

Administración de riesgos fiscales en la contratación pública

Por Iván Darío Gómez Lee*

Introducción

Se considera como riesgo cualquier circunstancia, evento, amenaza, acto u omisión, que pueda en un momento dado impedir el logro de los objetivos estratégicos formulados por la alta dirección, o la exitosa implementación de las estrategias y reglas de una institución. El enfoque del riesgo es básicamente preventivo, no reparativo, ya que a través de su identificación es posible evitar, reducir o transferir la exposición al mismo y la presencia de sus efectos. La ausencia de un sistema de administración de riesgos y de acciones preventivas trae como consecuencias, ambientes de corrupción y de deficiencias administrativas.

En la ciencia del control, elaborar un sistema de administración de riesgos gubernamentales es el primer paso que debería dar un funcionario o un particular, que maneja recursos públicos o que asuma funciones del Estado; así se adopta una medida eficaz, muy contundente, de administrador cuidadoso

* Secretario General Procuraduría General de la Nación. Profesor Universidad Externado de Colombia y Co-Fundador Instituto Seguridad Jurídica y Probidad.

y diligente, es decir, exento de culpa. Esta herramienta, bien aplicada, contribuye además de manera significativa a mitigar y prevenir las deficiencias administrativas, las situaciones indeseables y los actos de corrupción, por lo que infunde confianza en la sociedad y en organismos de control.

Para la identificación de riesgos fiscales es importante tener en cuenta las fuentes de los mismos que, por lo general, surgen de la interrelación de diferentes fenómenos y actividades dentro de las entidades. Por eso, aunque los hallazgos u observaciones son el principal instrumento para identificar riesgos, es necesario hacer una lectura más comprensiva e integral de tales interrelaciones entre los hallazgos, de forma que sea posible establecer el “aire de familia”¹ entre ellos, que es lo que en últimas permitirá identificar los indicadores de corrupción o de deficiencias administrativas, desde el punto de la gestión.

Con el presente estudio se realiza un análisis integral de los alcances del control fiscal a la contratación pública colombiana, ámbito de la administración pública colmado de riesgos, fallas y corrupción. Para cumplir un propósito de prevención de riesgos, se realiza la identificación conceptual en los tres escenarios de la contratación. Por último, se identifican los riesgos que producto de 17 años de experiencia, investigación y docencia del autor, considera son los más relevantes a tener en cuenta por los operadores de la contratación.

1. Alcance del control fiscal en la contratación pública

Analizar la contratación pública como factor en la administración de los riesgos gubernamentales supone recordar que esta es una modalidad de gestión fiscal por funcionarios y particulares, lo cual remite al análisis de las normas, jurisprudencias y de los principios exigibles a la gestión fiscal y los sistemas aplicables a los sujetos vigilados por las contralorías, en particular, los contratistas.

De otra parte, supone también explorar los escenarios posibles de un contratista, que son en esencia tres: Contratación estatal en sentido estricto, es decir, aplicando las Leyes 80 de 1993 y la 1150 de 2007; Contratación estatal en sentido amplio, para entidades sometidas a regímenes especiales, para lo cual se emplea un criterio orgánico funcional y; la denominada contratación pública fiscal, teniendo como fundamento el artículo 267 constitucional y

los artículos 1º² y 13³ de la Ley 1150 de 2007, para lo cual se toma como criterio el manejo de bienes públicos.

1.1. Marco legal del control fiscal a los contratistas

En desarrollo del análisis de las competencias de las contralorías relacionadas con el control fiscal, es pertinente recordar el siguiente marco general: La Constitución Política colombiana señala en su artículo 267 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. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá autorizar que, en casos especiales, la vigilancia la ejerzan 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 Ley 42 de 1993 menciona en forma expresa el control fiscal de los contratos celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro con fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política colombiana, a través de las entidades que los otorguen⁴.

A su vez, la misma Ley 42 de 1993, en sus artículos 8, inciso último, y 83 determinaron que la responsabilidad fiscal podría comprender también a los contratistas y particulares, que vinculados a un proceso de responsabilidad fiscal, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal. El artículo 83 fue derogado por el artículo 68 de la Ley 610 de 2000; la nueva ley se ocupó de definir la gestión fiscal, no a partir de enunciar a cada sujeto, sino que señala

² Ley 1150 de 2007, artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

³ Ley 1150 de 2007, artículo 13: Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

las actividades que constituyen gestión fiscal, en su artículo 3, de lo cual se infiere que según la actividad que lleve a cabo un contratista, puede llegar a ser gestor fiscal.

Se aprecia que la Ley 610 de 2000, al igual que la Ley 42 de 1993, hace una mención específica sobre los contratistas, al señalar expresamente la primera de estas leyes en su artículo 61 que “cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado”. Evidencia este precepto la indiscutible continuidad en el ejercicio de control fiscal sobre los contratistas en aplicación de las normas vigentes⁵. Dentro de este marco, el Consejo de Estado y las contralorías se han pronunciado en diversas ocasiones sobre situaciones de responsabilidad fiscal que involucren contratistas. Cabe en este análisis el siguiente interrogante central: ¿En qué momento del proceso de responsabilidad fiscal se debe establecer que un particular, contratista del Estado, ejerció gestión fiscal?

De conformidad con el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, tal oportunidad es la siguiente:

“...Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él”.

En relación con esta norma, en su análisis de constitucionalidad del artículo 67, ibídem, la Corte Constitucional dijo lo siguiente:

“De cualquier manera, solamente cuando está establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordena la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, dentro del cual tras una fase de diligencias previas, dentro de las cuales siempre debe ser escuchado el presunto responsable, debe decidirse si se archiva el expediente o se dicta auto de imputación de responsabilidad fiscal”⁶.

Luego, entonces, es durante la indagación preliminar que las contralorías deben identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan ocasionado el detrimento patrimonial al Estado, pues la coincidencia de estos dos factores determina la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Es claro, también, que durante esta etapa se deberá establecer si quien ocasionó el presunto detrimento, ejercía gestión fiscal porque, como ya quedó establecido, es indispensable además que quien cause el daño, sea gestor fiscal para poder adelantarle dicho proceso. Es decir, que en los términos de la Sentencia C-840 de 2001, aunque se configure el daño y se identifique a los autores, si no realizan gestión fiscal no es posible atribuirles responsabilidad fiscal. Así lo corrobora el siguiente texto de la misma Sentencia:

“Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar *in solidum* o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente”.

La calidad de gestor fiscal debe determinarse durante la indagación preliminar si se tienen dudas de esta, en el momento que exista certeza de tal situación procede la apertura y vinculación al proceso del contratista. Si ello no se hace o es imposible de determinar, ni siquiera podrá iniciarse el proceso de responsabilidad fiscal sino que procederá el archivo de las diligencias. Además, recuérdese que uno de los requisitos del auto de apertura del proceso, Ley 610 de 2000, artículo 41, es la identificación de los presuntos responsables fiscales y tal identificación presupone comprobar su calidad de gestores fiscales.

⁵ Acerca del control fiscal sobre los contratos estatales, la Corte Constitucional en la Sentencia C-648, agosto 13 de 2002 Exp. D-3918 que declaró exequible el artículo 61 de la Ley 610 de 2000 señaló que “... 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

En conclusión, al precisar las reglas de contratación de los particulares, es importante recordar que la responsabilidad fiscal está fincada no solo en el hecho cierto de que su agente sea un gestor fiscal, sino también en los presupuestos de daño, conducta y nexa causal⁷. Ciertamente, sobre la conducta en esta sección se realizan diversas aproximaciones a situaciones que son reprochables desde el punto de vista de la buena gestión fiscal. En todo caso, la conducta tampoco es suficiente, como quiera que será igualmente determinante que la actuación desplegada sea la generadora del impacto adverso al patrimonio, en una línea directa de causa a efecto, sin que en la actuación incidan otros factores de mayor peso.

1.2. Precisiones al control fiscal según la Ley 80 de 1993

Respecto de la vigilancia fiscal a la contratación estatal, la Ley 80 de 1993 en su artículo 65⁸, determina que el control fiscal puede ejercerse en tres eventos: primero, cuando los trámites administrativos de legalización de los contratos hayan concluido, es decir, cumplido el requisito de publicación en el Diario Único de Contratación, o el medio informativo que haga sus veces. Segundo, para ejercer control de las cuentas correspondientes a los pagos originados con ocasión del contrato respectivo. Y, tercero, cuando ya se han liquidado o terminado los contratos, para un control fiscal integral basado en los principios señalados en la Ley 42 de 1993. Cuando un contrato estatal no implique realizar pagos como tal, la entidad contratante al momento de rendir cuentas sobre la contratación, origina y habilita el ejercicio del control fiscal de los equipos de auditoría de las contralorías, a todos y cada uno de los contratos en ejecución, respecto de las etapas que ya se hayan llevado a cabo, es decir, de manera posterior.

El alcance, intensidad y atribuciones del control fiscal a la contratación fue valorado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-623 de 1999 cuando examinó la constitucionalidad del artículo 65 citado de la Ley 80 de 1993, así: Si el control fiscal se rige por los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, economía, entre otros, mal podría argüirse que estos 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 les 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, célere y eficiente, pues allí están comprometidos intereses generales⁹.

Dentro de las facultades legales que se le confieren a la Contraloría General de la República, bajo los criterios de oportunidad del control fiscal, expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia citada, cabría el ejercicio de la función de advertencia en la etapa de ejecución contractual cuando se aprecien riesgos económicos, sin menoscabo de aplicar cualquier otro sistema o modalidad de vigilancia fiscal en el marco de lo posterior y selectivo¹⁰, que como se analizó comprende vigilar la gestión y resultados contractuales.

Cabe precisar que ejercer esa función de advertencia es válido durante la ejecución del contrato; sin embargo, en la etapa precontractual es improcedente por disposición de la ley. La Ley 80 de 1993 prescribe de manera expresa en el numeral 11 del artículo 25 que “las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación”¹¹. Esta limitante debe inhibir a las contralorías de cualquier pronunciamiento durante el trámite de un proceso de licitación, concurso, contratación directa o selección abreviada del contratista cualquiera que ella sea, que se rija por la Ley 80 de 1993. Por lo que hasta tanto el contrato no se perfeccione, la contraloría tiene prohibición legal de intervenir, lo cual, es lógico, comprende la función de advertencia. En ese caso de tener conocimiento de irregularidades en la etapa precontractual debe darse traslado inmediato al Ministerio Público, organismo que además tiene la facultad legal de suspender procesos contractuales¹².

⁹ La constitucionalidad de esta norma fue analizada por la Corte Constitucional y declarada exequible en la Sentencia C-623 de agosto 25 de 1999. Exp. D-2309. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ Los límites de la función de advertencia pueden examinarse en el concepto número 1348 del 20 de mayo de 2003, de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia, C-113 de febrero 24 de 1999. Exp. D-2151. M. P. José Gregorio Hernández.

¹² Ley 734 de 2002, artículo 160. *Medidas Preventivas*. Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida solo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien éste delegue de manera especial, y el Personero.

⁷ Supra, sección 3.5.

⁸ Ley 80 de 1993. Artículo 65. 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 vigencia 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. El control previo administrativo de los contratos les 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.

Otra modalidad de intervención del control fiscal señalada por la Ley 80 de 1993 está relacionada con la declaratoria de urgencia manifiesta y la subsiguiente contratación en forma directa, prevista en los artículos 42 y 43 y retomada en el artículo 2, numeral 4, literal a de la Ley 1150 de 2007. Inmediatamente se celebren los contratos originados en la urgencia manifiesta, estos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedente administrativos de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración.

Las contralorías valoran que los motivos de la medida de urgencia guarden relación directa y conexidad, así como proporcionalidad con los estados de excepción, los hechos constitutivos de calamidad, fuerza mayor, desastre o situaciones de verdadera imposibilidad para acudir a los procedimientos de selección o concurso público, que originaron la medida. El pronunciamiento de los organismos de control fiscal es una conformidad, cuando la medida sea real, esté debidamente motivada y sea proporcional con los hechos que la originan. En caso de que la valoración anterior sea negativa se plantea la inconformidad y se da traslado a la Procuraduría General de la Nación o a una personería municipal, según sea el caso, para imponer sanción disciplinaria, que en este caso es constitutiva de falta gravísima, sancionable con destitución.

1.3. Precisiones al control a la contratación estatal en sentido amplio

En los países del sistema jurídico conocido como derecho administrativo continental europeo, las instituciones jurídicas tradicionalmente diferencian dos clases de contratos en los acuerdos de voluntades que celebran las entidades públicas, contratos de derecho privado y contratos administrativos:

“Por una parte la administración celebra contratos idénticos a los de los particulares, tal como están definidos y reglamentados por el Código Civil: compras, ventas, seguro, etc. Pero la administración puede celebrar también ciertos actos, que si bien son de naturaleza contractual, ya que se basan en acuerdos de voluntades, están sin embargo sometidos a reglas diferentes de aquellas que rigen los contratos ordinarios. Estos forman en la masa de los contratos de la Administración la categoría de los contratos administrativos: obra pública, suministro, concesión de servicio, empréstito, etc.”¹³. La Unión Europea mantiene como criterio esta dicotomía.

Colombia se aparta de esta dualidad de categorías y crea un solo régimen contractual, el del contrato estatal¹⁴. Si bien esta nueva categoría no le resta a la contratación estatal el carácter de una actividad reglada, el artículo 13 de Ley 80 de 1993 dispone la aplicación subsidiaria del derecho privado. En todo caso el conocimiento de los conflictos contractuales sigue siendo por regla general de la órbita de la jurisdicción contencioso administrativa, incluida la revisión de los laudos arbitrales. Por disposición de la misma Ley 80 de 1993¹⁵, los artículos 13, 14 y 16 de la Ley 1150 de 2007 y según leyes que le son anteriores, diversas entidades públicas o tipos de contratos son excluidos de la aplicación de las normas de la mencionada ley¹⁶. Así, se plantea que aquí existen dos conceptos de contratación estatal, uno restringido circunscrito a la Ley 80, y otro, amplio aplicable a otros vínculos contractuales también de entidades estatales.

En ese contexto se puede sostener que el planteamiento unificador de la Ley 80 del año 1993, hoy en día resulta aparente, como quiera que existe más de un régimen de la contratación del Estado; el restringido de esa ley y aquellos que se derivan de otras normas especiales. En todo caso uno u otro escenario para nada afectan el ejercicio del control fiscal, que como se estudia, tiene su origen en disposiciones constitucionales y legales, de orden general que resultan aplicables a todos los regímenes.

En sentido similar al expuesto, el máximo órgano de lo contencioso administrativo colombiano sostiene que independientemente de la naturaleza jurídica del ente público contratante y de su régimen jurídico, se consideren contratos estatales aquellos acuerdos de voluntades en los que implícitamente va envuelta la función administrativa prevista en el artículo 209 Constitucional. Bajo esa premisa se adopta un parámetro objetivo, el de la función pública, que complementa el criterio orgánico adoptado por el

¹⁴ Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la ley 80 de 1993*. Segunda Edición, Legis Editores, 2003. El autor en esta obra hace relación a la unificación de conceptos respecto de la dualidad que existía en el Decreto 222, en relación con los contratos a los que debía aplicarse el derecho privado o el derecho público "... todo lo cual justifica la adopción de una única categoría contractual -la denominada contratos estatales-, con lo cual se evitan los conflictos y divergencias que antes se suscitaban debido a las disímiles consecuencias que la normatividad hacía derivar en uno u otro evento. Emanación directa de la única categoría contractual es que se prevea que el "juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, será el de la jurisdicción contencioso administrativa", p. 26.

¹⁵ El artículo 32 en su parágrafo 1º, relativo a las empresas del sector financiero, y el artículo 76, relativo a contratos de exploración y explotación de los recursos naturales, modificado por el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁶ Departamento Nacional de Planeación. Dirección de Evaluación de Gestión de Resultados. En el ensayo que escribe el doctor Gonzalo Suárez relativo a la necesidad de una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, establece una relación de normas de armonización a la Ley 80 de 1993. Allí se

artículo 2º de la Ley 80 de 1993, para identificar los contratos estatales. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció de la siguiente manera.¹⁷

“...A juicio de la sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la Administración Pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales: 1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993 (...) 2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio. Por regla general, el juez a quien compete conocer de sus controversias es el juez administrativo, en razón de que su celebración y ejecución constituye una actividad reglada, es decir, es el ejercicio pleno de una función administrativa, de conformidad al art. 82 del C.C.A. antes referido. De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría ‘contratos estatales’ no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebran las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993; sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebran las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales. De tal manera, es dable hablar genéricamente de dos tipos de contratos: Contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 y Contratos estatales especiales”.

En la misma línea interpretativa se manifestó la Corte Constitucional en el caso de las sociedades de economía mixta y el régimen jurídico de derecho privado a su gestión contractual. Se puntualizó que los fundamentos constitucionales del régimen de la acción del Estado y de las entidades públicas son diferentes de los que sirven de soporte a la actividad de los particulares. Por ello, la búsqueda de una mayor flexibilidad y su eficacia de la gestión, a través de la sujeción de entidades públicas a las disposiciones aplicables a los particulares, no puede enervar el cumplimiento de las finalidades propias definidas en la Constitución ni evadir requerimientos ni controles constitucionales. En ese orden de ideas, la búsqueda y logro de los intereses generales, evidentemente, impone a las autoridades una gestión objetiva que debe encauzarse mediante la observancia, entre otros, de los principios enunciados en el artículo constitucional 209 propios del quehacer administrativo público, y del ámbito del derecho público¹⁸. La sentencia de

la Corte indica como criterio constitucional que la gestión contractual del Estado puede ser discrecional y arbitraria, dado que es un instrumento para materializar los fines estatales.

Para citar otro ejemplo¹⁹, las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, en donde la Ley 142 de 1994 determina que sus actos se rijan por las reglas del derecho privado, y por esa razón los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos domiciliarios, en principio, no están sujetos a disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²⁰. Sin embargo, por el hecho de gozar de un régimen de derecho privado, tales empresas no pueden eludir el cumplimiento de las finalidades propias del Estado ni evadir requerimientos o controles constitucionales. En estas circunstancias, la gestión contractual siempre seguirá siendo una función reglada en el sentido de que estará sometida a los principios constitucionales consagrados en los artículos 209²¹ de la Constitución Política, que a su vez desarrolla el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo. Tal circunstancia obliga a concluir que la libertad contractual de los entes públicos que se someten a regímenes de derecho privado no es absoluta, dado que el ámbito de sus actuaciones se encuentra circunscrito por el interés general y por los principios de la función pública²².

Otro típico caso de contratos en esta órbita son los contratos de estabilidad jurídica al inversionista creados por la Ley 963 de 2005 y reglamentados por el Decreto 2950 de 2005, que involucran gestión fiscal por parte del Estado en los asuntos donde se concede estabilidad, en la prima y en la duración del contrato.

En este sentido es absolutamente claro el sometimiento al derecho público, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, que se debe predicar para las entidades estatales, incluidas aquellas con participación de capital privado o con un régimen de derecho privado. Sin embargo,

¹⁹ Contraloría General de la República. Oficina Jurídica, Concepto de 19 de septiembre de 2005, expedido con ocasión de la negociación que adelantaba Colombia Telecomunicaciones S. A. con la Compañía Telmex.

²⁰ Ley 142 de 1994, artículos 31 y 32.

²¹ “Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-449, julio 9 de 1992. Exp. D-033. M. P. Alejandro Martínez Caballero. “El objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado en el derecho, sus irradiación todas las disposiciones contractuales emitidas por el Estado en el ámbito del derecho público”.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de fecha 8 de febrero de 2001. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Rad. 16661.

surge un interrogante ¿Qué pasa con los contratos que suscriben los particulares, que no son entidades estatales, cuya intervención en los asuntos del Estado es manejar, administrar o recibir recursos públicos para cumplir una finalidad estatal o como retribución a esta? En el marco del planteamiento central realizado, son contratos públicos, bajo la premisa que se propuso al inicio de esta sección, en el sentido de que todo acuerdo de voluntades que implique la disposición de tales recursos tiene ese carácter.

1.4. Precisiones a la contratación pública fiscal en aplicación del artículo 267 de la Carta Política

En una perspectiva del control fiscal, abordar el tema de la contratación pública supone como punto de partida plantear una definición de esta, entendida como el conjunto de actuaciones de carácter contractual que cumplen las personas públicas ejecutoras del presupuesto²³ o quienes cuentan con capacidad jurídica, los particulares y en general cualquier persona que maneje o administre recursos públicos.

La misión de la contratación pública es desarrollar actividades orientadas a cumplir o apoyar los fines estatales, prestar los servicios públicos, atender funciones públicas o administrativas, materializar los derechos que el Estado confiere a los habitantes del territorio, desarrollar la ejecución de proyectos o políticas públicas y otros propósitos que estén relacionados con los anteriores fines. Tales finalidades tienen su fuente en la Constitución, la Ley, el reglamento, en actos administrativos, generales, individuales e incluso en otros acuerdos de voluntades. La definición planteada está determinada por un criterio material objetivo, como es el que cualquier persona, sin importar su naturaleza jurídica, que maneje o administre recursos públicos y que celebre un acuerdo de voluntades con otro sujeto, está desarrollando un acto bilateral de contratación pública. La decisión de cumplir el acto contractual es voluntaria y está motivada en la necesidad y la intención que tiene esa persona de cumplir con una finalidad que le fue asignada cuando se le encomendó la gestión fiscal²⁴ de tales recursos.

Esta tesis de la contratación pública con un enfoque de la materialidad de los recursos tiene como pilar las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-384 de 2003 cuando se

refiere al alcance del control fiscal en la contratación pública, mediante el SICE, Sistema de Vigilancia de la Contratación Estatal, creado por la Ley 598 de 2000 y que se extiende a todos los ámbitos de la contratación. En el análisis de la Corte Constitucional se habilita a la CGR para vigilar todo contrato y sujeto, sin detenerse en la naturaleza jurídica de uno y otro, la posición jurisprudencial se sintetiza así: Alega el actor que la obligación que tienen los proveedores de registrar en el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, constituye una flagrante violación del derecho económico a la libre competencia. La Corte no comparte estas aseveraciones por las razones que pasan a explicarse. Nadie dudaría, en este sentido, que el SICE permite la realización de algunos de los principios más relevantes de la función administrativa, como son la moralidad, en tanto que permite la sana competencia entre los proveedores de los servicios ofrecidos al Estado; la eficacia, conferida por la misma rapidez en la consulta; la economía, garantizada por la escogencia de las mejores opciones de compra; la celeridad y la imparcialidad, representada en la objetividad de los criterios de contratación, etc. (Art. 209 Constitución Política).

En concordancia con lo anterior, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. En esta perspectiva legal es válido predicar que existe el régimen de contratación pública fiscal, aplicable a cualquier persona que contrate con recursos del erario, la cual está sometida al cumplimiento de los principios constitucionales de la gestión fiscal: economía, eficacia, eficiencia, equidad y valoración de costos ambientales, con independencia de que se apliquen normas o procedimientos de derecho público o privado²⁵.

²³ La ejecución del presupuesto se analizó en la primera sección del presente capítulo, en la ordenación del gasto, allí se vio que la ordenación incluye la contratación.

²⁴ El concepto de gestión fiscal está determinado en la Constitución Política en el artículo 267 en cabeza de las entidades públicas o los particulares que manejan o administran recursos públicos.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-716, septiembre 3 de 2002. Exp. D-3981. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. "El control de los resultados de la Administración y la vigilancia de la gestión fiscal se traducen en la verificación del manejo correcto del patrimonio estatal. El término latino fiscus, del cual proviene el actual vocablo fiscal, quiere significar erario o tesoro público, e indica que la vigilancia de la gestión fiscal involucra las

Así las cosas, se destaca que la contratación pública fiscal comprende la ordenación del gasto y también otros actos de disposición de los bienes o intereses de la persona jurídica. Es decir, la contratación de los entes del Estado tiene dos sentidos, uno restringido relacionado con la ejecución del presupuesto público que le es asignado e igualmente tiene un alcance amplio y general dado que existen diversas formas de disponer de los recursos públicos, mediante convenios, contratos o acuerdos, sin que estrictamente se genere impacto en el presupuesto, pero sí en el patrimonio público considerado como un todo. A manera ilustrativa la decisión de una entidad descentralizada de conformar una sociedad, un contrato de comodato, un contrato de cooperación, desarrollar gestión a través de la concesión, el arrendamiento o venta de bienes, etc.

Esta postura de darle identidad a los acuerdos de voluntades con recursos públicos, como contratación pública fiscal, es coherente con un Estado que en un nuevo marco de competencias de bienestar social, de intervencionismo y de fomento, se ha vuelto supremamente complejo²⁶ y, el cual, además, aplicando un nuevo modelo económico, acude sistemáticamente al concurso y al apoyo de particulares para cumplir con sus funciones públicas básicas, para prestar servicios esenciales o para fomentar y subsidiar empresas, e incluso con modalidades de asociación económica con particulares, todo lo anterior siempre aplicando recursos públicos²⁷. Bajo ese lineamiento en el ordenamiento jurídico colombiano el control fiscal en la contratación se deriva no solo de las pautas constitucionales que autorizan la vigilancia de los particulares que ejercen control fiscal, sino que también deviene de diversas disposiciones constitucionales y leyes, ya analizadas, que de manera expresa tratan el tema, extensivas a los contratistas que se ubiquen en este último escenario.

2. Riesgos fiscales de la gestión en la contratación pública

La gestión fiscal en la contratación está determinada normalmente por decisiones presupuestales de ordenación del gasto, igualmente por otros actos

actividades en las que se encuentran presentes los recursos de la Nación. De manera similar, el hecho de que el control fiscal en Colombia se confiera a una entidad que cuida de la res-pública, es decir, de la cosa pública, denota que el fin primordial del mismo es el de preservar la conservación y buen manejo de los bienes que pertenecen a todos.

26 Baena del Alcázar, Mario. *Curso de ciencia de la administración*. Madrid: Tecnos. Vol. I. 1996.

27 Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. Caracas-Venezuela. Universidad Central. 9 Edición. 1984. "La distinción tradicional entre las dos formas de acción administrativa esenciales, que son la policía y el servicio público, debe ser completada y matizada teniendo en cuenta aspectos como la colaboración con empresas privadas de interés general o las actividades públicas de interés general ejercidas a través de empresas públicas".

de disposición de los bienes o intereses de la persona jurídica pública. Para delimitar la responsabilidad de un servidor en los tres escenarios centrales analizados, cabe anotar que la posición fijada no es unánime en la jurisprudencia: el Consejo de Estado se inclina al análisis funcional en cada caso. La Corte Suprema de Justicia en Sala Penal ha sido más estricta en el momento de calificar la responsabilidad penal del Ordenador. Dan cuenta de estas posiciones las siguientes sentencias: Consejo de Estado: Sentencia Radicada expediente No. 11001032500020040010200, referencia No. 1127-2004 del 18 de octubre de 2007, Consejero Ponente, Alejandro Gómez Ordóñez²⁸. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: sentencia del 13 de octubre de 2004, Magistrado Ponente, Mauro Solarte Portilla. Radicación 18.911 y sentencia de única instancia del 11 de julio de 2007, Magistrado Ponente, Álvaro Orlando Pérez Pinzón²⁹.

A continuación se analizan las normas, principios y alcances de los 10 principales riesgos en la actividad contractual; este es el marco obligado de ponderación, de la actuación y de la responsabilidad.

2.1. Deber de planeación

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

Por su parte, el artículo 30 numeral primero señala que el jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrati-

28 Señaló en esta sentencia el Consejo de Estado que el ámbito de control del funcionario delegante tiene unos límites sobre la materia delegada y ejecutada por el delegatario, y que para el caso en concreto se debió tener en cuenta que la voluntad del demandante se vio influenciada por el informe rendido por el interviniente en su momento.

29 Ha señalado la Corte Suprema de Justicia que no obstante lo complejo la Administración Pública, que supone la intervención de funcionarios de distintos niveles, no es posible desprenderse de ciertas responsabilidades, pues si así fuera, siempre se encontraría una buena excusa para evadir sus deberes constitucionales y legales. En otras palabras, estima la Corte que la confianza y la autonomía ajena, no exime de responsabilidad, pues quien dirige debe seguir atentamente la ruta de todas las gestiones.

vo motivado. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad. La ley 1150 de 2007 en su artículo 4º les impone a la Administración y al contratista deberes de prevenir los riesgos³⁰.

Este deber de planeación también comprende los contratos que se rigen por el derecho privado. El incumplimiento de tales provisiones ocasiona sobrecostos, obras inconclusas por fallas en los estudios técnicos, suspensiones del contrato por falta de licencias o permisos previos, baja estabilidad de la obra o calidad del bien o servicio, como quiera que falló la carga de planeación que tienen los funcionarios responsables de la entidad, o el particular que hubiere sido contratado para ese fin. Esta eventualidad no necesariamente involucra una gestión reprochable al contratista, pues este cumple con el objeto según los requerimientos del contrato que fue el producto de unos estudios previos, es decir, la falla es atribuible a la gestión en la etapa de planeación explicada. Ello salvo que el contratista, experto en su negocio, en forma amañada, saque provecho a errores ostensibles de la Administración.

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

Estos son los cinco actores principales en la escena de la gestión fiscal contractual. Su vinculación es muy estrecha y en principio los cinco son siempre los llamados a responder en forma solidaria. Claro está que esa regla admite excepciones, así por ejemplo: El contratista no está llamado a responder por el daño que ocasiona la falta de previsión de la Administración. El pagador y ordenador no son responsables cuando disponen un pago sobre certificaciones que suscribe el supervisor o el interventor y que dan cuenta del cumplimiento del contrato; en este evento estos últimos son los llama-

³⁰ Artículo 4. De la distribución de riesgos en los contratos estatales.

Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

dos a responder. Supervisor, interventor y ordenador no son responsables por un pago fraudulento en donde el pagador omitió sus deberes de cuidado. Así las cosas, al momento de valorar si un agente es o no responsable, es imprescindible analizar sus deberes funcionales derivados del reglamento, contrato, memorandos, actos y cualquier otro instrumento que materialice bien su responsabilidad o que configure un eximente de la misma.

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

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

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

caso de una decisión de junta directiva, de la junta de compras y licitaciones o incluso los miembros del comité de conciliación de una entidad.

2.4. El olvido del principio de conmutatividad del contrato

Uno de los pilares de la contratación pública, en cualquiera de sus modalidades, está cimentado en el principio de la conmutatividad, en virtud del cual el pago que hace la entidad contratante debe ser equivalente a la prestación recibida por el contratista de dar, hacer o no hacer algo. El olvido de este principio es una de las situaciones más frecuentes que generan responsabilidad fiscal. Sobre el mismo el profesor Benjamín Herrera en su obra *Contratos Públicos* dice:

“El Estado no persigue fines de lucro, su fin es dar satisfacción a las necesidades públicas objetivas, y por tanto toda prestación que él reciba quiere y debe tener una contrapartida equivalente que él paga. De otro lado, los recursos del Estado no pueden entregarse gratuitamente sin recibir a cambio una contraprestación que satisfaga una necesidad pública. Los contratos unilaterales y gratuitos son ajenos a las técnicas utilizadas por la Administración, en virtud del principio de garantía del gasto público. El Estado no puede donar, no puede regalar vía contrato y por ello son singulares igualmente reprochables los contratos de comodato a favor de particulares. En estos contratos la equivalencia en las prestaciones no depende de la psiquis de las partes, sino de factores objetivos que deben hacer corresponder el precio que se paga con la prestación que se recibe”.

En este sentido la contratación pública no es un estímulo al empresario, ni es un acto de generosidad del Estado, su único objetivo es contribuir a la realización de sus fines. De esta forma, en cada contrato la vigilancia fiscal cuantifica si los bienes, obras o servicios recibidos son proporcionales al dinero o beneficios recibidos por el contratista. En el evento de que esa ecuación se rompa a favor de él, lo recibido por exceso puede constituir un detrimento al patrimonio público, configurado a partir de una conducta reprochable por antieconómica e ineficiente, contraria a la correcta gestión fiscal. El referente para cuantificar si existe daño es que la utilidad sea razonable y que el precio del contrato esté determinado por precios del mercado.

2.5. La responsabilidad cualificada del artículo 26 de la Ley 80 de 1993

En la ley de contratación estatal la norma citada se ocupa de tipificar algunas situaciones que a la postre pueden generar responsabilidad fiscal, tales

como las previstas en los numerales 1°, 2°, 3°, 6°, 7° y 8°³¹, relacionadas con las siguientes conductas: desviar los fines de la contratación, indemnizaciones producto de actuaciones antijurídicas, consecuencias económicas por falta de planeación, presentar y admitir ofertas artificialmente bajas que ocasionen un posterior daño, el perjuicio que causa ocultar una inhabilidad o incompatibilidades por el contratista y el deterioro que ocasiona el mismo por la mala calidad del objeto suministrado. Cualquiera de estas circunstancias que origine daño, por ejemplo, la inestabilidad de la obra o la baja calidad de los bienes o servicios contratados es generadora de responsabilidad fiscal. Tienen fuente directa en la ley, lo cual demanda mayores deberes de cuidado o previsión, frente a otras situaciones que conllevan daño originadas en la violación de los principios de la gestión fiscal.

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

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

El pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa o en ocasiones ilícito son hechos frecuentes que dan lugar a la responsabilidad fiscal en cabeza de funcionarios públicos y contratistas de cualquier especie. Por falta de

³¹ Ley 80 de 1993. Artículo 26. (...) 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas; 3o. Las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa, que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos; (...) 6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato; 7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa; 8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

diligencia o mala fe, permiten, inducen o facilitan el pago de mayores cantidades de dinero al contratista, omiten hacer reclamaciones para restablecer la ecuación económica del contrato a favor del erario o asumen una actitud omisiva y poco transparente para que a la entidad contratante le sea reintegrado lo que en equidad y derecho le corresponda.

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

Adicionalmente, los más elementales criterios de equidad, igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y preservación de los recursos públicos, en un Estado social de derecho, harían forzoso aceptar la tesis del equilibrio económico para la entidad contratante. No cabe en este caso sostener que el contratista estatal maneja un riesgo, incertidumbre y alea contractual que lo hace merecedor de esa eventual ganancia ocasional, no pactada, de beneficiarse si la ecuación económica se rompe a su favor. Todo lo contrario, el contratista estatal siempre está protegido en sus intereses económicos ante cualquier eventualidad, bajo un principio de indemnización plena por el Estado, incluido el hecho del principio o el reconocimiento legal de intereses moratorios, entre otras vicisitudes.

Una investigación por detrimento patrimonial que merece resaltarse es la que concluyó con la declaratoria de la responsabilidad fiscal por pagos indebidos, en el caso de la contratación de la firma Dragacol S.A. con el Ministerio de Transporte. Allí se reprocharon reclamaciones irregulares e ilícitas motivadas en el pago de mayores cantidades de obra a las ejecutadas realmente, equilibrios económicos injustificados y la configuración irregular de silencios administrativos positivos³². Luego de un amplio análisis jurídico y

32 Ley 80 de 1993. Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: (...).

fáctico de esas situaciones, la Contraloría General de la República profiere un fallo con responsabilidad fiscal³³. En esa providencia se fija un lineamiento muy claro en las reclamaciones provenientes de la contratación, allí se señaló: La gestión ineficiente, ineficaz y antieconómica genera daño al Estado. La falta de cuidado y diligencia de los funcionarios o asesores que intervienen en la contratación generan responsabilidad fiscal. Se recuerda que la Administración, en su deber de ser cuidadosa con los recursos públicos, se le exige que aplique la sana crítica para valorar el acervo probatorio de las reclamaciones de un contratista, que no se limite a revisar la existencia de unos soportes, sino que requiere un esfuerzo adicional de confrontar su veracidad, en especial cuando un contratista se presenta a reclamar sumas de dinero que de entrada se aprecian exorbitantes.

2.7. Consecuencias patrimoniales de la contratación por la omisión de mitigar riesgos inherentes a la contratación

El contratista es un experto de negocio que además obra en calidad de administrador de recursos ajenos, razón por la cual ello le supone deberes de cuidado y previsión. Así lo entendió el legislador y como consecuencia de ello fue previsto en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, la distribución de riesgos en los contratos estatales. El mencionado artículo señaló que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes se deben incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, de tal suerte que cuando se lleve a cabo un proceso de licitación pública, aquellos deben señalar el momento en que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

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

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.

Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 0003. Mediante el fallo con responsabilidad fiscal del 23 de febrero de 2004, se profirió una decisión que con factores de actualización a esa fecha superaba los \$22.000 millones.

2.8. La responsabilidad por sobre costos, utilidad no razonable y los precios de referencia del SICE

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

En esa línea de pensamiento la Ley 598 de 2000 creó el Sistema Integrado de Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, precisamente con el propósito de controlar los precios, a la contratación que se realiza con recursos públicos. Establece un Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, el cual construye un umbral, un precio indicativo, que si bien no es obligatorio, es un referente. De esta forma para apartarse del precio de referencia, se debe tener una justificación, como quiera que el mismo SICE en esa eventualidad activa unas alarmas de control que implicarán una vigilancia especial a ese proceso contractual³⁴. Al respecto, es preciso anotar que por medio del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 se creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual debe articularse con el SICE, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

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

Si bien el contrato finaliza cuando se vence el plazo de ejecución, en ese momento no desaparecen las obligaciones fiscales de la entidad contratante y del contratista. En el momento de finalizar sobrevienen tareas muy importantes para aclarar y finiquitar las cuentas del contrato y preaver cualquier vacío³⁵. Este es un principio de administración y orden aplicable en cual-

³⁴ En el capítulo 3 de esta obra, la sección 3.8 analiza las obligaciones que genera el SICE.

³⁵ Esta obligación del ordenador no excluye la del interventor de llevar sus archivos y la del contratista de llevarlos también por su cuenta.

quiera de los regímenes de contratación. En materia de contratos estatales la obligación de liquidar el contrato está prevista en la Ley 80 de 1993, modificada por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y la establece como forzosa para los contratos de tracto sucesivo (arrendamiento, suministro, concesión, etc.) y como facultativa en otro tipo de contratos³⁶. La liquidación es un ejercicio de contabilidad del contrato y de representación de la historia del negocio jurídico, en donde se relatan sus vicisitudes³⁷. En ese orden de ideas es evidente que no todo contrato requiere liquidación, lo cual no significa que no deba ser finalizado de manera ordenada, es decir, finiquitado. Ello supone que exista un acta de finalización o de entrega final, acompañada de los soportes que den cuenta de cabal cumplimiento, o de los aspectos de inconformidad, controversia o arreglo que se presentaron durante la ejecución del contrato. Incluso el acta final también puede representar los asuntos económicos y obligaciones contractuales pendientes.

La gestión documental del contrato es un asunto muy importante dado que allí está representada su historia; de ahí la necesaria conservación del contrato y de sus soportes. De manera recurrente la falta de los anexos del contrato y de pruebas sobre su real cumplimiento genera responsabilidad fiscal³⁸. El ordenador del gasto tiene el deber de adoptar todas las medidas administrativas que aseguren la conservación del contrato y de sus soportes en el archivo de la entidad, por un periodo de tiempo prudencial, según la naturaleza del contrato y la perdurabilidad que tenga su objeto. Distinta es la tabla de retención documental de un contrato de obra de un puente, a la de un contrato de venta de papelería.

³⁶ Ley 1150 de 2007. Artículo 11. 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.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

³⁷ La liquidación de los contratos fue analizada por el Consejo de Estado, Sala de consulta y servicios civiles, en la consulta No. 1453, M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

³⁸ El ordenador del gasto, el interventor y el contratista que no tienen ningún medio para probar que el pago de un contrato está soportado o por lo menos que el objeto y obligaciones se cumplieron realmente no solo por pruebas documentales, sino mediante testimonios o inspecciones han sido declarados responsables fiscales.

2.10. Irregularidades de la contratación que no generan consecuencias de responsabilidad fiscal

A manera de referente y cierre de este estudio, cabe señalar que en un proceso de contratación o durante la ejecución del mismo se pueden llegar a violar disposiciones legales o reglamentarias. Esas irregularidades no generan, per se, responsabilidad fiscal, dado que es el daño el que ocasiona reproche en esa modalidad de responsabilidad. Veamos dos ejemplos: a pesar de pretermiarse el trámite de una licitación de obra pública, que se realice mediante selección directa, violando ostensiblemente el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, no existe responsabilidad fiscal si el contratista, escogido a dedo, realiza a cabalidad la obra en términos de eficacia, eficiencia o economía, no obstante la responsabilidad disciplinaria que genera esa conducta. Un caso similar se da cuando, a pesar de la gravedad de violar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el jefe de una entidad contrata a su hermano, y aunque ello no ocasiona daño al erario, esa conducta es sancionable como delito y con destitución; sin embargo, ocasionará responsabilidad fiscal solo si se demuestra lo siguiente: que no cumplió el contrato, que lo hizo parcialmente o que se presentaron sobre costos.

Así, en la contratación pública existen modalidades de responsabilidad en el ámbito del derecho penal y del disciplinario. Los tipos penales referidos a la contratación pública reprochable son los siguientes: violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y, otros tipos penales conexos propios a la protección de la hacienda pública³⁹. En materia disciplinaria varias son las conductas que la ley califica como gravísimas relacionadas con la contratación irregular, estas se relacionan con las siguientes áreas: las inhabilidades e incompatibilidades, vigencias futuras, nóminas paralelas, el silencio administrativo positivo, declaratoria de caducidad, calidad de la obra, conflicto de intereses y declaratoria de urgencia manifiesta⁴⁰. La responsabilidad disciplinaria de los contratistas, interventores, concesionarios y prestadores de servicios públicos fue contemplada expresamente por el Código Disciplinario Único en sus artículos 52 a 57. Sobre estas últimas modalidades de responsabilidad en el Tratado de Derecho Administrativo, tomo IV, del profesor Jaime Orlando Santofimio, se realiza un amplio estudio de esta materia.

³⁹ Ley 599 de 2000, artículos 408, 409, 410.

⁴⁰ Ley 734 de 2002, artículo 48 numerales 17, 18, 22, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 41.

Para concluir, no se puede pasar por alto en el análisis de las implicaciones y los riesgos en la contratación, el trabajo que realizó el Departamento Nacional de Planeación con el Banco Mundial denominado *Manual de buenas prácticas, para la gestión contractual pública*⁴¹, investigación que sistematiza más de 10 años de experiencia e historia jurisprudencial de las leyes aplicables a la contratación, formidable ayuda para prevenir. Esta es una guía de análisis obligada para los gestores fiscales, como quiera que la misma contribuye a mitigar los riesgos que le son inherentes a la contratación pública. La publicación organizó y compiló temáticamente la jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado en esa materia. De ahí se puede extraer una matriz de riesgos de la contratación estatal. A manera de referencia, los temas básicos que plantea el Manual están ubicados en los siguientes momentos determinantes de la contratación: etapa de planeación, etapa precontractual que comprende la gestión contractual y el poder sancionatorio, etapa de liquidación referida a la obligación de liquidar correcta y oportunamente el contrato⁴². Otro insumo muy valioso al momento de la definición de las áreas críticas es la iniciativa de definir indicadores estándar para la evaluación de la contratación y sus resultados, que conllevó a la expedición de la *Guía de auditoría gubernamental con enfoque integral*, Audite 3.0, adoptada mediante la Resolución Orgánica No. 5774 de agosto 8 de 2006, expedida por el doctor Antonio Hernández Gamarra en su calidad de Contralor General de la República.

⁴¹ Departamento de Planeación, Banco Mundial. *Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública*. Gonzalo Suárez Beltrán, Consultor Gerente, proyecto de contratación pública BIRF-DNP, Diana Vivas, Carlos Malagón, Jorge Iván Cuervo.

⁴² La etapa de gestión contractual se subdivide en: gestión contractual, falta de previsión en la ejecución del contrato, mora o falta de pago del anticipo, incumplimiento de la Administración para la idónea ejecución del contrato, mora de la Administración en el pago, falta de reconocimiento de reajustes, obras adicionales o mayor permanencia, ilegalidad en la exigibilidad de las garantías. La etapa de poder sancionatorio se subdivide en: uso arbitrario de poderes discrecionales, extemporaneidad en el ejercicio de poderes exorbitantes, ejercicio arbitrario de poderes exorbitantes.