la contratada o a la establecida en normas técnicas y omisión en la realización oportuna de las reclamaciones correspondientes.
- Reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.
- Omisión o ligereza en la defensa de los intereses patrimoniales de la entidad pública en actuaciones judiciales, arbitrales o conciliatorias.
- En general, cualquier conducta negligente o imprudente abiertamente contraria a los principios que informan el ejercicio de la función administrativa y la gestión fiscal o a su naturaleza y objeto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AMAYA OLAYA, Uriel. *Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos Sustanciales y Procesales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- LÓPEZ OBREGÓN, Clara. *Control Fiscal Territorial. Fundamentos de Reforma*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 42 de 1993 disponible en www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0042_93.HTM
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 610 de 2000 disponible en www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0610000.HTM
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 617 de 2000 disponible en www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0617000.HTM
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 715 de 2001 disponible en www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0715001.HTM
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política disponible en www.presidencia.gov.co/constitu/
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-619/02 disponible en www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8315
- RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Responsabilidad Fiscal en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Octubre de 2001, volumen 3, número 2, pp. 75-95.
- SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel et al. *Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto Público*. Bogotá, Diké y Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.
- YOUNES MORENO, Diego. *Régimen del Control Fiscal y del Control Interno*, 4ª ed. Bogotá, Legis, 2000.