

Te Tra

Temas de Trabajo

El control fiscal a la contratación pública en etapa precontractual

JULIO CÉSAR A. CÁRDENAS URIBE

9



JULIO CÉSAR A. CÁRDENAS URIBE

El control fiscal a la contratación pública en etapa precontractual

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN: 978-958-8968-89-6

- © JULIO CÉSAR A. CÁRDENAS URIBE, 2018
- © INSTITUTO LATINOAMERICANO DE ALTOS ESTUDIOS –ILAE–, 2018
Derechos patrimoniales exclusivos para todos los países de habla hispana de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 n.º 39A-46, Bogotá, Colombia. Tel. (571) 703 6396
www.ilae.edu.co

Primera edición: julio de 2018

Diseño de carátula: MÓNICA CÁRDENAS

Composición y edición electrónica:
Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

CONTENIDO

NOTA DEL EDITOR	7
CAPÍTULO PRIMERO	
EL CONTROL PÚBLICO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	9
Tipos de control	14
A. Control penal	14
B. Control Disciplinario	17
C. Control fiscal	23
D. Control interno	24
CAPÍTULO SEGUNDO	
CONTROL FISCAL EN COLOMBIA	31
I. Concepto de control fiscal	31
II. Atribuciones del Contralor relacionadas con el control fiscal micro	33
A. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.	36

B.	Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.	38
C.	Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación	39
D.	Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.	40
III.	Principios y sistemas de control fiscal	41
A.	Principios que rigen el control fiscal	42
1.	Control posterior y selectivo	42
2.	Principio de la gestión fiscal	44
3.	Sistemas de control	49
IV.	Vigilancia a la gestión fiscal a la contratación	56
A.	Primera etapa control fiscal a la legalización del contrato	60
B.	Segunda etapa control fiscal a los pagos realizados con ocasión al contrato	61
C.	Tercera etapa control fiscal una vez liquidados o terminados los contratos	62
EL AUTOR		66

NOTA DEL EDITOR

La serie Temas de Trabajo presenta a manera de *paper*, avances de investigación de las distintas líneas que se trabajan en nuestros grupos reconocidos por Colciencias.

Estos avances se socializan en la comunidad académica para abrir debate y generar discusión, que retraolimenta y enriquece dichas líneas.

Cada investigación termina en la publicación de un libro al finalizar el proceso que incluye la socialización de avances que se dan durante su ejecución, motivo de la presente obra.

Cada número de la serie es sometida a evaluación de pares externos.

EL EDITOR.

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONTROL PÚBLICO EN EL
ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Los Estados como el nuestro, esto es, sometidos al Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho, determina cuales son las funciones que deben cumplir cada una de las entidades estatales y sus servidores públicos, y a la vez determinan cuales son los controles que se van a instaurar para que se cumplan. Estos controles pueden ser interiores a la administración o exteriores a la misma.

Se busca controlar el poder, que el gobernante o administrador público no tenga una facultad omnímoda que no nos permita determinar si las actuaciones realizadas por ellos están dentro de la legalidad. Los controles nacen para delimitar el uso tiránico en el actuar de lo público que era utilizado en épocas anteriores.

El control en el Estado Constitucional tiene su fundamento en el control del ejercicio del poder y este históricamente se ha fundado en el principio de legalidad y en la división del poder. Se busca que se garantice el ejercicio del poder subordinado a la legalidad, esto es, el sometimiento del actuar público al derecho.

La separación de poderes, hace que se dividan sus funciones y que un poder no absorba o tome al otro, el control debe buscar que no exista un abuso de los mandatarios. El fundamento del control deviene de la misma caracterización humana, en la cual el que detenta el poder no solo quiere quedarse en el, sino además buscar la forma de abusar del mismo.

También debe buscarse que las ramas del poder o sus órganos, tengan unas funciones que busquen el equilibrio del poder, con fundamento en legalidad de las actuaciones, esto es que, sólo podrán actuar válidamente si las normas le han otorgado la facultad para hacerlo, que no vayan más allá de lo que les permite la norma y que cuando tengan la obligación legal de actuar, de acuerdo con sus funciones, lo hagan.

Como lo expreso el Profesor Luis Carlos Sáchica, traído a colación por Diego Younes, sobre el tema de la limitación al poder estatal:

“Del desarrollo de estos principios se desprende la configuración del orden jurídico como un sistema normativo total de las actuaciones del poder estatal, dirigido a impedir una actuación arbitraria, opresiva, irresistible o inmodificable que pueda afectar los derechos de los administrados, sin que estos tengan oportunidad de defensa o de restablecimiento de sus situación jurídica, lo que sería contrario a la psicología, al temperamento, al carácter y a la mentalidad burgueses, cuya preocupación primordial es la seguridad jurídica, la estabilidad o normalidad del *statu quo* consagrado en la ley.

“Tales ideas y tal preocupación se traducen en la adopción de mecanismos *de control sobre actividades del Estado*, de distinta

naturaleza y con fines específicos pero coincidentes”¹. Resaltado fuera de texto.

En Colombia el poder es uno solo, pero se divide en ramas y órganos separados entre sí pero, de acuerdo al artículo 113 de la Constitución Política, se colaboran armónicamente. Esto significa que no son solo las tres ramas del poder (ejecutivo, legislativo y judicial) sino que también existen otro tipo de órganos autónomos e independientes como lo son la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría.

Con este cambio lo que ocurre es de gran impacto para la sociedad, y es que el control cambia su enfoque y se agranda, por lo que se requiere de muchas más limitaciones, que se vuelven en una garantía de eficacia ya que se multiplican los reguladores².

De acuerdo a estas consideraciones lo que debe controlarse, es que las entidades actúen de acuerdo a las competencias asignadas, esto es que cumplan con el principio de legalidad que les impone la Constitución.

Pero, como es sabido las entidades no actúan por si solas, requieren de personas que expresen su voluntad, por lo que el principio de legalidad cae directamente sobre

1 LUIS CARLOS SÁCHICA. *Exposiciones y glosa del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Temis, 1976, p. 130. Del texto de DIEGO YOUNES MORENO. *Derecho del control fiscal y del control interno*, Bogotá, Ibañez, 2015, p. 42.

2 Ver HERMAN HELLER. *Teoría del Estado*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 262.

los funcionarios que deben expresar esa voluntad y cumplirla; y no solo eso no pueden ir más allá de lo que les dice la norma ni tampoco a abstenerse de actuar cuando la norma así lo obliga.

La Constitución Política en su artículo 6° determina que:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. *Los servidores públicos* lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Resaltado fuera de texto.

Cuando hablamos de responsabilidad, hablamos de control, lo que se vigila y controla es el cumplimiento del principio de legalidad por parte de los servidores públicos.

Principio de legalidad, cuando hay existencia plena de Estado de Derecho, no debe ser entendido en sentido estrictamente legal, sino implica, como lo sostiene el doctor Jaime Orlando Santofimio, en:

“... una aproximación al concepto sustancial de derecho, lo que recoge irremediamente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico.

“para ser más exacto, el principio de legalidad así entendido resulta asimilable al principio de respeto y acatamiento al bloque de legalidad que recoge la totalidad de elementos articulados en el llamado sistema del ordenamiento jurídico”³.

3 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Externado, 2017, p. 189.

Para los servidores públicos esta claramente expresado el principio de legalidad en el inciso 2° del artículo 122 de la Constitución Política:

“... Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”.

Y el inciso segundo del artículo 123 de la norma superior que expresa “... ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”. Donde se observa la responsabilidad de los servidores públicos de cumplir las normas a las que está sometido.

A lo anterior hay que sumarle que nuestra Constitución es finalista, por lo que además de las normas debemos saber que los servidores públicos deben cumplir unos fines, como nos lo expresa el artículo 2.º de la Carta:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Lo anterior, aunado a que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, como lo ordena el inciso 2.º del artículo 123 de la C.P., eso lo realiza la norma mirando los fines teleológicos de su actuar, sumándole también la prevalencia del interés general, como principio que nos trae el artículo 209 de la Constitución Política.

I. TIPOS DE CONTROL

En este aparte del texto, determinaremos los diferentes controles que tienen relación directa con el control fiscal, tanto externo como interno. Hablamos específicamente de este tipo de controles los cuales son los que, por observaciones de la auditoría, pueden llegar a constituirse como un hallazgo con una responsabilidad para el servidor público.

En este caso estamos refiriendonos a controles de tipo penal, disciplinario y fiscal.

A. Control penal

El control penal, es parte del *ius puniendi* del Estado. Siendo el único con características judiciales, los otros controles son administrativos y comprende los controles disciplinario, correccional y contravencional.

Este control se ejerce para proteger los principales bienes jurídicos, los cuales son determinados por el Congreso por medio de una ley.

Los bienes jurídicos son aquella situación que la sociedad considera relevante por su relación entre las personas

con las demás personas, de las personas con su desarrollo y de las personas con la sociedad. Los ejemplos son la vida, salud, libertad, patrimonio y para nuestro caso puede ser la propia Administración pública, y todas esas actividades que realiza la Administración que permiten el desarrollo de las personas y de la comunidad. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

“Al respecto cabe señalar que por bien jurídico la doctrina contemporánea ha entendido aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción o para asegurar el funcionamiento del mismo”²⁰ En tal sentido, el bien jurídico está llamado a cumplir una función social; y desde una perspectiva dogmática, constituye una importante guía para la interpretación de la norma penal y se erige en un criterio de medición de la pena a imponer, dado que la mayor o menor gravedad de la lesión al bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. De allí que no se consideren como bienes jurídicos, objeto de tutela penal, las conminaciones arbitrarias, las finalidades puramente ideológicas, las meras inmoralidades, y por supuesto, el ejercicio de una actividad constitucionalmente válida”²⁴.

Es por eso que se recurre a él solo en última instancia, ya que debe utilizarse únicamente cuando los demás medios no fueron efectivos para solucionar la situación presentada, ocurre cuando todos los demás mecanismos

4 Corte Constitucional. Sentencia C-205 del 11 de marzo del 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

fracasaron para darle una verdadera solución al problema (*ultima ratio*).

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

“La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la *última ratio* del derecho sancionatorio”⁵.

El legislador determina unas conductas, denominadas delitos o contravenciones, y ordena que, quien realice esa conducta, recibirá una sanción, que puede ser una pena o una medida de seguridad.

La Corte sobre el punto a sostenido que:

5 Corte Constitucional. Sentencia C-365 del 16 de mayo del 2012, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

“3.2.2 Para efectos de la presente sentencia resulta relevante recordar que en esta materia la Corte ha hecho énfasis en que es al *Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado...*”⁶. Resaltado fuera de texto.

El derecho penal tiene dos funciones: castigar las infracciones cometidas por los individuos (represiva) y además busca que las conductas no se repitan, esto es previene las infracciones futuras (Preventiva).

B. Control Disciplinario

El control disciplinario, como parte del control sancionador administrativo, se puede definir como aquella parte del control estatal que se realiza contra los servidores públicos –aunque se encuentren retirados del servicio – y los particulares que cumplan funciones públicas⁷, por abusar de los derechos, incumplir con sus deberes, incurrir en las prohibiciones y violar las inhabilidades e incompatibilidades⁸.

Es una función pública, específicamente administrativa, nacida de las relaciones especiales de sujeción determinadas por la vinculación del servidor público al Estado, generándose para aquel una relación de subordinación.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-1066 del 5 de diciembre de 2006, M. P.: ALVARO TAFUR GALVIS.

7 Artículo 25 de la Ley 734 de 2002.

8 Artículos 33 a 41 de la Ley 734 de 2002.

Es parte del *ius puniendi* del Estado⁹, se justifica para el cumplimiento de los fines del Estado por parte de los servidores públicos, como lo sostuvo la Corte Constitucional:

“otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1.º, 2.º, 4.º y 16)”¹⁰.

Las normas Contitucionales consagradas en los artículos 6^o¹¹ y 123¹², determinan que las personas vinculadas al Estado, por cualquiera de sus modalidades (vinculación legal o reglamentaria, contrato laboral, etc.) , son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley y los reglamentos, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

9 Sentencias de la Corte Constitucional C-818 de 9 de agosto de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL y C-504 de 4 de julio de 2007, M. P.: CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

11 Artículo 6.º de la Constitución Política: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

12 Inciso 2.º art 123 de la Constitución Política: “...Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

Lo que busca el derecho disciplinario, es controlar y vigilar la buena actuación de las personas vinculadas al Estado dentro de la administración pública, buscando el cumplimiento de sus deberes funcionales, esto es el cumplimiento del principio de legalidad en sentido amplio¹³. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

“...fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarla”¹⁴

Son normas que buscan el buen funcionamiento de la administración pública, y esto se logra preservando la disciplina y el comportamiento ético de los servidores públicos y los particulares que ejerzan función pública. Como lo sostiene la Corte Constitucional:

“El derecho disciplinario constituye un derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la

13 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2012, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

14 Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 4 de octubre de 1993, M. P.: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables¹⁵.

Por todo lo anterior, cualquier incumplimiento a sus deberes, obligaciones y prohibiciones normativas (todas las normas a las que está sometido el servidor público) para el adecuado ejercicio de la función pública acarrea una sanción disciplinaria.

Más cuando el mismo numeral 1 artículo 34 del Código Disciplinario Unico¹⁶ determina que, es deber de todo servidor público:

“1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código”.

15 Corte Constitucional. Sentencia C-30 cit.

16 Ley 734 de 5 de febrero de 2002.

Desde el punto disciplinario, los servidores públicos están sometidos a toda la normatividad y su incumplimiento puede ser investigado y sancionado por el funcionario competente, y esa investigación puede iniciarse por queja tanto de un particular como de un servidor público, porque la misma entidad a través de sus mecanismos de autocontrol las observe (oficina de control interno) o por las observaciones con hallazgo disciplinario que detecte la Contraloría.

Pueden ser competentes para seguir el proceso disciplinario la misma entidad, a través de sus oficinas de control interno disciplinario, la Procuraduría General o las Personerías según su competencia¹⁷. Como lo observa la Corte Constitucional, en sentencia C- 229 de 1995:

“3- El control disciplinario tiene dos grandes ámbitos de aplicación. Por un lado encontramos una potestad sancionadora de la administración de carácter interno, por medio de la cual el nominador o el superior jerárquico investiga la conducta administrativa de su subordinado y, en caso de que sea procedente, adopta y hace efectiva la sanción disciplinaria correspondiente. Esta potestad interna, que deriva de la organización jerarquizada de la administración, se traduce, según lo señalado por esta Corporación en anterior decisión, en “una sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas”.

17 Artículo 2.º Ley 734 de 2002: “Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias”.

cas y se constituye en un complemento de la Potestad de mando, pues contribuye asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”...

“4- Al lado de esa potestad disciplinaria interna de la administración, la Constitución consagra un control disciplinario externo, conocido tradicionalmente como la potestad de supervigilancia disciplinaria y que está atribuido a la Procuraduría General de la Nación. En efecto, el artículo 118 de la Carta señala que al Ministerio Público, del cual forma parte la Procuraduría, corresponde “la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”Y el artículo 277 ordinal 6° de la Carta precisa los alcances de esa potestad disciplinaria externa, cuando señala que es función del Procurador General, por sí o por medio de sus delegados y agentes, “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.

“Esta potestad externa del Procurador es entonces, como lo señala la norma constitucional, prevalente, por lo cual el Ministerio Público puede desplazar dentro de un proceso disciplinario que se adelanta contra determinado funcionario al nominador o jefe superior del mismo. Y una tal función de supervigilancia disciplinaria comporta la facultad constitucional del Procurador, sus delegados y sus agentes no sólo de adelantar las investigaciones correspondientes sino además de imponer, conforme a la ley, las sanciones respectivas”¹⁸.

18 Corte Constitucional, sentencia C-229 del 25 de mayo de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

C. Control fiscal

Como una pequeña aproximación, por cuando el tema materia del presente libro va a ser en parte control fiscal, podemos definir el control fiscal la función pública dirigida a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que administran o manejan bienes del Estado, y debe basarse en la aplicación de indicadores de eficacia, eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales¹⁹.

19 Artículo 267. Constitución Política de Colombia: “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. // Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. // La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. // La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. // El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni

El control de la gestión fiscal ha sido entregado constitucionalmente a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, que realizaran este control de acuerdo con la Ley 42 de 1993. El control fiscal tiene dos características principales es posterior y selectivo.

D. Control interno

El control interno nace a partir de la Constitución de 1991 como una verdadera herramienta gerencial. El control interno es una función administrativa que se desarrolla al interior de las entidades públicas, no es un control externo como como el que ejerce la Contraloría General de la República.

continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. // Solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo.// Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la Ley. //No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes. //En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos”.

Desde el punto de vista constitucional, el control interno esta fundamentado en el artículo 209 y 269 de la Constitución Política.

El artículo 209 de la Constitución Política determina que:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. *La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley*”. Resaltado fuera de texto.

Y el artículo 269 de la Constitución Política expresó:

“En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, *métodos y procedimientos de control interno*, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas”. Resaltado fuera de texto.

Estas dos normas fundamentan la la necesidad de la administración pública de tener un control interno y estan obligadas a diseñar y aplicar métodos y procedimientos de control interno.

Y el Contralor General, de acuerdo con el artículo 268 de la Constitución Política, deberá conceptuar sobre el control interno de las entidades y organismos del Estado.

Con base en ese mandato constitucional, es que se expide la Ley 87 del 29 de noviembre de 1993, “por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones”.

Que es lo que se busca con el control fiscal? La respuesta es que todas las actuaciones que realicen las entidades estatales y los organismos, se realicen como lo determinan las normas (tanto externas como Constitución, ley, decretos, etc; como aquellas normas internas como sus políticas, resoluciones, etc.)

Como lo define el artículo 1.º de la Ley 87 de 1993:

“El sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos, y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una Entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas y objetivos previstos.”

Es responsabilidad del Representante Legal el establecimiento y desarrollo del Sistema de Control Interno y del jefe de control interno de la verificación y evaluación permanente del mismo.

Este es uno de los dos controles con los que cuenta el Estado para el control al manejo de los recursos públicos: el otro es el control fiscal, que a pesar de ser diferentes

desde su estructura deben trabajar de manera complementaria. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

“Uno de los mecanismos para hacer compatible el carácter amplio e integral de la vigilancia fiscal con el carácter posterior y externo del control que lleva a cabo la Contraloría, consiste en la previsión de dos modalidades de control del manejo de los recursos públicos, que si bien presentan características distintas han de operar de modo complementario.

“El primero de estos mecanismos es el control fiscal externo, que se encomienda a la Contraloría General de la República (arts. 117, 119, 267 y 268 CP), a las contralorías municipales, distritales y municipales, encargadas de la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades territoriales (art. 272 CP) y a la Auditoría General de la República, entidad encargada de vigilar la gestión fiscal de la Contraloría General de la República (art. 274 CP). El segundo, destinado a complementar el anterior, es el control interno que las propias entidades públicas están obligadas a diseñar e implementar, conforme a lo establecido en los artículos 209 inciso 2º y 269 Superior. La adopción de este segundo mecanismo tuvo el propósito de garantizar la eficacia e integralidad del control fiscal, y hacerlo compatible con la opción del constituyente por un modelo posterior de control externo y con la autonomía del órgano encargado de llevarlo a cabo”²⁰.

Hay que observar, que el primer objetivo que tiene el sistema de control interno en su artículo 8.º, es el de “proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que lo afecten”. Por lo que la protección de los recursos públicos, en pri-

20 Corte Constitucional. Sentencia C-103 de 11 de marzo del 2015, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

mera medida debe ser protegida en este primer orden de control²¹.

Las entidades públicas deben diseñar e implementar mecanismos que garanticen el cumplimiento de los principios del artículo 209 de la Constitución Política (un control al interior), esto lo realiza a través de las oficinas de control interno y por medio de este control interno se garantiza también que el control fiscal sea eficaz.

Como lo veremos adelante el control fiscal es posterior, solo se puede ejercer después de haberse realizado las actuaciones. En cambio el control interno se puede

21 Artículo 2.º de la Ley 87 de 1993: *Objetivos del sistema de Control Interno*. Atendiendo los principios constitucionales que debe caracterizar la administración pública, el diseño y el desarrollo del Sistema de Control Interno se orientará al logro de los siguientes objetivos fundamentales: // Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que lo afecten; // Garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional; // Velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad; // Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional; // Asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros; // Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos; // Garantizar que el Sistema de Control Interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación; // Velar porque la entidad disponga de procesos de planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características.

ejercer en cualquier momento: previo, concomitante y/o posterior. Como lo sostuvo la Corte Constitucional:

“Se confiere así forma real a la diferenciación entre las tareas administrativas y las de control fiscal, de donde el control interno se entiende como parte del proceso administrativo y corresponde adelantarlos a los administradores; teniendo oportunidades propias en todos los momentos del cumplimiento de la función administrativa, *pudiendo serlo previo, concomitante o posterior*, lo que permite que el funcionario cumpla su función, asumiendo la responsabilidad por sus actuaciones y resultados; sin perjuicio de la independencia de los organismos de control fiscal, no coadministradores, que cumplirán sus funciones de manera posterior y selectiva, sin ocuparse de funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (artículo 267 C.N.)”²².
Resaltado fuera de texto.

Con relación al tema que nos ocupa que es el control a la contratación estatal, el control previo, de acuerdo al inciso 3ro del artículo 65 de la Ley 80 de 1993, corresponde a la oficina de control interno: “El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de Control Interno.”

Por lo que es absolutamente claro que, para el caso de la contratación estatal, la oficina de control interno podrá realizar auditorías a los procesos contractuales desde el inicio de los mismo, cosa que no podrán hacer las Contralorías por cuanto el control fiscal es posterior.

22 Corte Constitucional. Sentencia C-534 de 11 de noviembre de 1993, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

CAPÍTULO SEGUNDO CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

I. CONCEPTO DE CONTROL FISCAL

El control fiscal en Colombia es realizado por un ente técnico especializado que fue creado para ese fin, que se denomina Contraloría General de la República. De acuerdo con el artículo 117 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República, al igual que el Ministerio Público es un órgano de control, entrando en la categoría de autónomo e independiente²³.

Ejercen ese Control Fiscal, además de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y las Contralorías Territoriales (Departamentales, Distritales y Municipales) con la fun-

23 Constitución Política Artículo 113: “Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. // Además de los órganos que las integran existen otros, *autónomos e independientes*, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Resaltado fuera de texto.

ción de vigilar la gestión fiscal de las entidades públicas y de los particulares que administren recursos públicos.

El artículo 119 de la Constitución Política expresa que la Contraloría “tiene a su cargo la *vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración*”, el cual es complementado por el inciso primero del artículo 267 de la Constitución que determina que

“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, *la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación*”.

De acuerdo a estas dos normas constitucionales, se puede observar cual es la principal función de este ente de control y es la realización de las auditorías para evaluar como está el manejo de los recursos públicos por parte de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dentro de la evaluación que se hace en la auditoría esta incluido el control de resultados de la administración²⁴.

El artículo 4.º de la Ley 42 de 1993 señala:

“El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que

24 Artículo 13 de la Ley 42 de 1993: “El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado”.

manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”.

Según lo anterior, esta función pública de vigilancia, que se realiza a través de auditorías, buscan evaluar la gestión de los recursos públicos de los sujetos vigilados enunciados. El artículo 119 de la Constitución Política separa lo que es la vigilancia de la gestión fiscal del control de resultados y esto se debe al cambio de función de la Contraloría a partir de la Constitución Política de 1991, donde ya no iba a hacer solo el control numérico legal sino que de ahora en adelante se debería evaluar la eficiencia y la eficacia de la administración pública en el manejo de los recursos públicos. Pero las dos actividades de hecho se realizan en una misma proceso que se llama *auditoría*. A estas actividades de control a la gestión se les denomina el *control fiscal micro*.

De acuerdo a lo enunciado anteriormente, el control fiscal es una función pública, ejercida por un órgano autónomo e independiente denominado Contraloría, que evalúa la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen recursos públicos.

II. ATRIBUCIONES DEL CONTRALOR RELACIONADAS CON EL CONTROL FISCAL MICRO

Hemos definido, de acuerdo con la Constitución Política y la ley, cual es el concepto de control fiscal. En el observamos que la definición de control fiscal esta enfocado a la vigilancia a la gestión pública, pero no es la única atribución o facultad que tiene el Contralor, tambien tiene

por ejemplo, el control fiscal macro que es el exámen a las finanzas del Estado, establecer responsabilidades que se deriven de la gestión fiscal, informe del estado de los recurso renovables, entre otros²⁵.

25 Artículo 268 de la Constitución Política: “El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: // 1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse. // 2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado. // 3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales. // 4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación. // 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. // 6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado. // 7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente. // 8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. // 9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General. // 10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa

Para nuestro análisis vamos a revisar las atribuciones del Contralor que tienen relación directa con nuestro tema de estudio, esto es, el control y vigilancia a la planeación en la Contratación Estatal. Hay que recordar que, de acuerdo con el artículo 272 de la Constitución Política, esas atribuciones se aplican a los Contralores Territoriales.

Las atribuciones que vamos a analizar son las siguientes:

Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse;

Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o enti-

para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho. // 11. Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley. // 12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial. // 13. Las demás que señale la ley. // Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General”.

dad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

A. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

Con relación a la función atribuida por el numeral 1 del artículo 267 de la Constitución Política a la Contraloría²⁶ que consiste en prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación, lo que se le atribuye al Contralor es la facultad para que de forma organizada los sujetos de control fiscal presenten la información solicitada con doble finalidad: que sea útil para la vigilancia de la gestión fiscal y que los sujetos que tienen que presentarla puedan realizarla de forma fácil y estructurada.

El artículo 15 de la Ley 42 de 1993 define cuenta como: “el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario”.

La rendición de la cuenta, según el artículo 14 de la Ley 42 de 1993, es:

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 26 de septiembre de 1996, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

“el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones”.

De acuerdo a estas normas, la rendición para los sujetos de control, será la de enviar a la Contraloría un informe por medios electrónicos con toda la información de las actuaciones realizadas en un periodo de tiempo.

Esta atribución es para todos los entes de control, de todos los niveles, que de acuerdo con sus necesidades y experiencia la estructurarán para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Con relación a indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse, tiene su fundamento constitucional en las nuevas atribuciones que se le dan al Contralor para ampliar la función tenía, que era únicamente relacionada con el simple control numerico legal de las actuaciones.

Ahora con esta nueva visión del contro fiscal, en la que incluye el control de gestión, el Contralor debe indicar cuales son los criterios con los cuales va a evaluar esa gestión.

Como la actuación la realiza el Contralor, formalmente desarrolla este artículo por medio de resoluciones orgánicas. Actualmente la Contraloría cuenta con la Resolución Orgánica 7530 de 2013.

Esta resolución define la que es la cuenta, que es rendir la cuenta, la forma de hacerlo, el lugar de presentación, periodo, el contenido de la cuenta, el plan de mejoramien-

to, los informes a presentar, revisiones y fenecimientos, entre otras cosas.

B. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

Esta obligación de revisar y fenecer las cuentas se encuentra en el numeral 2 del Artículo 268 de la Constitución Política. Esta es una función que ejerce cada Contraloría, con el fin de revisar y otorgar una certificación que expresa, después de realizado el proceso auditor, si el sujeto de control ha cumplido con todas sus obligaciones de acuerdo con la finalidad para la cual ha sido creado y si lo realizó de acuerdo con los principios de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales.

El control de la cuenta para su fenecimiento, como lo hemos expresado anteriormente, no es exclusivamente sobre un control numérico legal, sino que debe incluir todos los demás controles como son el de gestión, de resultado, legalidad y financiero²⁷.

Para determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado implica un análisis técnico por parte de las contralorías para determinarlo. Debe incluir aspectos tales como el análisis de los planes, proyectos, contratos, procesos y actuaciones y con base en

27 Corte Constitucional. Sentencia C- 364 del 2 de abril de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

el presupuesto asignado revisar la forma en que fueron utilizados y el impacto obtenido.

En caso que revisada la cuenta y el resultado sea adverso, esto es no se fenece la cuenta, el ente de control debe realizar un análisis posterior para determinar si existe un daño al patrimonio público o violaciones a normas disciplinarias y penales.

Cuando ocurra esa circunstancia, en el caso de encontrarnos ante daños patrimoniales, se deberá iniciar proceso de responsabilidad fiscal; si nos encontramos al frente de normas disciplinarias o penales hay que dar traslado a los organismos de control competentes.

C. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación

Esta atribución de poder exigir informes sobre la gestión fiscal a todos los funcionarios del Estado y a quien administre recursos públicos, la encontramos en el numeral 4 artículo 267 de la Constitución Política. Esta es una atribución que viene a ser un complemento necesario para el ejercicio de las funciones que tiene la Contraloría General (esta si es sólo del Contralor General).

Con esta competencia, el máximo vigilante de la gestión fiscal en Colombia, puede solicitar informes no solo a los empleados del nivel nacional, sino que además a los servidores públicos de las entidades territoriales (gobernaciones, alcaldías y distritos) a pesar de la existencia de entes de control fiscal territorial que los vigila.

Lo que se busca con esta norma es que el Contralor General pueda contar con la información necesaria para el cabal cumplimiento de sus funciones²⁸.

D. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

El numeral 6 del artículo 268 de la Constitución Política, determina la evaluación que debe realizar el Contralor General de la República y los demás entes de control fiscal a las oficinas de control fiscal interno.

Esta función de control nace con el fin de eliminar ese control previo que tenía la Contraloría General a sus sujetos de control, que fue ineficaz, insuficiente y llevaba en muchos casos a la corrupción. Se sostuvo en la Asamblea constituyente que ese control previo no permitía la eficiencia administrativa por cuanto coadministraba y llevaba a mucho poder por parte del ente de control en la decisiones:

“el control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración, que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas”²⁹.

28 IVÁN DUQUE ESCOBAR. *Control fiscal*, Bogotá, Impresa, 1980, p. 50.

29 Informe de Ponencia presentado por ÁLVARO CALA HEDERICH, JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ, HELENA HERRÁN DE MONTOYA, MARIANO OSPINA HERNÁNDEZ, GERMÁN ROJAS y CARLOS RODADO NORIEGA. *Gaceta*

Recae sobre el Contralor General de la República la función de reglamentar los métodos y procedimientos para llevar a cabo esta evaluación, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 42 de 1993.

Esta evaluación consiste en la realización de un análisis de los sistemas de control interno para determinar si las acciones realizadas a través de estos mecanismos son un real valor para la mejora continua de la entidades públicas, como también la búsqueda de prevención de situaciones que puedan llevar a un daño a la entidad estatal. Se busca fomentar la cultura del autocontrol y con esta evaluación se busca fortalecer esta práctica de la administración moderna.

En este proceso se mide el grado de confianza que la oficina de control interno puede dar al ente fiscal, para que de forma complementaria se puedan proteger de mejor manera los recursos públicos.

III. PRINCIPIOS Y SISTEMAS DE CONTROL FISCAL

La vigilancia de la gestión fiscal está regida por unos principios que tienen como fundamento la propia Constitución Política de Colombia que le permite, con base en ellos, tomar las decisiones necesarias para el cabal desempeño de sus funciones y siendo el principal de ellos la protección al patrimonio público.

Constitucional, n.º 53, p. 19, reiterado en el Informe de Ponencia para Primer Debate presentado por los anteriores y publicado en la *Gaceta Constitucional*, n.º 77, p. 2.

Los sistemas de control son las formas mediante se ejerce el control fiscal, como lo son el control de legalidad, financiero, de gestión, de resultados, etc.

A. Principios que rigen el control fiscal

1. Control posterior y selectivo

Dentro de los principios que nos trae la Constitución tenemos dos importantes que vamos a desarrollar primero y después continuaremos con los propios de gestión fiscal, son que es un control posterior y selectivo³⁰.

Que el Control Fiscal sea posterior, implica que el ente de control entra a realizar su proceso de vigilancia después de terminadas las actuaciones. El artículo 5° de la Ley 42 de 1993 concordado con el artículo 267 de la Constitución Política, determina que:

“se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos...”.

Este control buscó solucionar un problema relacionado con la intervención del ente de control de forma previa a las actuaciones de la Administración

30 Realizado con fundamento en el artículo JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE. “El control fiscal a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991”, en *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, vol. IX, n.º 17, ISSN 2346-0377.

“debido a los *efectos negativos* que reportaban las actuaciones de los órganos de control en la administración nacional y en las entidades territoriales”³¹.

En palabras de la Corte:

“... En el sistema anterior eran frecuentes las críticas al *carácter previo y perceptivo del control fiscal*, en particular por haberse transformado en mecanismo de co-administración y en foco de corrupción”³². Resaltado fuera de texto.

Lo que realiza el control posterior es un análisis de las entidades estatales desde la perspectiva legal, financiera, contable, de gestión y resultado después de concluidas las actividades operacionales realizada por ellos.

El control fiscal sea selectivo, implica que se realicen a las entidades estatales muestras que sean lo suficientemente representativas, de las actividades que realice que permita tener conclusiones sobre la totalidad de la gestión.

El artículo 5.º de la Ley 42 de 1993 determinó que:

“...Por control selectivo se entiende 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”.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-648 de 13 de agosto de 2002.
M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

32 Ídem.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

“Por control selectivo se entiende la selección 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”, *lo que equivale a manifestar que no se ejercerá control posterior sobre todas las actuaciones de la administración sino que se hará sobre un muestreo que a la postre determinará el resultado de la evaluación fiscal correspondiente*. El ejercicio de este control posterior supone el control financiero, de legalidad, de gestión de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno como lo expresa el artículo 9.º de la ley mencionada. El control que ejerce la Contraloría es externo, viene de una entidad distinta, va encaminado a establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación³³. Resaltado Fuera de Texto.

2. Principio de la gestión fiscal

En el artículo 267 de la Constitución Política, entramos los principios propios de la gestión fiscal, los cuales son: la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales³⁴ y además se incluyó uno en el

33 Corte Constitucional. Sentencia C-068 de 25 de febrero de 1993, M. P.: SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

34 Artículo 267 C. P. “... La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la *eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales*. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial...”. Resaltado fuera de texto.

artículo 8.º de la Ley 42 de 1993 que es el de la eficacia³⁵.

Se tienen que observar estos principios sobre gestión fiscal, ya que como se observó de la misma Constitución el control fiscal se realizará conforme a procedimientos, sistemas y principios que establezca la Ley.³⁶ Con estos principios que deben llenar de contenido las actuaciones de los entes de control por medio del cual se busca proteger el patrimonio del Estado

a. Principio de eficiencia

Estos artículo fueron definidos por la propia Ley 42 de 1993 en su artículo 8.º, como aquel que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados.

Este principio busca determinar el uso de los recursos por parte de la administración y que estos se utilicen de la mejor manera posible, no estamos determinando un impacto por medio del presente principio, cumplimiento o no de un objetivo o una meta, lo que buscamos es revisar que los tiempos, bienes y servicios que se utilizaron en una actuación de la administración, en un momento determinado, fue el que mejor resultados pudo dar.

La eficiencia dependera de muchos factores para su determinación, para eso se debe realizar un proceso com-

35 Artículo 8.º de la Ley 42 de 1993: “La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales”.

36 Artículo 267 C. P.

parativo con otros sujetos de su mismo espectro para observar en que medida vienen siendo eficientes. Esto dependerá de modernización, calificación del personal, procesos, entre otros. El concepto de eficiencia desde este punto de vista se vuelve relativo, se es mejor o peor con algo o alguien³⁷.

Ineficiente sera una obra que se culmine, pero que se tenía que realizar en 6 meses y por mala utilización de los recursos se demora el doble o cuesta el doble.

b. Principio de eficacia

Definido en el artículo 8° de la Ley 42 de 1993, expresa que el principio de eficacia para la vigilancia de la gestión fiscal es que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

De acuerdo a la definición este es diferente al principio de eficiencia, se busca el resultado, los cuales deben lograrse de forma oportuna, y como guarda relación con objetivos y metas debemos saber cuales son esos objetivos y metas que debemos cumplir. El referente puede ser el plan nacional de desarrollo, los planes de acción y de ahí para abajo los proyectos y los contratos.

Es el logro del resultado, el producto que *satisface las necesidades, deseos y demandas del cliente*³⁸.

37 GERARDO DOMÍNGUEZ y otra. *El nuevo control fiscal*, Bogotá, Dike, 2002, p. 126.

38 Ídem.

Será ineficaz una obra que no se culmine; o también un proyecto que buscaba disminuir el desempleo, se invierten recursos y el desempleo aumento.

c. Principio de economía

El artículo 8.º de la Ley 42 de 1993 expresa que el principio de economía consiste en que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo.

Este es un proceso matemático de revisión de las condiciones en las cuales se obtienen los recursos en la ejecución de un proyecto o un contrato. El ente de control realiza un estudio de precios y con base en eso debe dar una valoración a ese análisis.

Obviamente este va relacionado con el principio de eficiencia, ya que hay que determinar que con esos bienes a esos precios se obtuvo el mejor resultado posible, esto significa que la igualdad de condiciones se determina en un momento, en un lugar y en cada proyecto observado.

Este es el principio que se utiliza en lo análisis de obras o proyectos con sobrecostos en materiales, mano de obra, softwares, etc.

Este principio no significa que porque se consiguió más costoso no fue económico, ya que si el proveedor lo consigue más rápido obteniendo un beneficio real a la comunidad o a la administración. Con esta formula no nos encontramos violando este principio.

d. Principio de equidad

El artículo 8.º de la Ley 42 de 1993 determina que el principio de equidad es aquel que en su actuar permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales.

Aquí estamos en la orbita del Estado Social de Derecho, lo que busca este principio es observar si la administración pública en su actuar, esto es en la distribución de los recursos públicos, fue benéfico para el conjunto de la sociedad.

Es uno de los principios menos desarrollado dentro de la ciencia del control fiscal, no ha sido claro determinar cuando una actuación de una entidad estatal es inequitativa, los recursos públicos son limitados y las inversiones se realizan de acuerdo a las prioridades y planes que el gobernante expresa desde que inicia su gobierno, son políticas públicas por lo que determinar si el actuar estuvo o no acorde con la distribución de acuerdo a las necesidades de la población puede tener un raigambre subjetivo, cosa que es aún mucho más compleja de determinar en si eso puede o no generar un daño al patrimonio del Estado.

Hay que medir el impacto que generó en la sociedad una actuación estatal y compararlas con otras que pudo realizar con esos recursos pero no se tomó la decisión de hacerlas. Ese puede ser un parámetro para determinarla pero hay que generar la forma de medirlas de forma objetiva.

e. Principio de valoración de costos ambientales

De acuerdo al artículo 8.º de la Ley 42 de 1993, el principio de valoración de costos ambientales busca cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

Este principio lo que busca es analizar si el actuar de los servidores públicos al realizar actuaciones que van a tener un impacto ambiental observaron y cumplieron todas las normas y requisitos necesarios para que el daño que se le produjera al medio ambiente fuera el mínimo de acuerdo con la normatividad vigente. Siempre en el actuar de las entidades que realizan actividades que impactan en el medio ambiente siempre deben tomar medidas para protegerlo y preservarlo.

3. Sistemas de control

Las formas mediante el cual se realiza el control fiscal es por medio de lo que se ha denominado sistemas de control, estos sistemas tienen un enfoque más amplio desde que se modificó la Constitución en 1991 y en el se instauró un control integral a la gestión de la administración pública.

El control como lo hemos observado anteriormente es posterior y selectivo y se aplica a todas las actividades que desarrollen lo sujetos de control del ente fiscal.

Los sistemas de control son:

El control financiero
De legalidad
De gestión
De resultados
Revisión de cuentas
Evaluación de control interno

Además de estos controles pueden incluirse sistemas que impliquen una mayor tecnología, estos serán adoptados mediante resolución por el Contralor General.

a. Sistema de control financiero

De acuerdo con el artículo 10º de la Ley 43 de 1993 es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

Se busca realizar un control a la contrabilidad de la entidad. Informado que se realiza de acuerdo a los precesos de la autoridades competentes, los principios de contabilidad y lo prescrito por el Contador General.

Hay que resaltar que las observaciones y los conceptos que dicte el Contador General de la Nación son obligatorias para todos los entes del Estado. Como lo expreso la Corte Constitucional:

“... uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, [y] elaborar el balance general [...] funciones todas, que dadas sus características, entrañan con carácter esencial, la posibilidad de ejercer poder de mando e imposición sobre las entidades públicas supeditadas para esos efectos a la institución del Contador, independientemente del nivel al que pertenezcan.

“En esa perspectiva, las decisiones que en materia contable adopte la Contaduría de conformidad con la ley, *son obligatorias para las entidades del Estado*, y lo son porque ellas hacen parte de un complejo proceso en el que el ejercicio individual de cada una de ellas irradia en el ejercicio general, afectando de manera sustancial los “productos finales”, entre ellos el balance general, los cuales son definitivos para el manejo de las finanzas del Estado”. (Resaltado fuera de texto).

Con base en este estudio sobre el estado financiero se puede determinar contablemente si los programas y proyectos se ejecutaron presupuestalmente en debida forma.

La opinión de los estados contables puede ser sin salvedades, con salvedades, negativo o con abstención. Los estados contables básicos son: el balance general; estado de la actividad financiera, económica, social y ambiental y el estado de cambio de patrimonio y el estado de flujo de efectivo. Todos estos aspectos están regulados en la Guía de Auditoría de la Contraloría General de la República.

b. Sistema de control de legalidad

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 42 de 1993, es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una

entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

Este es un control que se aplica a todas las actuaciones dentro del proceso auditor, el auditor debe revisar si los actos, los contratos, actuaciones están de acuerdo con la Constitución, ley, decretos, o normas a las que está sometido.

Este es un principio que está ligado con el artículo 6° de la Constitución Política, el cual determina que:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Este es el principio de legalidad que implica que los servidores públicos no solo tienen que cumplir la Constitución y la Ley sino además que serán responsables en caso que teniendo el deber de actuar no lo realice o cuando en el ejercicio de su función se vaya más allá de lo que la norma le permite. Esto significa que el servidor público sólo puede hacer lo que la ley le permite y nada más. Cualquier actuación que un auditor observe en la cual infrinja una norma, lo no actúe teniendo el deber a hacerlo puede incurrir en una violación a normas de derecho administrativo sancionatorio o resarcitorio.

Si el auditor observa violación por parte del servidor público, deberá determinar cuál es el impacto dentro del ordenamiento jurídico esa violación. Y dependerá de eso que determine si el hallazgo que se incluya en el informe de auditoría sea penal, fiscal o disciplinario.

El efecto del control de legalidad, como lo determina la Ley 1474 de 2011, se observa

“Cuando en ejercicio del control de legalidad la Contraloría advierta el quebrantamiento del *principio de legalidad*, promoverá en forma inmediata las acciones constitucionales y legales pertinentes y solicitará de las autoridades administrativas y judiciales competentes las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes”. (Resaltado fuera de texto).

c. Sistema de control de gestión

De acuerdo al artículo 12 de la Ley 42 de 1993 el sistema de control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Por medio de este sistema de control, se observa si la administración esta cumpliendo con sus objetivos y de que forma lo esta haciendo. No solo se revisa si se esta cumpliendo la meta final, esto es que cumplió con el cometido por el cual se estructuró el proyecto o la meta sino además si se utilizaron los bienes y servicios de la mejor manera posible, si se maximizo el resultado. Lo que se observa con esta control es, dentro de la evaluación del auditor, si se cumplió el objetivo y si ese objetivo se

realizó con la mejor forma de utilización de los bienes y servicios.

Esto se mide por medio de indicadores de gestión, en los cuales se observa el avance, la ejecución de recursos, el cumplimiento de la meta. Todo esto tiene relación directa con el principio de planeación, ya que esto se organiza desde el momento en que se estructura el proyecto, y con base en eso se crean los indicadores. En caso que se observen desviaciones se debe entrar a corregirlas.

d. Sistema de control de gestión de resultado

Este tiene su fundamento en el artículo 119 de la Constitución Política y fue definido por el artículo 13 de la Ley 42 de 1993, el cual indica que el control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

Este fue uno de los principales cambios de concepción que tenía el Control Fiscal en Colombia, ya que a partir de aquí el control se torna integral, con este cambio los entes de control, por medio de sus auditores, evalúan a las entidades públicas en el cumplimiento de sus objetivos, planes y proyectos. Este es una función muy amplia que permite revisar desde el cumplimiento de sus acciones administrativas como misionales y observar también en ellas si se cumple o no con el principio de equidad que nos trae el artículo 267 de la Constitución Política.

Con esta visión no se van a revisar puntualmente los procesos, actos o contratos, sino se busca es observar sus

resultados y su impacto. Se debe analizar si con la ejecución del presupuesto la entidad logro cumplir con los fines para la cual fue creada, cumplió o no con lo fines del Estado y con las obligaciones que el plan de desarrollo y su plan de acción incorporó.

e. Revisión de la cuenta

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 42 de 1993, es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Este artículo es desarrollo del numeral 2 del artículo 268 de la Constitución Política ya explicado antes.

Con este sistema de control se hace un análisis técnico de los documentos que soportan las operaciones de los sujetos de control de los entes fiscales y si estan de acuerdo o no con los diferentes aspectos presupuestales, técnicos, jurídicos y contables.

La cuenta como lo informamos anteriormente es la información que los sujetos de control envían periódicamente a la contraloría acompañada de la información necesaria para corroborar la actuación realizada y evaluarla conforme a los principios de la gestión fiscal.

Esta información es obligatoria que la envíen todos los sujetos de control, pues no es selectiva y es obligación del ente de control revisarla y dar su concepto con relación a ella.

f. Evaluación de control interno

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 42 de 1994, La evaluación de control interno es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les pueda otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.

Este numeral ha sido desarrollado con anterioridad en la facultades de control micro que tiene el Contralor General de la República.

IV. VIGILACIÓN A LA GESTIÓN FISCAL A LA CONTRATACIÓN

Como lo hemos determinado en el desarrollo del presente texto el control fiscal que ejerce la Contraloría General, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República es posterior y selectivo. La función que ejercen los entes de control no es sobre la actividad interna que desarrollan las entidades públicas, los entes de control fiscal no ejercen funciones administrativas distintas a las inherentes de su propia administración, esto significa que es la misma Constitución Política la que les prohíbe coadministrar.

Como lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 1998:

“Para la Corte es claro que cuando el artículo 267 de la Constitución establece que las contralorías sólo ejercen aquellas funciones administrativas inherentes a su organización, la norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es al

desarrollo de labores de ejecución propias para el cumplimiento de los fines de la entidad. En efecto, un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que la voluntad del Constituyente *fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control*, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión). Así, no sólo el artículo 119 atribuye a esa entidad la “vigilancia de la gestión fiscal” sino que, además, el citado informe ponencia sobre la estructura del Estado, luego de señalar que los actos de la Contraloría no deberían ser calificados de “administrativos”, se aclara el sentido de esa precisión”³⁹. Resaltado fuera de texto.

Es así como el Estatuto Contractual determinó la forma en que se realizaría el control fiscal a la contratación estatal. El artículo 65 de la Ley 80 de 1993 expresa que:

“De la Intervención de las Autoridades que ejercen Control Fiscal. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.

“Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-189 del 6 mayo de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

“El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de Control Interno. Las autoridades de Control Fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden”.

De acuerdo a lo prescrito en la norma, esta totalmente claro en que momentos es que puede entrar el ente de control a ejercer el control fiscal a los recursos públicos.

Y lo tiene dividido en 3 etapas: la primera de ellas cuando se agoten los trámites administrativos para legalizar los contratos; con cada pago que se realice en cumplimiento del contrato para observar su ajuste a la legalidad y una vez liquidados o terminados los contratos. Tenemos que recordar que la Contraloría actúa de forma posterior, como lo sostuvo la Corte Constitucional:

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

“Así pues, en tratándose de la Contraloría General de la República, el control a ella asignado es de carácter posterior, por expresa disposición del artículo 267 de la Constitución, motivo por el cual resulta evidente que a dicho órgano le está vedado participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando

la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones.⁷⁴⁰

Pero que sea posterior no significa que no pueda actuar dentro de la etapa de ejecución del contrato, ya que está actuando al momento en que la administración ya terminó una de sus etapas, la cual es la legalización del contrato, y desde ahí inicia la competencia de la Contraloría para actuar en los procesos contractuales:

“Sin embargo, esta circunstancia no sirve de argumento para alegar la improcedencia del control fiscal sobre los contratos estatales, el cual, por el contrario, *bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato*, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación⁷⁴¹.

Lo que puede complementarse con lo sostenido en la corporación en la sentencia C- 113 del 99:

“... En síntesis: el control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación⁷⁴².

40 Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 24 de febrero de 1999.
M. P.: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

41 Corte Constitucional. Sentencia C-648, cit.

42 Corte Constitucional. Sentencia C-113 cit.

A. Primera etapa control fiscal a la legalización del contrato

La vigilancia de la gestión fiscal a los contratos que celebre la administración pública comienza posteriormente a que se hayan realizado los trámites de legalización del contrato estatal. De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 se determina en que momento existe el contrato estatal:

“Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

Esto significa que, al momento en que es perfeccionado el contrato, esto es, en que nace a la vida jurídica, inicia el control posterior realizado por las entidades de control fiscal.

Existía la discusión sobre si era necesario el Certificado de Disponibilidad Presupuestal para la existencia del contrato, pero esa discusión quedó definida para determinar que ese certificado es un requisito para la ejecución del contrato y no un requisito de existencia del mismo. El Consejo de Estado expreso:

“La exigencia de la disponibilidad presupuestal se encuentra establecida por el artículo 25 de la ley 80 de 1993 en forma previa a la celebración del contrato, *pero disposición alguna erige la mencionada disponibilidad como elemento esencial a la existencia jurídica del contrato estatal, ni requisito de validez del objeto contractual en los términos de la ley 80.*

“De tal forma, la falta de disponibilidad presupuestal afecta la viabilidad y legalidad del pago, puede comprometer la respon-

sabilidad disciplinaria de los funcionarios por el daño que cause con ocasión de la violación de las disposiciones presupuestales y contractuales antes citadas, mas no da lugar a la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal⁴³. Resaltado fuera de texto.

De acuerdo a lo anterior, para que exista contrato estatal se requiere del acuerdo de las partes entre cosa y precio y sea elevado por escrito. Que tipo de control ejerce se ejerce en esta etapa contractual: *el de legalidad*, y se va a observar que toda la etapa de planeación sea realizada de acuerdo a como esta determinado en las normas, principalmente las leyes 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y 1474 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015.

B. Segunda etapa control fiscal a los pagos realizados con ocasión al contrato

En etapa del proceso contractual tiene relación directa con lo estipulado en el contrato, dentro de las estipulaciones contractuales se determina de forma se van a realizar los pagos a los contratistas del Estado y de esa forma es que el ente de control, haciendo un análisis entre el cumplimiento de esas obligaciones y la forma de pago, es por medio del cual determina la legalidad del mismo.

Si dentro de las obligaciones contractuales se determina el pago por ejemplo, al avance de una obra, el ente de control revisará el cumplimiento de ese avance, el cum-

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

plimiento de las funciones por parte del interventor y del supervisor y los aspectos presupuestales del pago. Todo desde el punto de vista del *control de legalidad de las actuaciones administrativas*.

Con relación a los aspectos presupuestales de los pagos, el artículo 113 el Decreto 111 de 1996 expresó:

“Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los *requisitos legales*. La Contraloría General de la República velará por el estricto cumplimiento de esta disposición”. Resaltado fuera de texto.

Como lo determina la norma, el control que se ejerce para estas dos primeras etapas donde se ejerce el control fiscal es de Legalidad.

C. Tercera etapa control fiscal una vez liquidados o terminados los contratos

La tercera etapa en la cual interviene el órgano de control fiscal a la contratación estatal es una vez liquidados o terminados los contratos. En esta etapa ya no solo se realiza un control de legalidad, sino que además adquiere competencia el ente de control para realizar un control integral sobre la ejecución del contrato.

Ya no solo se revisa el cumplimiento de normas por parte de la administración sino que se realiza un control financiero, de control y de resultados y esto ocurre una vez realizada la liquidación o terminado el contrato.

No todos los contratos tienen etapa de liquidación, ya que, como lo dice el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, serán “aquellos cuya ejecución o cumplimiento se pro-

longue en el tiempo y los demás que lo requieran” y el mismo artículo nos informa que no es obligatoria en “los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”.

Por lo que solo en aquellos contratos en los que se incluya la etapa de liquidación, el control fiscal de los demás sistemas de control iniciará desde este momento, en los contratos donde no se incluya la liquidación, la competencia para ejercer control fiscal de los sistemas de control que faltan iniciará al momento en que se termine el contrato.

Cuando se debe liquidar los contratos: esto fue regulado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 que determinó:

“Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a

que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.”.

Por lo que las entidades pueden fijar en sus contratos el plazo de liquidación de los mismos, y si no lo hacen la ley les fija los plazos.

En caso de no fijar el plazo, la entidad tiene 4 meses después de terminado el contrato para liquidarlo de mutuo acuerdo. En caso de no llegar a un acuerdo o el contratista no se presente a la liquidación existirá un plazo de 2 meses más que le da competencia a la entidad estatal para liquidarlo unilateralmente. Pasado ese plazo se tienen dos años para hacer la liquidación unilateral o bilateralmente.

Por lo que en términos reales se podría contar hasta con 30 meses para liquidar el contrato estatal. Lo que para el ejercicio del control fiscal puede ser un plazo muy extenso, la Corte Constitucional determinó que el legislador había considerado que el control posterior a la contratación estatal en el ámbito de la liquidación eran pertinentes por lo que con esta figura se garantizaría la eficiencia y la eficacia del control fiscal.

“La Corte considera que el control fiscal, como todos los demás controles establecidos en la Constitución y la ley, debe ejercerse en forma oportuna, es decir, dentro de plazos prudenciales y razonables, para que sea eficaz. La oportunidad está íntimamente ligada con el principio de eficacia, consagrado, entre otras disposiciones, en el artículo 2 del Estatuto Supremo como fin esencial del Estado, en los artículos 209 y 343 como objetivo primordial de la función administrativa y de la función pública en general, y en el artículo 268-2 como criterio que gobierna el control fiscal;

y con el de eficiencia, que rige no sólo la función administrativa, en la que están incluidos los órganos de control, sino que también es principio rector de la gestión pública y del control fiscal (arts. 209, 268-6 C.P.).

“El control fiscal posterior no es per se inoportuno; la oportunidad no se relaciona con la etapa o momento en que según la Constitución éste debe realizarse, sino con el término en el que las autoridades respectivas deben ejercerlo, que necesariamente, ha de ser después de ejecutados los procesos u operaciones objeto de control y antes de que prescriban las acciones fiscales, administrativas, disciplinarias o penales, procedentes según la Constitución y la ley.

“Si el control fiscal se rige por los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, economía, entre otros, mal podría argüirse que éstos se respetan cuando las autoridades respectivas lo ejecutan en forma extemporánea. La oportunidad es entonces, un elemento consustancial de la actividad misma de control que el Constituyente le ha atribuido a las Contralorías.

“No se olvide que la contratación estatal es uno de los más importantes instrumentos con que cuenta la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y garantías de los asociados. Por estas razones, el control fiscal que se ejerza sobre tales actos debe ser oportuno, celer y eficiente pues allí están comprometidos intereses generales.

“Así las cosas, el aparte acusado del artículo 65 de la ley 80/93 al establecer el control fiscal sobre los contratos liquidados y terminados, no infringe los artículos citados por el actor, pues ella misma ordena que se realice en forma posterior y selectiva, y que además de la vigilancia de la gestión fiscal se evalúen los resultados obtenidos con el gasto o la inversión. Dicha disposición tampoco desconoce los principios de eficacia y eficiencia ni constituye impedimento para que las Contralorías inicien los

juicios de responsabilidad fiscal y cumplan con el deber de promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (arts. 268-8 y 272 C.P.)”⁴⁴.

Como se observa con claridad, los controles a la contratación estatal realizada por las Contralorías y la Auditoría inicia desde el momento mismo de la legalización de los contratos, continúa con cada pago que se le realice al contratista para revisar la legalidad del mismo y posteriormente se realiza un control integral a la contratación una vez liquidado o terminado el contrato según sea el caso.

44 Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 25 de agosto de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA.

EL AUTOR

JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Gestión de Entidades territoriales y Magíster en Gobierno Municipal de la misma casa de estudios. En la actualidad, estudiante regular de los cursos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con mención en derecho administrativo. Ha sido profesor en derecho administrativo general, contratación estatal, servicios públicos y control fiscal en las universidades Externado, Libre de Pereira, Nacional de Colombia y Santo Tomás.

Ha sido Vice Contralor General de la República (e); Contralor delegado para el sector de la Infraestructura Física y Comunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional; Gerente Nacional Administrativo y Financiero; Asesor de entidades públicas y privadas.

Es autor de los libros *Los contratos en las empresas de servicios públicos domiciliarios* (2003) y *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios* (2018); ha escrito los artículos “La responsabilidad disciplinaria en las empresas de servicios públicos domiciliarios”, en Segundas Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo 2002 y es coautor de Guías para la Contratación Pública Transparente y Eficiente (2015-2016), “El control fiscal a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991” (2018).



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en julio de 2018

Se compuso en caracteres Times New Roman de 12 y 10 ptos.

Bogotá, Colombia