

CONTRATACION ADMINISTRATIVA / CONTROL POSTERIOR - Se aplica una vez se haya realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a su control / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultades / CONTROL FISCAL

El artículo 98 del Decreto 222 de 1983 no fue modificado por el artículo 267 de la Constitución Política en lo que respecta al sistema de control posterior. El alcance del control posterior se aplica una vez se haya realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a su control. La Contraloría General de la República está obligada a ejercer un control posterior que consiste en la revisión de los procedimientos y de las operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, y los actos de ejecución para verificar si todo ello se hizo de acuerdo con las leyes y los reglamentos establecidos por ella. La Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación, como son la elaboración del pliego de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de los mismos.
NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación el 16 de diciembre de 1992.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ROBERTO SUAREZ FRANCO

Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Radicación número: 486

Actor: MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE

Referencia: Consulta relacionada con el alcance del artículo 267 de la Constitución Política, frente al artículo 298 del Decreto 222 de 1983.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, doctor Jorge Bendeck Olivella, formula a la Sala en los siguientes términos textuales: a) El Decreto 222 de 1983 en materia de intervención de la Contraloría General de la República, establece:

ARTICULO 298. De la intervención de la Contraloría en el proceso de contratación.

La intervención de la Contraloría General de la República en todo el proceso de contratación a que se refiere este estatuto se limita exclusivamente al ejercicio de un control posterior que consistirá en la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite contratación, para verificar si éste se hizo de acuerdo con las normas, leyes y reglamentos establecidos.

PARAGRAFO. Se entiende por control posterior, aquel que se aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control y por lo tanto la Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación como son la elaboración de pliegos de condiciones,

el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de contratos.

b) La Constitución Política en su artículo 267 inciso segundo al referirse al control fiscal que ejercerá la Contraloría General de la República establece que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva. Conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

LA CONSULTA

1o. El artículo 298 del Decreto 222 de 1983 fue modificado por el artículo 267 de la Constitución Política, en el sentido de que el "control posterior" mencionado en aquella disposición en materia de contratación se convirtió en "control posterior y selectivo"?

2o. Si ocurrió la modificación anterior cuál es el alcance o hasta dónde llega ese "control posterior y selectivo" que le corresponde a la Contraloría General de la República, dentro de su gestión fiscal sobre la contratación administrativa contemplada en el Decreto 222 de 1983?

3o. Ese control fiscal posterior y selectivo, implica que la Contraloría General de la República no está obligada constitucionalmente a revisar toda la contratación a que se refiere el Decreto 222 de 1983, en la forma posterior establecida sino únicamente aquellos contratos sobre los que selectivamente considere hacerlo?

4o. En el evento que el artículo 298 del Decreto 222 de 1983 no haya sido modificado por el artículo 267 de la Constitución Política, podría entenderse que esa función de la Contraloría General de la República, que conlleva al fenecimiento del contrato, suspende la ejecución del mismo hasta tanto el organismo fiscal emita ese fenecimiento?

5o. Perfeccionado el contrato e iniciada su ejecución, la Contraloría General de la República puede negarse a revisar las cuentas de cobro por anticipos y obra, so pretexto de que ella no ha expedido su fenecimiento producto del control posterior?

Lo anterior teniendo en cuenta que los contratos se pueden ejecutar una vez perfeccionados según el artículo 299 del Decreto 222 de 1983 y ese perfeccionamiento, ocurre en la forma establecida en el artículo 51, *ibídem*, sin necesidad de tal fenecimiento; todo lo cual interpretándose también a la luz del artículo 267 de la Constitución Política, en materia de control posterior y selectivo.

LA SALA CONSIDERA:

Según la Constitución Política, la Contraloría General de la República, como organismo de control, tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración (arts. 1 19 y 267).

El control fiscal, en los términos del artículo 267 de la Carta Política, "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 manejan 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".

Esta Sala en consulta de 28 de abril de 1992, sostuvo:

"Al disponer la Constitución nueva en su artículo 267 que el control fiscal se ejerza por la Contraloría General en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, remitió el ejercicio de dicho control, en el tiempo, al de la aplicación de la ley que establezca dichos procedimientos y sistemas, es decir, a su expedición previa.

Entre tanto se aplicarán las normas que regulan el control posterior en cuanto sean compatibles con las nuevas normas constitucionales.

Por otra parte, el artículo 269 en coherencia con el 267, dispone que "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".

El Constituyente, atendiendo al informe final elaborado por la coordinadora de la comisión preparatoria y presentado a consideración de la Asamblea, adoptó el articulado con base en principios como la eliminación del control previo en el desarrollo de todas las funciones de los organismos de control y estableció, como complemento, el control operacional o de resultados, además del control interno por parte de los organismos del Estado.

El control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitir ejercer abusivamente una cierta coadministración que ha redundado en un gran poder unipersonal del control (sic) y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas" (Gaceta Constitucional No. 53 pág. 19).

De igual modo, algunos constituyentes han interpretado las nuevas disposiciones sobre control fiscal así:

"Una forma de evitar que el control incida negativamente en la administración es el establecimiento de un control posterior y selectivo, de manera que la administración no dependa de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, práctica que entorpecía la función y generaba posibilidades de corrupción. Selectiva, en cuanto no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino sólo aquellas que la Contraloría estime deban ser revisadas; en consecuencia no se formaliza el control como un paso más de la actuación administrativa, que congestiona igualmente las oficinas fiscalizadoras, reduciendo los asuntos y agilizando el control". (Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia. (Carlos Lleras de la Fuente y otros Santafé de Bogotá. Ed. Carrera Séptima. 1992).

Se tiene entonces que el artículo 267 de la Constitución, defiere en el legislador el establecimiento de los procedimientos, sistemas y principios para ejercer el control posterior y selectivo circunscrita al proceso de contratación administrativa, es lo que precisamente desarrolla el legislador en el artículo 298 del Decreto 222 de 1983 cuando estatuye que la intervención de la Contraloría "se limita exclusivamente al ejercicio de un control posterior que consistirá en la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de

contratación, para verificar si este se hizo de acuerdo con las leyes y reglamentos establecidos".

Y Agrega el legislador extraordinario ya citado, que tal control posterior se "aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control y por lo tanto la Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación como son la elaboración del pliego de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de contratos".

Por otra parte, de acuerdo al régimen de contratación administrativa, todo contrato debe cumplir con dos etapas: la de contratación propiamente dicha y la de ejecución.

La primera etapa comprende todo un trámite que comienza con la apertura de la licitación y culmina con la providencia del Consejo de Estado que lo declara ajustado a la ley; si no se requiere revisión de esta Corporación, con la aprobación de fianzas, o en defecto de éstas, con el correspondiente registro presupuestal, con lo cual queda debidamente perfeccionado (art. 51 Decreto 222 / 83). A partir de este momento, atendiendo lo dispuesto por el artículo 299 del Decreto 222 de 1983, se inicia la ejecución del contrato.

Las disposiciones sobre el control posterior, en cuanto a la etapa de contratación, son claras en el sentido de que el control sólo es posible una vez perfeccionado el contrato. ¿Pero podría entenderse que la Contraloría goza de atribuciones para intervenir en la etapa de ejecución, con el pretexto de revisar cuentas o realizar otro tipo de intervención? La respuesta negativa se impone por dos razones: porque la normatividad del artículo 267 de la Constitución establece que el control se ejercerá en forma posterior sin poner distinciones de ninguna clase; y porque el propio artículo 288 del Decreto 222 de 1983 establece que el acta de liquidación se pondrá a disposición de la Contraloría General de la Nación, *para efectos del control posterior*. Será a partir de este momento, cuando la Contraloría podrá proceder a la revisión del contrato para efectos de formular sus conclusiones y, si es el caso, producir el fenecimiento de cuentas.

La liquidación es un acto que consiste en el trámite mediante el cual se pone fin al contrato.

La liquidación de los contratos administrativos procede, según los términos del artículo 287 del Decreto 222 de 1983, en los siguiente casos:

1. - Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad.
2. - Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal de terminación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante.
3. - Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declare nulo.
4. - Cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente conforme al artículo 19 del presente estatuto.

Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministros y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos".

Según el artículo 288 del Decreto 222 de 1983: "El acta de liquidación se pondrá a disposición de la Contraloría General de la República, *para efectos del control fiscal posterior*" (subraya la Sala).

Agrega el artículo 289 del mencionado Decreto:

"Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.

Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del contratista, si a ellos hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato.

Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa.

El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el Jefe de la entidad contratante, presta mérito ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su garante en cuanto de ella resultaron obligaciones económicas a su cargo".

Todo lo anterior conduce a concluir que entre el ordenamiento constitucional que acoge como sistema de intervención fiscal el *control posterior*, y la reglamentación legal vigente sobre contratación administrativa en la que se acoge el mismo sistema, existe plena armonía por cuanto según el Decreto 222 de 1983, la Contraloría General de la República, se debe limitar "*exclusivamente* el ejercicio de un *control posterior*". No sucede lo mismo con el aspecto del control selectivo que menciona el artículo 267 de la Carta, el cual está supeditado a la expedición del ordenamiento legal correspondiente. Por tanto, la forma como el artículo 298 del Decreto 222 de 1983 establece lo que se entiende por control fiscal es aplicable hoy en día al régimen de contratación administrativa en cuanto no pugne con disposiciones constitucionales. Porque, mal podría entenderse el artículo 267 de la Constitución en el sentido de que mantuvo el control previo o que suprimió el control fiscal por parte de la Contraloría. Simplemente consagró el control *posterior y selectivo* en los términos que fije la ley. Como el artículo 298 del Decreto 222 de 1983 reglamenta lo que se entiende por control posterior, debe dársele aplicación por cuanto no contradice el 267 de la Constitución.

Formuladas las anteriores consideraciones, **LA SALA RESPONDE:**

1) El artículo 98 del Decreto 222 de 1983 no fue modificado por el artículo 267 de la Constitución Política en lo pertinente al sistema de control posterior. En lo que respecta al aspecto selectivo del control posterior debe esperarse a su reglamentación legal.

Con todo, el control posterior está llamado a tener una nueva y más amplia dimensión una vez sea expedida la ley que desarrolle los aspectos relativos al control de gestión y de resultados.

2) El alcance del control posterior se aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a su control.

3) La Contraloría General de la República está obligada a ejercer un control posterior que consiste en la revisión de los procedimientos y de las operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, y los actos de su ejecución para verificar si todo ello se hizo de acuerdo con las leyes y los reglamentos establecidos por ella.

La Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación, como son la elaboración del pliego de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de los mismos.

4) El fenecimiento o examen numérico no suspende la ejecución del contrato porque ello es propio de un sistema de control previo. Se debe producir fenecimiento, entendido de la manera expresada, al término de la ejecución del contrato que es el momento en que corresponde revisar las cuentas y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que se haya obrado, y teniendo en cuenta el acta de liquidación.

5) La Contraloría debe negarse a revisar las cuentas de cobro por anticipo de obra, pues carece de competencia para efectuar tal revisión. Ciertamente el fenecimiento o examen numérico legal debe ser producto de un control posterior.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Obras Públicas y Transporte y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

JAIME BETANCUR CUARTAS
Presidente de la Sala

HUMBERTO MORA OSEJO

JAVIER HENAO HIDRON

ROBERTO SUÁREZ FRANCO

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria la Sala