

# Comentarios al control fiscal contractual

Wilson Herrera Llanos<sup>1</sup>

## 1. Su caracterización:

El servicio a la comunidad y la protección de las personas están instituidas, constitucionalmente, como el fin último de la acción de las autoridades. Ambas constituyen, indudablemente, el objeto de todas las funciones que impone la Constitución a la Administración, por lo tanto, si tales cometidos se cumplen ordinariamente, a través de la Contratación Administrativa, es apenas obvia la necesidad de un *control* cuyo ejercicio implique siempre la exorbitancia del Estado contratante.

La exorbitancia de ese control, nacida de la fuerza coercitiva que ostenta la naturaleza del Estado como sujeto activo de su ejercicio y como agente preponderante de la relación contractual, se extiende a esa misma relación, de manera que no puede concebirse su existencia sin esa característica.

El *poder constitucional* mencionado no puede ser desechado por la Administración porque, como dice Eduardo García de Enterría, el Contrato no implica jamás la renuncia de ese poder, sino solo la colaboración privada en su cumplimiento, de manera que, para llenar su cometido y desarrollar tal competencia, no le cabe otra alternativa que la de ejercer sus poderes de dirección, de inspección y de control,

expresados a través y con fundamento en prerrogativas exorbitantes y unilaterales.

Estas prerrogativas no pueden desaparecer de la relación contractual, así sea que un estatuto especial, como la Ley 80 de 1993, intente moderarlas o restringirlas como una forma de atemperar dicha relación a cánones modernos de equilibrio y equidad contractual, especialmente de carácter económico-financieros, muchas veces desconocidos por el anterior régimen, porque la tendencia individual del contratista y la contrapuesta finalidad altruista que entraña el Estado, al menos en teoría, hace indispensable la existencia de poderes que no solo manejen esa relación jurídica, sino que la controlen.

No es cierto, pues, el criterio según el cual la orden del nuevo estatuto contractual de Colombia que obliga a los contratos estatales a regirse por las disposiciones comerciales y civiles, deba interpretarse, lisa y llanamente, como la extinción de las dos especies de contratos, *privados* o civiles, por una parte, y *administrativos*, o de derecho público, por otra, y mucho menos como la extinción de la exorbitancia de la Administración en este último tipo de negocio jurídico, pues si bien es cierto que el nuevo régimen termina con la distinción, de origen francés, de contratos administrativos y privados de la administración, con o sin cláusula de caducidad, no es menos

<sup>1</sup> Abogado. Profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Procedimiento Administrativo del Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

cierto que la reforma no llega a identificar plenamente a los contratos civiles o comerciales con los estatales.

Así, el art. 40 de la Ley 80 de 1993, que enseña que las estipulaciones de los contratos estatales serán las que fijen las normas civiles y comerciales, agrega: «y, además, las especiales que prevea ella misma», con lo cual se está significando que los contratos estatales están integrados no solo por las estipulaciones que fijen las normas civiles y comerciales, sino también por las otras que prevé la misma ley, todas las cuales, como es obvio, integran agregados normativos especiales para conformar una figura específica diferente, que es el contrato estatal.

El art. 13 del mismo estatuto, después de indicar que los contratos que celebren las entidades estatales deben regirse por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, exceptivamente salva las materias particularmente reguladas por esa Ley, con lo cual no solo excluye a esas materias de la normatividad civil sino que confirma el diseño autónomo de un contrato estatal que difiere del enteramente civil o comercial.

El art. 32, *ibídem*, también categoriza a los contratos de la Administración, al señalar que pueden constituirse con los mismos actos jurídicos previstos en el derecho privado, con actos previstos en disposiciones especiales y por los otros que enunciativamente se definen en la Ley, por lo que si bien deben cumplir las formalidades de aquellos, los civiles, también cumplen con reglas y formalidades exorbitantes que no fueron olvidados por la nueva Ley.

Como puede verse, estas normas, junto a la existencia de otras, como las consagratorias de las licitaciones y concursos, de la caducidad, de la terminación, modificación e interpretación unilaterales y las demás a que se refiere el art. 14 del estatuto como «cláusulas excepcionales al derecho común», agregadas a la definición constitucional del servicio público como inherente a la finalidad del Estado que hace la Constitución para permitirle a éste su prestación directa o indirecta, no solo nos reafirma la permanencia de las dos categorías de contratos seriamente definidas y limitadas, sino que nos hace dudar, además, de una supuesta pérdida de exorbitancia del contrato estatal y de la muy optimista referencia a la total permisibilidad de la autonomía de la voluntad.

Eduardo García de Enterría dice con gran acierto que «este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de su privilegio general de autotutela, de modo que es en sí mismo extracontractual».

«La verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa —agrega el ilustre administrativista— está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas, o si se prefiere, con los servicios públicos, cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas».

La exposición de motivos de la nueva Ley, a este respecto, nos asidera en

esta consideración cuando, con cita de Garrido Falla, sostiene que:

«..... No obstante ser el contrato estatal un verdadero contrato, y en cuanto tal, la situación jurídica individualizada que de él surge se asemeja a las situaciones nacidas de los contratos civiles, la finalidad de interés colectivo que el contrato estatal implica determina también una posición especial de las partes contratantes...»

Para terminar diciendo que, «...por ello, debe dotarse a la administración de mecanismos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los fines estatales...», y que, «...en acatamiento a esa postura, el art. 14 consagra los casos en que se puede prescindir de la estipulación de las cláusulas excepcionales ... se trata de aquellos contratos en que la actividad del contratista no se encuentra vinculada directamente con la prestación de un servicio público o cuando el contrato no tiene por objeto una prestación de utilidad pública...», sin olvidar, decimos nosotros, que la misma norma confiere a la administración prerrogativas de dirección y control para que pueda lograr los fines de la contratación.

En una palabra, si bien es cierto que el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa en Colombia impone criterios de mayor equilibrio económico y jurídico para el manejo del Contrato Estatal y, además, termina con dilaciones procedimentales y amplía las posibilidades en el ejercicio de la voluntad de las partes en esa clase de contratos, eso no significa que haya consagrado el imperio definitivo de la

igualdad de las partes ni el reinado total de la autonomía de la voluntad, ya que esto sería tanto como desnaturalizar el carácter propio del contrato que celebra el poder público del Estado con miras a un interés comunitario o general.

Por el contrario, si observamos con detenimiento, comprobaremos que las mencionadas concesiones legales se contrapesan, en el nuevo estatuto, con una más drástica y variada reglamentación del control, a tal punto que, sin querer ser visionarios del pesimismo, son muchos los que opinan que este múltiple control, incluido el de la comunidad ciudadana, se podría constituir en el inicial tropiezo práctico de los principios de economía, celeridad y eficacia con que se ha querido diseñar el nuevo estatuto contractual.

## **2. Sobre la distinción de los controles contractuales.**

El control de la contratación administrativa, aun en la condición de subtema del control administrativo que le asignan los autores, conlleva un análisis tan amplio y extensivo que, al examinar el cuerpo de la Ley 80 de 1993, estatuto regulador vigente en Colombia, en toda su materia, y no exclusivamente en su capítulo VII, observamos que, directa o indirectamente, todas sus normas, en sí mismas, se podrían reducir, o explicar, siempre, como simples formas o mecanismos legales de control de la contratación.

Así, desde las definiciones, principios, inhabilidades, incompatibilidades, requisitos y reglas de procedimiento, pasando por las *nullidades* y las reglas de responsabilidad, hasta llegar a la

participación de los organismos específicamente controladores y, finalmente, a los recursos y acciones de impugnación, gubernativa o jurisdiccional, todos, en sí mismos y en su conjunto, no son otra cosa que fórmulas jurídicas de control a la contratación estatal.

Con este criterio metodológico podemos observar cómo, en efecto, el capítulo VII del estatuto que comentamos, comprende solamente un simple **control orgánico**, y así podríamos intentar clasificarlo, pues, desde diferentes perspectivas jurídicas, lo ejercen varios órganos del Estado, como el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República y, asimilada a ellos, la participación ciudadana; en tanto que las definiciones, principios, requisitos, nulidades y reglas de responsabilidad, diseminados por el resto del estatuto, podríamos clasificarlos, como partes de un **control jurídico**, y, finalmente, las acciones, recursos y procedimientos, como un **control procesal**, ya sea gubernativo o jurisdiccional.

El primero de dichos controles, el *orgánico*, lo ejercen diferentes entes oficiales. Se caracteriza por su esencia institucional y la ley lo clasifica, a su vez, de acuerdo a la naturaleza de la función que le corresponde a cada uno de tales organismos, en un control *fiscal*, a cargo de la Contraloría, un control *penal*, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, un control *disciplinario*, a cargo de la Procuraduría General de la Nación, y, finalmente, un control *ciudadano*, a cargo de las asociaciones cívicas, comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común.

El segundo control, el *jurídico*, está formado por normas que fijan las reglas de la relación contractual, las sanciones jurídicas, la responsabilidad y los criterios orientadores de dicha relación, cuya jerarquía legal, e intrínseca naturaleza coercitiva, lo legitima ante todos, y asegura, en principio, el respeto, cumplimiento y eficacia del sistema, siempre que, por otra parte, participen en forma adecuada y oportuna los órganos y procedimientos correspondientes.

El tercero de los controles destacados, el *procesal*, como su nombre lo indica, está constituido por todo el sistema procedimental, de naturaleza gubernativa o jurisdiccional, que permite impugnar, reclamar, o ejercer derechos, dentro, o con ocasión, de la relación contractual.

Finalmente, de acuerdo al origen del control fiscal, ya sea de un órgano independiente o de un órgano dependiente de la Administración que se controla, puede denominarse control fiscal *externo* o control fiscal *interno*. El primero, como hemos visto, lo ejerce, en materia contractual, la Contraloría General de la República; el segundo, por mandato constitucional y legal, que analizaremos, se ejerce a través de los instrumentos, técnicos, administrativos y operativos que diseñe la misma Administración en su interior.

### 3. Referencias Constitucionales y Legales:

Desde mucho antes de que se expidiera la Ley 80 de 1993, la Constitución Nacional de 1991 había fijado los criterios rectores en estas materias al imponer dos innovaciones importan-

tes; por una parte, la referente a la obligación de ejercer dicho control en forma posterior y selectiva (art. 267), y, por otra parte, la del deber de diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno (arts. 209 y 269).

Respecto a la primera innovación constitucional relativa al ejercicio del control *posterior*, es preciso recordar que en Colombia se estableció el sistema de control fiscal con la expedición de la Ley 6a. de 1921, que creó la Contaduría General de Hacienda y fuera sustituida, después, mediante la Ley 20 de 1975, que ordenó aplicar, como sistemas de control fiscal, los controles «previo», «perceptivo» y «posterior», de no tan grata recordación, ni positiva aplicación en el país.

En materia de contratación administrativa, el decreto 222 de 1983, en su art. 298, había impuesto la exclusividad del control «posterior» como único medio de vigilancia de los organismos controladores. Sin embargo, la inveterada práctica del control «previo» y la existencia de muchos códigos departamentales y municipales que ilegalmente desatendieron este principio, amén del muchas veces explicable temor de los administradores seccionales de oponerse a la continuidad de dicha práctica por parte de sus respectivas contralorías, hizo que su aplicación y correcta interpretación fuera de muy poca y aislada ocurrencia.

La Ley 53 de 1990 también hizo su intento, pero la verdad es que la arraigada aplicación del control llamado «previo», frente a la complejidad y dinamismo de la moderna administración, llegó a convertirse más en un

motivo de dilación, entorpecimiento y venalidad que en un medio eficaz de control, tal como lo dejó sentado el mismo Consejo de Estado en varias decisiones importantes.

La Constitución de 1991 enmendó en forma definitiva toda esta situación, no solo al darle al control fiscal el carácter de «función pública» al lado de las demás funciones estatales e imponer para él un ejercicio posterior y selectivo, sino también al cambiar el antiguo control «previo» por un «control interno» ejercido por la misma entidad administrativa, en un intento de trasplantar una positiva experiencia de la administración privada y avanzar en la modernización de la administración pública.

Y se dice que corrige la situación anterior porque la definición misma de «control posterior» rompe con la posibilidad de que la Administración quede sometida, en la ejecución de su actividad, a revisiones y contradicciones de carácter legal, contable o fiscal, sin que eso signifique, por otra parte, laxitud en los exámenes, pues, la misma Constitución se encarga de extenderlos, más allá de la simple comprobación numérico-legal, hasta las efectos reales y logros de dicha actividad.

Fuera de esta noción básica, la Carta consagró tres aspectos de no menos importancia para el ejercicio del control fiscal. El primero, se refiere a la extensión del control a los particulares o entidades que manejen fondos o bienes estatales u oficiales. El segundo, a la autorización para que, en casos especiales, la vigilancia se ejerza por empresas privadas colombianas especializadas. Y el tercero, a la posi-

bilidad excepcional de ejercer, la Contraloría General, dicho control sobre cualquier entidad territorial

En desarrollo de los anteriores principios, la Ley 42 del 23 de enero de 1993, definió el control posterior como «la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos», y al control *selectivo* como «la elección, mediante un procedimiento técnico, de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades, para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal».

Más tarde, la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, en su art. 65, al expedir el régimen de la contratación estatal determinarí­a la forma de aplicación del control posterior y dejarí­a enunciada, nuevamente, la noción del control interno, el cual es desarrollado, finalmente, por la Ley 87 de 29 de noviembre del mismo año, para terminar así de integrar todo el régimen jurídico de nuestro tema.

La ley 42 integró un solo sistema de control fiscal y financiero en el país, y cobijó, como sujetos a todos los órganos que forman las ramas del poder público y a los que, en su carácter constitucional de autónomos e independientes, cumplen con las restantes funciones del Estado, ya sea a nivel nacional, departamental o municipal.

Consagró, además, como principios rectores, algunos de los fijados, en el Código Administrativo de 1984, para las actuaciones administrativas en general y por la misma Constitución de

1991 para el desarrollo de la «función administrativa».

Como «sistemas de control», además del financiero, define el de legalidad, el de gestión, el de resultado, el de revisión de cuentas y el de la evaluación del control interno, nociones que son de importancia vital para el cabal entendimiento de la nueva orientación jurídica sobre el «control fiscal», a la administración, en general, y a la gestión contractual, en particular.

Así, el control financiero, o auditoría financiera, como la llaman otros, es considerado como un examen técnico y probatorio que se hace a los estados financieros, o transacciones, de una entidad, con base en normas de auditoría de aceptación general, para determinar si ellos son el reflejo razonable de sus operaciones.

El control de legalidad es la adecuación normativa de todas las operaciones financieras, administrativas y económicas de la entidad; el de gestión es la comprobación de la eficiencia y eficacia que se haya obtenido con el uso de los bienes públicos; el de resultados se dedica a constatar en qué medida se cumplen los objetivos, planes, programas y proyectos propuestos por los funcionarios; y, finalmente, el de revisión de cuentas viene a ser, como su nombre lo indica, la verificación de los soportes documentarios de una gestión determinada desde el punto de vista legal, técnico, financiero y contable.

#### 4. De la aplicación del Control

El estatuto contractual prevé los modos de control fiscal aplicables a la

contratación estatal, pero no define, en sí mismo, el control fiscal, ni sus diferentes formas o sistemas de ejercicio, pues esta labor la adelanta, como hemos visto, el estatuto general sobre controles, que es la Ley 42 de 1993.

El art. 65 de la Ley 80 de 1993 señala que la intervención de las autoridades del control fiscal en la contratación estatal se ejerce en las siguientes etapas de su desarrollo:

- a. una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos;
- b. sobre las cuentas correspondientes a los pagos originados en los contratos;
- c. una vez liquidados o terminados los contratos.

Como puede verse, el ejercicio del control en forma posterior, según lo ordena la Constitución, no significa, a la luz de la Ley 42, que dicha vigilancia se efectúe siempre, por una sola vez, a la finalización, normal o anormal, de todo el proceso contractual, sino que se ejerce durante tres etapas o momentos claramente definidos en dicho proceso, pero siempre, como es obvio, en forma posterior.

Así, en la primera ocasión, se ejerce cuando se hayan agotado todos los trámites de legalización, es decir, cuando el contrato se haya perfeccionado, que no es otro momento que cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y se eleve a escrito, tal como lo dice el art. 41 de la Ley, sin olvidar que, antes del acuerdo sobre el objeto del contrato, se han debido dar

toda una serie de procedimientos y ritualidades de selección que ingresan también en la expresión «agotados los trámites administrativos de legalización».

Es decir, que la intervención del control fiscal no solo se ejerce sobre el acuerdo del objeto contractual y el escrito, sino sobre todos los trámites administrativos adelantados hasta el instante en que todo está listo para dar inicio a la ejecución, pero sin que eso signifique que este ejercicio pueda suspender la prosecución del trámite hacia la segunda y posteriores etapas del contrato, ya que la posibilidad del organismo contralor, en ese instante, de darle traslado a los organismos competentes para examinar la legalidad de la conducta de los funcionarios que supuestamente hayan violado, en forma total o parcial tales trámites administrativos, en nada obstaculizan la continuidad de la acción administrativa.

La segunda ocasión en que se ejerce el control posterior será sobre las cuentas correspondientes a los pagos originados en dichos contratos, para verificar que dichos pagos se ajustaron a las disposiciones legales. Sin lugar a dudas, esto significa que todas las cuentas presentadas durante el proceso de contratación, para exigir un pago, ya sea por concepto de «anticipos», cuotas convenidas, reajustes necesarios, revisiones de precios, intereses de mora, etc., serán revisadas por el organismo controlador, sin que, como en el primer caso, tal revisión y las subsiguientes medidas del contralor, pueda implicar la suspensión del decurso contractual.

La tercera ocasión para intervenir el control posterior, por mandato de la norma que comentamos, opera cuando ya los contratos, según el caso, se han liquidado o terminado; como quiera que sea, dicho control, deber incluir, en forma selectiva, un control financiero, de gestión y de resultados, acordes todos con los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales que ordena el art. 267 de la Constitución, y de acuerdo a las prescripciones de la Ley 42 de 1993.

Para viabilizar el ejercicio del control fiscal, el inciso 4o. del art. 65, que comentamos, autoriza a las autoridades del control fiscal, para que, sin

hacer distinción de etapas o momentos de la gestión contractual, puedan solicitarles, a los funcionarios públicos, informes sobre su gestión contractual, sin que a tal «solicitud de informes» se le pueda dar una proyección o significación diferente al carácter meramente indagatorio que en sí mismo implica.

Como consecuencia de toda la actuación de control fiscal, aplicable genéricamente a la gestión fiscal de la administración y, por ende, a su específica gestión contractual, la Ley 42 de 1993, en su capítulo III trata el tema de la *responsabilidad fiscal* que obviamente escapa al perfil de estos comentarios.