

Riesgos fiscales de la gestión en la contratación pública

■ Iván Darío Gómez Lee*

Resumen: *la gestión fiscal en la contratación está determinada normalmente por decisiones presupuestales de ordenación del gasto y por otros actos de disposición de los bienes o intereses de la persona jurídica pública. Para delimitar la responsabilidad de un servidor en los tres escenarios centrales analizados cabe anotar que la posición fijada no es unánime en la jurisprudencia: el Consejo de Estado se inclina al análisis funcional en cada caso. La Corte Suprema de Justicia en Sala Penal ha sido más estricta en el momento de calificar la responsabilidad penal del Ordenador. A continuación se analizan las normas, principios y alcances de los 10 principales riesgos en la actividad contractual; este es el marco obligado de ponderación, de la actuación y de la responsabilidad.*

Palabras clave: *responsabilidad fiscal, contratos conmutativos, distribución de riesgos.*

Deber de Planeación

Este es un aspecto esencial para el éxito de las finalidades previstas para un contrato. Desde el punto de vista de las obligaciones establecidas en la Ley 80 de 1993, varias de sus disposiciones se refieren expresamente al postulado de la planeación. El artículo 25 numeral 12 indica que con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección del contratista o de la firma del contrato, según el caso, deben elaborarse los estudios y diseños requeridos y los pliegos de condiciones. En el numeral 6° de esa misma disposición se plantea que sin mediar partidas o disponibilidades presupuestales no es posible iniciar el proceso de selección del contratista. El artículo 26 numeral 3° fija como referente de la responsabilidad premitir los deberes previstos en las anteriores disposiciones.

Por su parte, el artículo 30 numeral primero señala que el jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato

■ * Secretario General Procuraduría General de la Nación.

El primer nivel de la responsabilidad fiscal en la contratación: ordenador, pagador, interventor, supervisor y contratista

Estos son los cinco actores principales en la escena de la gestión fiscal contractual. Su vinculación es muy estrecha y en principio los cinco son siempre los llamados a responder en forma solidaria. Claro está que esa regla admite excepciones, como por ejemplo: El contratista no está llamado a responder por el daño que ocasiona la falta de previsión de la administración. El pagador y ordenador no son responsables cuando disponen un pago sobre certificaciones que suscribe el supervisor o el interventor y que dan cuenta del cumplimiento del contrato; en este evento éstos últimos son los llamados a responder. Supervisor, interventor y ordenador no son responsables por un pago fraudulento en donde el pagador omitió sus deberes de cuidado. Así las cosas, al momento de valorar si un agente es o no responsable, es imprescindible analizar sus deberes funcionales derivados del reglamento, contrato, memorandos, actos y cualquier otro instrumento que materialice bien su responsabilidad o que configure un eximente de la misma.

Es de destacar que una practica común es que las funciones de interventoría son contratadas con particulares mediante prestación de servicios, en el entendido que la supervisión es una función propia de un funcionario público. La modalidad de interventoría, de carácter público o la realizada por un particular, para nada modifica el nivel de responsabilidad desde el punto de vista fiscal, como quiera que en cualquier caso es una actividad que está llamada a determinar e inducir las decisiones que adopte el ordenador, o los posteriores conflictos que deba enfrentar la entidad. De ahí que la interventoría siempre se valore fundamental e implique para sus destinatarios deberes de cuidado y previsión, incluso de mayor intensidad a aquellos que corresponden al mismo ordenador del gasto.

El segundo nivel de la responsabilidad: comités, funcionarios, asesores y terceros

Otros actores aparecen en la escena de la contratación y de la gestión fiscal que de ella se deriva. En la medida en que la intervención de un comité, funcionario, asesor o de un tercero, sea decisiva para llevar a cabo los actos de disposición de los recursos públicos, entran a formar parte de la cadena de responsabilidades fiscales. Analicemos algunos casos: El funcionario o particular encargado de realizar los estudios y diseños de una obra que a la postre tenga fallas o sea abandonada que origine las llamados "obras inconclusas", será responsable fiscal como quiera que su labor de consultoría o asesoría fue determinante. En ocasiones los particulares que parecieran ajenos a las entidades públicas, son traficantes de influencias y artífices de desfalcos al erario, cuando se demuestra que su conducta es decisiva en el daño, se puede concluir que es un particular quien incidió y determinó la gestión de los recursos, a quien se le tipifica como una modalidad de gestión fiscal indirecta, según lo analizado por la Corte Constitucional. Por ello al igual que para los actores que denominamos del primer nivel, también se debe valorar los deberes funcionales, el impacto o la magnitud de la intervención. Cabe igualmente la responsabilidad de todos o algunos de los miembros de un cuerpo colegiado por las determinaciones que adopten, como sería el caso de una decisión de junta directiva, de la junta de compras y licitaciones o incluso los miembros del comité de conciliación de una entidad.

Al momento de valorar si un agente es o no responsable, es imprescindible analizar sus deberes funcionales derivados del reglamento, contrato, memorandos, actos y cualquier otro instrumento que materialice bien su responsabilidad o que configure un eximente de la misma

que causa ocultar una inhabilidad o incompatibilidades por el contratista y el deterioro que ocasiona el mismo por la mala calidad del objeto suministrado. Cualquiera de estas circunstancias que origine daño, por ejemplo, la inestabilidad de la obra o la baja calidad de los bienes o servicios contratados, son generadoras de responsabilidad fiscal. Tienen fuente directa en la ley, lo cual demanda mayores deberes de cuidado o previsión, frente a otras situaciones que conllevan daño originadas en la violación de los principios de la gestión fiscal.

La tipificación de estas conductas por el artículo 26 citado, no excluye que otros actos de gestión fiscal distintos a los previstos en la norma, que se deriven de la contratación y que ocasionen daño, también constituyan fuente de responsabilidad, toda vez que sean violatorios de alguno de los principios de eficiencia, eficacia, economía, equidad y valoración de costos ambientales. Ello como quiera que existen otras preceptivas de orden constitucional y legal que llevan a generar responsabilidad fiscal en otros eventos y situaciones, entre otros motivos, ya que como se vio la responsabilidad en la contratación no sólo abarca la contratación estatal en el sentido de la Ley 80 de 1993.

El daño por pagos indebidos: mayores cantidades, equilibrio económico, silencio administrativo positivo

El pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa o, en ocasiones, ilícito, son hechos frecuentes que dan lugar a la responsabilidad fiscal en cabeza de funcionarios públicos y contratistas de cualquier especie. Por falta de diligencia o mala fe, permiten, inducen o facilitan el pago de mayores cantidades de dinero al contratista, omiten hacer reclamaciones para restablecer la ecuación económica del contrato a favor del erario o asumen una actitud omisiva y poco transparente para que a la entidad contratante le sea reintegrado lo que en equidad y derecho le corresponda.

Sobre la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico a favor del Estado no existe duda de esa posibilidad, en lo que se refiere al régimen de la Ley 80 de 1993, ya que ésta previó esa figura, sin excluirla de manera alguna para el Estado. Por el contrario, el artículo 27 hace explícita esa previsión para cualquiera de las dos partes. Ese principio sería aplicable con independencia del régimen de contratación, como quiera que es antieconómica la gestión fiscal que permita, o no impida, un enriquecimiento sin causa del contratista, es decir, por encima de la utilidad prevista en la ecuación inicial del contrato, ya que es inadecuada cualquier prestación que supere los parámetros económicos de equidad previstos en el contrato; fuente y límite de los derechos y las obligaciones. Por lo tanto, siempre deben ejercerse todos los medios al alcance de la entidad contratante, tendientes a restablecer la ecuación económica inicial.

Adicionalmente, los más elementales criterios de equidad, igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y preservación de los recursos públicos, en un Estado social de derecho, harían

Es entendible que un contrato en donde media una situación de fuerza mayor o caso fortuito, fracase sin que nadie incurra en responsabilidad fiscal, como por ejemplo la creciente de un río que no se presenta todos los años

Es entendible que un contrato en donde media una situación de fuerza mayor o caso fortuito, fracase sin que nadie incurra en responsabilidad fiscal, como por ejemplo la creciente de un río que no se presenta todos los años. Lo que es inadmisibles es el fracaso del contrato por situaciones previsibles por las partes en donde la responsabilidad común se diluya.

La responsabilidad por sobrecostos, utilidad no razonable y los precios de referencia del SICE

El proponente, futuro contratista, y la entidad, futura contratante, deben valorar desde la propuesta que la cantidad y calidad de los bienes, obras o servicios que serán suministrados y pagados sean proporcionales al dinero o beneficios que recibirá el contratista. Si esa justa medida se rompe a favor del contratista, lo que se pagó en exceso puede constituir un detrimento al patrimonio público. ¿Cómo se establece la justa medida de lo que se debe pagar? Consultando los precios del mercado y valorando que la utilidad que se recibiría es la acostumbrada en negocios de similar naturaleza. Cuando se determinan hallazgos o responsabilidades fiscales por sobrecostos, el ejercicio que realizan las contralorías es un estudio de los precios del mercado del bien, servicio u obra, para demostrar la razonabilidad o desproporción del contrato, desde el punto de vista del precio y de la utilidad recibida.

En esa línea de pensamiento la Ley 598 de 2000 creó el Sistema Integrado de Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE) precisamente con el propósito de controlar los precios a la contratación que se realiza con recursos públicos. Establece un Registro Único de Precios de Referencia (RUPR) el cual construye un umbral, un precio indicativo, que si bien no es obligatorio, es un referente. De esta forma para apartarse del precio de referencia, se debe tener una justificación, como quiera que el mismo SICE en esa eventualidad activa unas alarmas de control que implicarán una vigilancia especial a ese proceso contractual⁵. Al respecto, es preciso anotar que por medio del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, se creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), el cual debe articularse con el SICE, sin que éste pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

La obligación de liquidar o finiquitar el contrato y el deber de conservarlo con sus soportes

Si bien el contrato finaliza cuando se vence el plazo de ejecución, en ese momento no desaparecen las obligaciones fiscales de la entidad contratante y del contratista. En el momento de finalizar sobrevienen tareas muy importantes para aclarar y finiquitar las cuentas del contrato y precaver cualquier vacío⁶. Este es un principio de administración y orden aplicable en cualquiera de los regímenes de contratación. En materia de contratos estatales la obligación de liquidar el contrato está prevista en la Ley 80 de 1993 modificada por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y la establece como forzosa para los contratos de tracto sucesivo (arrendamiento, suministro, concesión, etc) y como facultativa en otro tipo de contratos⁷. La liquidación es un ejercicio de contabilidad del contrato y

5 En el capítulo 3 de esta obra, la sección 3.8 analiza las obligaciones que genera el SICE.

6 Esta obligación del ordenador no excluye la del interventor de llevar sus archivos y la del contratista de llevarlos también por su cuenta.

7 Ley 1150 de 2007. Artículo 11.

son las conductas que la ley califica como gravísimas relacionadas con la contratación irregular, éstas se relacionan con las siguientes áreas: las inhabilidades e incompatibilidades, vigencias futuras, nóminas paralelas, el silencio administrativo positivo, declaratoria de caducidad, calidad de la obra, conflicto de intereses y declaratoria de urgencia manifiesta¹¹. La responsabilidad disciplinaria de los contratistas, interventores, concesionarios y prestadores de servicios públicos fue contemplada expresamente por el Código Disciplinario Único en sus artículos 52 a 57. Sobre estas últimas modalidades de responsabilidad en el Tratado de Derecho Administrativo, tomo IV, del profesor Jaime Orlando Santofimio, se realiza un amplio estudio de esta materia.

Para concluir, no se puede pasar por alto, en el análisis de las implicaciones y los riesgos en la contratación, el trabajo que realizó el Departamento Nacional de Planeación con el Banco Mundial denominado Manual de buenas prácticas, para la gestión contractual pública¹², investigación que sistematiza más de 10 años de experiencia e historia jurisprudencial de las leyes aplicables a la contratación, formidable ayuda en términos de prevención. Esta es una guía de análisis obligada para los gestores fiscales, como quiera que la misma contribuye a mitigar los riesgos que le son inherentes a la contratación pública. La publicación organizó y compiló temáticamente la jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado en esa materia. De allí se puede extraer una matriz de riesgos de la contratación estatal. A manera de referencia los temas básicos que plantea el Manual están ubicados en los siguientes momentos determinantes de la contratación: etapa de planeación, etapa precontractual que comprende la gestión contractual y el poder sancionatorio, etapa de liquidación referida a la obligación de liquidar correctamente y oportunamente el contrato¹³. Otro insumo muy valioso es la iniciativa de definir indicadores estándar para la evaluación de la contratación y sus resultados, que conllevó a la expedición de la Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral, Audite 3.0. adoptada mediante la Resolución Orgánica No. 5774 de agosto 8 de 2006.

11 Ley 734 de 2000 artículo 48 numerales 17, 18, 22, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 41.

12 Departamento de Planeación, Banco Mundial, Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública. Gonzalo Suárez Beltrán, Consultor Gerente, proyecto de contratación pública BIRF-DNP, Diana Vivas, Carlos Malagon, Jorge Iván Cuervo.

13 La etapa de gestión contractual se subdivide en gestión contractual, falta de previsión en la ejecución del contrato, mora o falta de pago del anticipo, incumplimiento de la Administración para la idónea ejecución del contrato, mora de la administración en el pago, falta de reconocimiento de reajustes, obras adicionales o mayor permanencia, ilegalidad en la exigibilidad de las garantías. La etapa de poder sancionatorio se subdivide en uso arbitrario de poderes discrecionales, extemporaneidad en el ejercicio de poderes exorbitantes, ejercicio arbitrario de poderes exorbitantes. ●