



Sentencia 967 de 2012 Corte Constitucional

SENTENCIA C-967 DE 2012

Referencia: expediente D-9043

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 217 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012, "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".

Accionante: Wilson González Cortés.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil doce (2012).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

En cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Wilson González Cortés, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, invocando su condición de ciudadano y de apoderado de la Contraloría General de la República, presentó demanda contra el artículo 217 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012, "por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".

La demanda se inadmitió por Auto del 3 de mayo de 2012. Sin embargo, corregida la misma dentro del tiempo previsto para tal fin, mediante Auto del 25 de mayo siguiente se dispuso su admisión. En la misma providencia se ordenó la fijación en lista y simultáneamente se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia; se ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, a los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Interior, Justicia y del Derecho; e invitó a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado -por conducto de sus respectivos presidentes-, a la Contralora General de la República, al Auditor General de la República, al Contralor Distrital de Bogotá y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, así como a las facultades de Derecho de las universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia y del Rosario, para que emitieran su opinión en relación con la norma parcialmente acusada.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma y se subraya el aparte impugnado, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial 48.308 del 10 de enero de 2012:

"DECRETO 19 DE 2012

(Enero 10)

Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública

El Presidente de la República de Colombia,

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el parágrafo 1º del artículo 75 de la Ley 1474 de 2011,

(...)

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 217. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:

'Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión'."

III. LA DEMANDA

En concepto del accionante la expresión acusada vulnera los artículos 1º, 2º, 13, 29, 119, 209, 267 y 268 de la Constitución, por cuanto se permite que a través de conciliaciones, acuerdos o transacciones a que llegaren las partes en el curso de una relación contractual, se declare al contratista a paz y salvo con la administración, sin aclarar por qué concepto y excluyendo con ello los controles judicial y fiscal.

Comienza por hacer algunas precisiones acerca del régimen constitucional del control fiscal en Colombia y seguidamente se refiere al control fiscal en la contratación estatal. Luego advierte que la existencia de un paz y salvo que surge a raíz de la conciliación o transacción contractual excluye el control fiscal de las contralorías, por cuanto corresponde a un acto que sólo podrá atacarse ante la jurisdicción

contencioso administrativa y será oponible a cualquier ejercicio auditor. Sostiene que ello crea una *"evidente desigualdad"*, por cuanto *"mientras para los gestores fiscales contratistas no habrá control fiscal, para los demás gestores fiscales sí habrá este tipo de control violando de manera palpable el artículo 13 de la Constitución Política"*.

Añade que *"en el menos pesimista de los escenarios, tras el paz y salvo que expide la administración por la existencia de una conciliación o transacción, se desatará un litigio que evitará hacer un ejercicio pronto y efectivo de la contratación estatal convirtiendo dos mecanismos de resolución alternativa de conflictos no en un mecanismo para precaver litigios sino en posibles cartas de impunidad para la gestión fiscal"*.

De otra parte, considera que se desconocen en forma palpable los artículos 119 y 209 de la Constitución, porque el control fiscal se sustituye por un paz y salvo, creándose un verdadero esquema de exclusión al control de las contralorías que en nada contribuye a la lucha contra la corrupción. Además, afirma, se impide el cumplimiento de los fines esenciales del Estado reconocidos en el artículo 2º Superior.

En su escrito de corrección precisa que de la lectura del inciso 3º del artículo 217 acusado, que modificó la Ley 80 de 1993, se deriva un enunciado según el cual los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes en el acta de liquidación pondrán fin a las divergencias presentadas. Es justamente ese enunciado el que considera contrario a los artículos 1º, 2º, 13, 29, 119, 209, 267 y 268 de la Constitución.

En su concepto, si la norma permite que la propia administración ponga fin a las divergencias presentadas mediante un acta de liquidación, se desconoce el artículo 119 de la Constitución, por cuanto *"está cambiando el contenido de la Carta Política que otorga a la Contraloría General de la República la facultad de vigilar el resultado de la gestión y con ello se estaría además desconociendo el sentido democrático que cumple el control fiscal"*.

Explica que de aceptarse la anterior hipótesis la entidad no podría ejercer el control de resultado, puesto que habría una decisión estatal que sería oponible por el gestor fiscal a cualquier acto de control (el acta de liquidación y el correspondiente paz y salvo), no habiendo control a lo convenido en esos acuerdos, conciliaciones y transacciones.

Añade que cuando se faculta a la entidad contratante para librar el paz y salvo respectivo se desplaza la competencia de las contralorías para ejercer el control fiscal en los términos del artículo 267 superior. Concluye que *"si bien la administración posee constitucionalmente un control interno, este no es un control posterior ni evalúa los resultados, que son los contenidos que se plasman en el acta de liquidación de los contratos. Al otorgar la administración tras el acta de liquidación contractual un paz y salvo, elabora un control fiscal de resultado y posterior que excluye el control fiscal de la Contraloría General de la República ya que no puede duplicarse estas tareas (sic)"*.

IV. INTERVENCIONES

1.- Contraloría General de la República

El director de la oficina jurídica de la Contraloría General de la República, Rafael Enrique Romero Cruz, informa a la Corte que la posición institucional es la expresada en la demanda presentada por el ciudadano Wilson González Cortés, a quien la entidad otorgó poder para ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. Hace remisión directa a su contenido.

2.- Consejo de Estado

El doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Presidente del Consejo de Estado, solicita a la Corte que se inhíba de fallar sobre el asunto de fondo porque el ciudadano no explica cómo la norma acusada vulnera los artículos 119 y 267 de la Carta Política.

Sostiene que la acusación *"se sustenta en un capricho personal del demandante"*, quien *"anhela que la Contraloría General de la República se haga parte dentro de la suscripción del acta de liquidación que pone fin al contrato celebrado entre la Administración y un particular de los que tienen obligaciones de tracto sucesivo"*.

No vislumbra cómo la norma impugnada vulnera el artículo 119 de la Constitución, *"puesto que de ninguna manera se está desconociendo el función de vigilante (sic) que radica en cabeza de la Contraloría General de la República"*. Tampoco advierte cómo se vulnera el artículo 267 de la Carta, porque allí se establece taxativamente que el control fiscal es posterior a las actuaciones de la administración, lo cual ocurre precisamente con la liquidación del contrato y la expedición, si la hay, del paz y salvo correspondiente.

Opina que permitir un control fiscal previo o concomitante, como lo pretende el actor, sería altamente inconveniente, *"por cuanto serían mayores trámites, mayores procedimientos y en consecuencia, más tardanza de la labor de la Administración"*. En este punto considera que el actor se contradice al cuestionar el control fiscal como está concebido actualmente (control posterior), pero luego acepta que el mismo se ejerce sobre el resultado de la gestión administrativa, de modo que *"no entiende uno en realidad qué es lo que [el demandante] no comparte del artículo 217 del Decreto 019 de 2012"*.

Luego de explicar el alcance de la liquidación de un contrato estatal, estima que la facultad de expedir paz y salvo respecto de las obligaciones del contratista es comprensible, ya que son las partes quienes conocen los detalles del mismo y vedar esa atribución implicaría desconocer el principio de buena fe. Concluye que ni con la demanda ni con el escrito de corrección se pudo avizorar lesión alguna de la Carta Política, por lo que debe preferirse un fallo inhibitorio.

3.- Ministerio del Interior

El ciudadano Alfonso Cajiao Cabrera, en su calidad de jefe de la oficina asesora jurídica del Ministerio del Interior, solicita a la Corte declarar exequibles los apartes demandados del artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012. Subsidiariamente solicita un pronunciamiento inhibitorio.

A su parecer, el actor atribuye un alcance erróneo a la constancia de paz y salvo suscrita entre las partes de un contrato estatal como resultado de las conciliaciones, transacciones y acuerdos incluidos en el acta de liquidación, al equipararlo a los actos de control fiscal posterior que ejerce la Contraloría General de la República.

Insiste en el carácter contractual o negocial de la liquidación bilateral, para destacar que estos actos *"son operaciones, actividades y procesos que pertenecen a la fase de liquidación del contrato estatal, y por ende están sujetos al control financiero, de gestión y de resultados ejercido por la Contraloría General de la República en cumplimiento de lo establecido en los artículos 119 y 267 de la Constitución"*. En otras palabras, entiende que el hecho de que la norma faculte a la administración para expedir un paz y salvo en la fase de liquidación de un contrato estatal, con el objeto de poner fin a las divergencias presentadas, *"de ninguna manera excluye la competencia constitucional y funcional atribuida a la Contraloría General de la Nación para ejercer el control fiscal posterior y de resultado de la administración"*.

Por último, sostiene que el actor no definió con claridad la manera como los apartes acusados vulneran los artículos 119 y 267 de la Constitución, lo cual impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad y podría conducir a una decisión inhibitoria.

4.- Departamento Nacional de Planeación

El ciudadano Luis Carlos Vergel Hernández, apoderado especial del Departamento Nacional de Planeación, solicita a la Corte declararse inhibida respecto de las expresiones acusadas o en su defecto declarar su exequibilidad.

Aclara que la posibilidad de que se celebren acuerdos entre la administración y las partes para dejar a paz y salvo las obligaciones recíprocas en el marco de un contrato estatal, de ninguna manera sustrae tales actos del control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República. En esa medida, encuentra que la demanda se apoya en una apreciación subjetiva del demandante, que por lo mismo no resulta cierta, más aún cuando el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 señala que una vez liquidados o terminados los contratos, la vigilancia fiscal incluye el control financiero, de gestión y de resultado. Visto lo anterior, considera que la Corte debe declararse inhibida ya que a pesar de la corrección realizada a la demanda, *“el entendimiento de la norma no se compadece con su texto ni se realiza a través de una integración normativa que permita establecer su real alcance y contenido”*.

De otra parte, recuerda que las expresiones atacadas son originarias de la Ley 80 de 1993, en cuyo marco hay actuaciones como la liquidación de los contratos, que obedecen a criterios de gestión asignados a los servidores públicos para el oportuno cumplimiento de sus funciones.

A continuación hace un detallado recuento de la evolución histórica y configuración del control fiscal en Colombia hasta llegar al modelo acogido en la Carta Política de 1991, cuyo alcance describe apoyado en jurisprudencia constitucional. Explica que en ese esquema se eliminó la coadministración y el control previo por considerarse desafortunado en la experiencia acumulada, optándose por el control posterior y selectivo en cabeza de la Contraloría General de la República (art. 267 CP), sin perjuicio del control interno asignado a cada entidad.

El interviniente explora luego lo relativo al control fiscal en la contratación estatal. Precisa que la liquidación de un contrato es el acto mediante el cual concluye la relación jurídica entre las partes que lo han suscrito, que bien pueden ser calificados como de gestión fiscal en los términos de los artículos 3º, 4º y 6º de la Ley 610 de 2000. Para ello recuerda que en la Sentencia C-623 de 1999 la Corte dejó en claro que el control fiscal sobre los contratos estatales liquidados o terminados no vulnera la Constitución, sino que por el contrario se ajusta a lo dispuesto en el artículo 267 de ese mismo estatuto.

En este orden de ideas concluye que *“el demandante confunde la actuación administrativa contractual con la que corresponde a las contralorías”*, por cuanto *“nada de lo que se acuerde y estipule al liquidar el contrato le quita a las Contralorías sus funciones de control posterior”*.

5.- Departamento Administrativo de la Función Pública

El ciudadano Camilo Escovar Plata, en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, solicita a la Corte declararse inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda. Subsidiariamente pide que se declare exequible el artículo 217 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012.

En forma preliminar indica que las expresiones acusadas corresponden al texto original del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, ya que ni el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, ni el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012 introdujeron modificaciones al respecto. Por esa razón, continúa, la demanda debió dirigirse contra el artículo 60 (parcial) de la Ley 80 de 1993, a efecto de integrar la proposición jurídica completa, *“configurándose por ese solo hecho una demanda inepta”*.

Adicionalmente, opina que los cargos formulados carecen de la certeza y pertinencia exigibles en esta clase de procesos, toda vez que fueron estructurados a partir de un entendimiento subjetivo y equivocado de la expresión *“poder declararse a paz y salvo”*. Afirma que el accionante parte de un error conceptual por cuanto se trata de un paz y salvo respecto de las obligaciones contractuales y no de gestión fiscal. Según sus palabras, *“una cosa son los actos de voluntad que ponen fin a las controversias contractuales, y otra, muy distinta, el control fiscal que ejercen las Contralorías a cualquier actuación estatal relacionada con la administración de recursos públicos, el cual cumple sin perjuicio de otras declaraciones administrativas o judiciales respecto de tales actuaciones”*.

Por lo anterior, estima que no se cumplen los presupuestos que permitan a la Corte realizar un estudio de fondo sobre la exequibilidad de la norma parcialmente acusada.

6. Contraloría Distrital de Bogotá

El contralor Distrital de Bogotá, Diego Ardila Medina, no eleva una petición puntual pero considera que la norma demandada *“saca de la órbita del control fiscal la reparación al daño inflingido a los intereses patrimoniales del Estado por parte de quienes han actuado con dolo o culpa grave al suscribir acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a controversias derivadas de contratos estatales, atestando un duro golpe a la función pública prevista por el Constituyente para la vigilancia de la gestión fiscal derivada de la actuación contractual”*.

La intervención se centra en explicar el alcance de la responsabilidad fiscal en el marco de la contratación estatal a partir de la Ley 80 de 1993 y las modificaciones a ella introducidas. Encuentra que en un Estado Social de Derecho la gestión fiscal, de la cual la contratación es una de sus formas, debe inspirarse en los principios de legalidad, independencia y colaboración de los órganos de cara al cumplimiento de los fines del Estado y la excelencia en la gestión de recursos. Por lo tanto, afirma, en la actual Constitución *“el control fiscal es integral, puesto que cubre desde el mismo momento en que la entidad recibe los recursos que le han sido asignados, incluyendo el proceso de su manejo o utilización, hasta la evaluación de los resultados obtenidos con su inversión”*.

Sin embargo, encuentra que las expresiones impugnadas excluyen a las contralorías de la posibilidad de ejercer control fiscal ante la presunta responsabilidad que se deriva de los acuerdos, conciliaciones o transacciones celebrados, cuando los mismos generen daño a las finanzas del Estado mediante la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes han intervenido.

7. Universidad del Rosario

Manuel Alberto Restrepo Medina, en su calidad de profesor titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicita a la Corte declarar exequible la norma en relación con los cargos formulados en la demanda.

Entiende que la expresión *“paz y salvo”* de la norma acusada sólo puede referirse a aquellas obligaciones mutuas sobre las cuales las partes del contrato estatal tengan la capacidad de disposición, lo que obviamente no comprende lo concerniente al control fiscal, por ser un asunto de competencia exclusiva de la Contraloría. Según su criterio, el actor confunde las funciones propias del ente de control fiscal, cuando supone que el acta de liquidación y las constancias que en ella se registren excluyen la intervención posterior de la Contraloría para determinar afectaciones indebidas al patrimonio público.

8. Universidad Externado de Colombia

El profesor Alberto Montaña Plata remitió a la Corte el concepto elaborado por el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, en el cual se solicita declarar exequibles los apartes demandados.

Indica que la liquidación bilateral de un contrato estatal es un negocio jurídico diferente del contrato, que tiene como propósito hacer un corte de cuentas entre las partes que lo celebraron e incorpora nuevas obligaciones, donde los intervinientes pueden registrar sus discrepancias o incluso abstenerse de suscribirlo.

En su concepto, los aspectos de una liquidación bilateral que no hayan sido objeto de discrepancia quedan definitivamente saldados entre las partes y no pueden cuestionarse en una instancia administrativa o judicial, *“a menos que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento que invalide el acuerdo celebrado”*. No obstante, aclara, por su naturaleza y características la liquidación *“en manera alguna puede ser entendida como un mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales”*.

Añade que, contrario a lo interpretado en la demanda, la norma en cuestión no interfiere en el ejercicio de las funciones de control fiscal asignadas a la Contraloría General de la República, quien siempre tendrá la facultad y el deber de iniciar las investigaciones que considere pertinentes cuando observe que dichos acuerdos configuran un detrimento patrimonial para el Estado.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante concepto 5402, radicado el 19 de julio de 2012, solicita a la Corte que se inhiba de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las expresiones demandadas.

Encuentra que el artículo 217 del Decreto 019 de 2012 se enmarca dentro del contexto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en el artículo 116 de la Constitución, al prever que las partes de un contrato estatal pueden poner fin a sus controversias por medio de acuerdos, conciliaciones o transacciones, dejando constancia de ello en el acta de liquidación.

Con todo, observa que si bien dichos actos *“tienen efecto vinculante entre las partes del contrato, que son las que los celebran, no puede asumirse que tengan efecto vinculante respecto de otras personas, como lo hace el actor”*. Por lo tanto, añade el Jefe del Ministerio Público, el ejercicio de las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República o de otros entes de control en nada se ve afectado por la existencia de dichos acuerdos al no ser oponibles frente a terceros.

En consecuencia, la Vista Fiscal encuentra que la demanda carece de certeza, ya que la proposición jurídica que se pretende censurar no es real sino que obedece a una lectura subjetiva e injustificada de la norma acusada, lo que impide a la Corte abordar un análisis de fondo de acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia constitucional.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia y legitimidad

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 241 de la Constitución, la Corte es competente para conocer el asunto de la referencia ya que se trata de una demanda interpuesta contra un decreto con fuerza de ley dictado por el Gobierno con fundamento en el artículo 150-10 de la Constitución, en este caso el Decreto Ley 019 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*, cuyo artículo 217 introdujo algunas modificaciones al artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

La Corte precisa que la demanda se entiende interpuesta por el accionante en su calidad de ciudadano y no como apoderado de la Contraloría General de la República, por cuanto la legitimidad para hacer uso de la acción pública de inconstitucionalidad está reservada a los ciudadanos en ejercicio de sus derechos políticos y no a las personas jurídicas o de derecho público[1].

2.- Norma objeto de control

Antes de continuar la Corte considera necesario aclarar lo siguiente:

- (i) Las expresiones cuya inconstitucionalidad se demanda fueron consagradas originalmente en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, *“por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*.
- (ii) La precitada norma fue luego modificada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que derogó un apartado del inciso primero pero no introdujo ningún cambio a las expresiones ahora cuestionadas.
- (iii) El artículo 60 de la Ley 80 de 1993 fue recientemente subrogado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que tampoco alteró el contenido y alcance de los apartes objeto de impugnación.

En esa medida, la Corte observa que, como bien lo señaló el actor en su demanda, en virtud del fenómeno de la subrogación es esta última la norma objeto de control (artículo 217 del Decreto ley 019 de 2012).

Para una mejor comprensión del asunto el siguiente cuadro ilustra las modificaciones introducidas al artículo 60 de la Ley 80 de 1993 (se subrayan las expresiones demandadas):

LEY 80 DE 1993	LEY 1150 DE 2007	DECRETO LEY 019 DE 2012
----------------	------------------	-------------------------

<p>ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.</p> <p>También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.</p> <p>En el acta de liquidación constarán <u>los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.</u></p> <p>Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.</p>	<p>“ARTÍCULO 60. DE SU OCURRENCIA Y CONTENIDO. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. [de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga]</p> <p>También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.</p> <p>En el acta de liquidación constarán <u>los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.</u></p> <p>Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.</p> <p>NOTA: El aparte tachado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.</p>	<p>ARTÍCULO 217. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:</p> <p>‘Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.</p> <p>También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.</p> <p>En el acta de liquidación constarán <u>los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.</u></p> <p>Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.</p> <p>La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión’.”</p>
---	--	---

3- Asunto procesal previo: aptitud de la demanda

Dado que algunos intervinientes y el Ministerio Público han solicitado un pronunciamiento inhibitorio, la Corte comenzará por examinar esta petición.

3.1.- Como es sabido, el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 consagra los requisitos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad; uno de ellos consiste en el señalamiento de las razones por las cuales se considera que la norma acusada infringe la Constitución[2]. En tal sentido la jurisprudencia ha explicado que a pesar de la naturaleza pública y de la informalidad que caracterizan a la acción de inconstitucionalidad, el demandante tiene la obligación de exponer coherentemente los cargos por los cuales estima violado el ordenamiento superior, lo que significa que las razones de inconstitucionalidad deben ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*[3].

3.2.- En el asunto que ahora es objeto de examen la Corte observa que la demanda fue inicialmente inadmitida, por lo que se concedió al ciudadano el término de tres (3) días para que procediera a corregirla. El actor presentó oportunamente el escrito de corrección en el que subsanó las deficiencias identificadas, ante lo cual el magistrado sustanciador decidió admitirla.

En la misma dirección, como se explica en seguida, la Sala considera que la demanda y el escrito de corrección, interpretados conjuntamente, cumplen con los requisitos mínimos para abordar un estudio de fondo. Orienta esta decisión el principio *pro actione*, según el cual “*el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte*”[4], en especial cuando se advierte del ciudadano el esfuerzo y diligencia para atender los requerimientos y subsanar las falencias advertidas.

3.3.- En síntesis, el actor considera que el hecho de que en el acta de liquidación de los contratos estatales se registren los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las discrepancias surgidas y declararse a paz y salvo, desconoce los artículos 119 y 267 de la Constitución. En su concepto, esta es una forma de restringir el control fiscal de gestión y resultado respecto de dichos actos, porque la liquidación y el paz y salvo serían oponibles por las partes en un eventual proceso de responsabilidad fiscal, en detrimento de las competencias constitucionales asignadas a la Contraloría General de la República.

La acusación es *clara*, en la medida en que es fácilmente comprensible el sentido de su reproche –la exclusión del control fiscal sobre determinados actos de la contratación estatal–, compartido por algunos de los intervinientes, quienes sin embargo proponen una lectura diferente del precepto impugnado. Es también *cierta*, por cuanto la norma efectivamente permite celebrar tales acuerdos, dejar constancia en la liquidación de los contratos y que con base en ellos se expida el paz y salvo correspondiente. Además, pese a que inicialmente se invocaron varias normas de la Constitución (artículos 1º, 2º, 13, 29, 119, 209, 267 y 268), la corrección se circunscribió luego a la presunta vulneración de los artículos 119 y 267 de la Carta Política en lo relativo al control fiscal, con lo cual se atendieron los requisitos de *especificidad y pertinencia*.

Por último, la brevedad y sencillez la demanda no desvirtúan su *suficiencia*, en tanto plantea una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, de manera que corresponde definir si las expresiones acusadas efectivamente permiten que la celebración de

acuerdos, transacciones o conciliaciones celebrados en el marco de un contrato estatal, y la correspondiente expedición del paz y salvo, eliminen el control fiscal.

En este orden de ideas la Corte concluye que, bajo el prisma del principio *pro actione*, están satisfechos los requisitos mínimos para abordar un análisis material del asunto, obviamente con independencia de que la acusación del actor esté o no llamada a tener éxito.

4.- Problema jurídico

En esta oportunidad debe la Corte determinar si la norma que autoriza que en el acta de liquidación de los contratos estatales consten los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las controversias y poder declararse a paz y salvo, desconoce o restringe las competencias en cuanto a la vigilancia de la gestión fiscal y de resultado atribuida a la Contraloría General de la República en los artículos 119 y 267 de la Constitución.

Para dar respuesta al anterior problema jurídico la Sala (i) se referirá al control fiscal y su carácter amplio en la Constitución Política; (ii) a continuación estudiará el control fiscal en el ámbito de la contratación pública; (iii) seguidamente precisará cuál es el alcance de dicho control de acuerdo con el principio de interpretación conforme; y con base en ello, (iv) procederá a examinar la constitucionalidad de la norma acusada.

5.- El control fiscal y su carácter amplio en la Constitución Política

5.1.- En la historia jurídica nacional siempre ha estado latente la preocupación por asegurar una adecuada gestión de los recursos públicos[5]. Es una tradición que se remonta a los tiempos de la Colonia, aún cuando por aquél entonces su sustrato no fue la defensa de los intereses de la sociedad sino más bien el resguardo de los bienes de la corona. En la vida republicana es memorable la *“Ley principal contra los empleados de la Hacienda”*, de 1819, que sancionaba con pena de muerte a quien se probare sumariamente el fraude o la malversación de los recursos públicos[6].

Durante casi un siglo Colombia optó por un modelo de control fiscal próximo a los lineamientos de la Europa continental, caracterizados por la veeduría de cuentas a través de instituciones especializadas, generalmente de naturaleza judicial. El Tribunal Mayor de Cuentas (1819), la Contaduría General de Hacienda (1821 y 1832), la Dirección General de Hacienda (1824), la Corte de Cuentas (1847 y 1898) y la Oficina General de Cuentas (1850), fueron algunas de las entidades más representativas durante este periodo[7].

Mediante la Ley 42 de 1923 el Congreso introdujo un profundo cambio en la materia generando un acercamiento al modelo anglosajón, basado en autoridades de auditoría *“cuyas funciones son más que todo contables y administrativas y centran su labor de control en el manejo presupuestal”*[8]. Acogió las recomendaciones trazadas por la conocida Misión Kemmerer –de origen norteamericano– y creó el Departamento Administrativo de Contraloría, como órgano encargado de verificar la legalidad de los actos de gasto público y luego, a partir de 1932, facultado también para llevar a cabo actos de control previo a la gestión administrativa en los procesos de contratación pública.

En 1945 se eleva a rango constitucional el control fiscal, que se consolida en la reforma de 1968 y robustece con la Ley 20 de 1975, *“por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones”*. Uno de los escenarios a los que se prestó mayor atención fue el concerniente al control previo y preceptivo en la contratación pública[9].

5.2.- A pesar de las virtudes que este mecanismo cautelar prometía para evitar detrimentos injustificados del tesoro, lo cierto es que su implementación resultó bastante compleja desde la óptica de la separación de funciones, al punto de convertirse en un instrumento de administración compartida que incluso mereció reproches ligados a prácticas de corrupción.

Fue por lo anterior que en los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo expresa la intención de evitar el control previo de la Contraloría y con ello una suerte de coadministración[10], de modo que en el nuevo diseño institucional previsto en la Carta Política de 1991 se acogieron las sugerencias formuladas. Así, el artículo 119 mantuvo la decisión de contar con un órgano autónomo e independiente a cargo de la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración, en los siguientes términos:

“Artículo 119.- La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”.

Sin embargo, el artículo 267 reconoció en el control fiscal una función pública que se ejerce de manera *“posterior y selectiva”*, separando claramente las labores administrativas de las de vigilancia fiscal, ante la *“necesidad de asegurar que los organismos de control actúen con plena objetividad, imparcialidad e independencia, porque no sería lógico que luego de haber intervenido en la ejecución de ciertas actividades, un organismo se convirtiera desapasionadamente en juez de sí mismo”*[11]. Para tal fin, la norma constitucional incluyó el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en los principios de eficiencia, equidad y valoración de los costos ambientales. Dijo al respecto:

“Artículo 267.- 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 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 equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas en cualquier entidad territorial”.

5.3.- El control fiscal es el mecanismo a través del cual el Estado vela por la adecuada gestión de las finanzas del Estado en sus diferentes niveles, con independencia de que el manejo de los recursos corresponda a las autoridades públicas o a los particulares. En los términos de la jurisprudencia, la vigilancia de la gestión fiscal tiene como propósito *“la protección del patrimonio público, la transparencia y moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado”*[12].

5.4.- La Corte se ha referido en numerosas oportunidades al alcance y características de dicha función en el ámbito de la Constitución Política, una de las cuales consiste en su naturaleza amplia[13]. En este sentido es importante anotar que el hecho de que el control a la gestión fiscal haya sido previsto como posterior y selectivo de ninguna forma implica que deje de ser integral, puesto que comprende tanto el control financiero, como el de legalidad, de gestión y de resultados[14].

El carácter amplio del control fiscal también ha sido reivindicado sobre la base de que procede respecto de entidades o personas que

administren bienes o fondos públicos, no sólo con ocasión del gasto sino en general durante todas las etapas relacionadas con la administración y manejo de recursos del erario[15]. Por ejemplo, en la Sentencia C-529 de 1993 la Corte declaró exequible la norma que prevé el control fiscal sobre el Banco de la República, aún cuando advirtió que está circunscrito a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga. En cuanto al carácter amplio del control, cuya premisa ha sido reiterada en numerosas oportunidades, esta corporación sostuvo:

“El ejercicio del control fiscal, calificado en la Constitución como una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas:

(c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico”. (Resaltado fuera de texto)

Siguiendo este criterio, en la Sentencia C-374 de 1995 se declaró inexecutable una norma que excluía a la Contraloría del control fiscal sobre los actos o contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación oficial, cuando hubieran contratado la vigilancia fiscal con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos (previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se tratara de aportes nacionales o de las entidades territoriales). La Corte recordó que esta es una atribución exclusiva de los organismos de control fiscal (Contraloría General de la República, contralorías territoriales y Auditoría General de la República) y en esa medida “no se puede confundir el ejercicio contractual de la vigilancia fiscal con la organización y el funcionamiento en las entidades públicas del sistema de control interno que están obligadas a diseñar y aplicar aquéllas, en los términos que señale la ley” [16].

De forma análoga, en la Sentencia C-167 de 1995 sostuvo que el control fiscal respecto de las cámaras de comercio se justifica por cuanto en ocasiones cumplen una gestión fiscal, de modo que “donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización el ente superior de control”.

Esta concepción amplia en torno al control fiscal fue también el argumento que sirvió de base para retirar del ordenamiento la norma que, para las empresas mixtas de servicios públicos, sólo permitía dicha vigilancia respecto de los actos y contratos relacionados con las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante (Sentencia C-1191 de 2000[17]). De acuerdo con el fallo, la medida restringía de manera desproporcionada el ejercicio de la función pública prevista en el artículo 267 superior, porque “contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles”. En concepto de la Sala Plena, de acogerse una hermenéutica distinta se propiciaría la desviación de los recursos para fines distintos a los constitucionalmente permitidos, “en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos”.

Más adelante, en la Sentencia C-290 de 2002, la Corte reiteró las reglas sobre la prohibición de limitar el control fiscal en las empresas de servicios públicos con participación pública, al tiempo que declaró que para ejercer su función “las contralorías tienen amplias facultades para examinar la documentación referente a los aportes, actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o socio o respecto de los bienes de propiedad estatal”. En cuanto al carácter amplio de esa función razonó en los siguientes términos:

“Para ejercer el control fiscal en las empresas de servicios públicos con carácter mixto y privado, la restricción que pueda en principio imponer el legislador no puede llegar hasta el punto de canalizar dicho control sólo en relación con la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, pues el organismo de control fiscal correspondiente requiere para ejercer sus funciones en la forma dispuesta por la Constitución y la ley de una actuación amplia, de manera tal que se le debe permitir tener acceso a la información pertinente, necesaria y sin limitación alguna, sobre toda la documentación que soporte dichos actos y contratos.

(...)

Conviene anotar, que cuando el artículo 267 Superior dispone que el control fiscal se extiende a los particulares o entidades que manejan bienes o fondos de la Nación, debe concluirse que tratándose de las empresas de servicios públicos dicho control recae sobre ellas pero en relación con los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, control fiscal que se justifica por haber recibido estas empresas fondos o bienes de la Nación sin interesar su cuantía”. (Resaltado fuera de texto).

De igual manera, mediante Sentencia C-1176 de 2004 la Corte respaldó la norma que incluye como sujetos del control fiscal a los organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía[18]. En palabras de este tribunal, una interpretación armónica de la Carta conduce a afirmar que dichas autoridades también son objeto de control fiscal, incluso la propia Contraloría, cuya vigilancia compete a la Auditoría General de la República:

“Obsérvese, que fue justamente en atención al querer del constituyente, que se consagró en la Constitución de 1991, que la Contraloría General también estará sujeta a la vigilancia de su gestión fiscal, a fin de que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., quedara sin control fiscal, so pena de contrariarse los postulados del nuevo Estado Social de Derecho. Es por ello que, como ya se indicó, aún respecto del máximo órgano de control fiscal, según lo dispone el artículo 274 Superior, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se encuentra a cargo de un Auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia.

(...)

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 267 Superior, en armonía con lo previsto en el artículo 95 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, que encargó a la Contraloría General de la República de la vigilancia fiscal de la ejecución del presupuesto sobre todos los sujetos presupuestales; y, atendiendo al principio de unidad de la Constitución que obliga a interpretar armónicamente los distintos preceptos y principios de la Carta, debe concluirse que la norma acusada se ajusta a la Constitución”. (Resaltado fuera de texto)

Haciendo una lectura integral de la Constitución, en la Sentencia C-529 de 2006 la Corte también declaró que las sociedades de economía mixta son entidades sujetas de control fiscal por ser esta una función de “de amplio espectro”[19]. Explicó que “un entendimiento contrario, como el defendido por el demandante, crearía un campo de exclusión de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos, inadmisibles en el actual Estado constitucional”.

Por último, recientemente, en la Sentencia C-541 de 2011, la Corte declaró exequibles varias expresiones del artículo 37 de la Ley 42 de 1993, que facultan a la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal de las regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los departamentos y municipios productores, así como a los municipios por donde se transportan. En cuanto a las características del control fiscal la Corte puntualizó:

“Ahora bien, respecto de las características específicas del control fiscal, de conformidad con lo establecido por el artículo 267 Superior, la Sala encuentra que el control fiscal (i) constituye una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República, (ii) se ejerce en forma posterior y selectiva; (iii) sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos por el Legislador; (iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia; (v) se ejerce en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios; (vi) cubre todos los sectores y etapas y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico; y (vii) debe estar orientado por los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales.^{[20]”}

5.5.- En síntesis, los fundamentos constitucionales del control fiscal, sumados a los precedentes decantados en la jurisprudencia de esta Corporación, permiten afirmar que el reconocimiento amplio e integral de la vigilancia fiscal se proyecta en varias dimensiones: (i) incluye el control financiero, de gestión y de resultados; (ii) se ejerce en los diferentes niveles de la administración pública; (iii) opera no sólo respecto de las autoridades sino también de los particulares involucrados en el desarrollo de una gestión fiscal; (iv) y comprende todos los sectores, etapas y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales.

6.- El control fiscal en el ámbito de la contratación pública y su alcance a la luz del principio de interpretación conforme con la Constitución

6.1.- La contratación estatal es uno de los ámbitos donde en mayor medida se involucra la gestión de recursos públicos, tanto por parte de las autoridades como de los particulares que intervienen en sus diferentes etapas. Desafortunadamente la experiencia también ha demostrado que representa uno de los escenarios en los cuales con frecuencia se registran graves anomalías en el manejo de esos fondos con el consecuente detrimento patrimonial del Estado. Es por ello por lo que el Congreso de la República ha procurado implementar herramientas que permitan no sólo reprimir penal y disciplinariamente los actos de desidia y corrupción, sino también resarcir los daños causados al erario derivados del incumplimiento de los deberes funcionales asignados.

6.2.- Una de las formas como se cumple dicho cometido es a través de los procesos de responsabilidad fiscal, encaminados a determinar si la actividad desplegada por un servidor público o por un particular conllevó un daño al patrimonio del Estado como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa del agente en la administración de los recursos. En tal sentido el artículo 268 de la Constitución señala:

“Artículo 268.- El Contralor General de la República tendrá las siguientes funciones:

(...)

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”.

En desarrollo de esa función, el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, definió el proceso de responsabilidad como “el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”^[21]. A su turno, el artículo 4º señala que el objetivo central de los procesos de responsabilidad fiscal es “el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o [gravemente^[22]] culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”.

Con todo, es importante precisar que este tipo de responsabilidad opera siempre y cuando la autoridad o el particular actúen en el marco de una “gestión fiscal”, puesto que no siempre están jurídicamente habilitados para administrar y manejar dineros públicos y en tal medida no pueden ser catalogados como gestores fiscales^[23]. Todo ello dentro de un proceso administrativo con las garantías que son inherentes a los actos de tal naturaleza^[24].

6.3.- En el ámbito específico de la actividad contractual con el Estado, la Ley 80 de 1993, junto con las sucesivas reformas introducidas, han contemplado diferentes tipos de responsabilidad. Es así como consagra expresamente el principio general de responsabilidad de los servidores públicos y de los contratistas (artículo 26); la responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria de los consultores, asesores externos e interventores (artículo 53); la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal (artículo 56); entre otros. Asimismo, el Título VII del referido estatuto se refiere al “control de la gestión contractual”, para lo cual da cuenta del control disciplinario de la Procuraduría General de la Nación (artículos 62 y 63); reafirma las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación (artículo 64); encomienda el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad (artículo 65); reconoce la intervención de las autoridades de control fiscal (artículo 65); consagra la participación ciudadanas en los procesos contractuales (artículo 66); y reitera el deber de colaboración de los cuerpos consultivos del Gobierno (artículo 67).

6.4.- La Ley 80 de 1993 se ocupa en particular de reconocer la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado en el ámbito de la contratación pública. El artículo 65 fija las reglas básicas del control fiscal en el ámbito de la contratación pública en los siguientes términos:

“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^[25], 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.

El control previo administrativo de los contratos le 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”.

6.5.- Es importante tener en cuenta que la responsabilidad derivada de los procesos de contratación estatal es predicable tanto de las autoridades públicas como de los particulares, por cuanto unos y otros bien pueden actuar como gestores fiscales.

Recuérdese, por ejemplo, que el artículo 61 de la Ley 610 de 2000 reconoce expresamente que los contratistas pueden ser declarados responsables fiscales, lo cual se explica porque a pesar de su condición de particulares pueden cumplir una “*gestión fiscal*” derivada del manejo y administración de recursos públicos[26]. Norma declarada exequible en la Sentencia C-648 de 2002, en cuya oportunidad la Corte recordó que “*el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales*”. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado^[27].

Además, aunque inicialmente el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 no contempló como sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal a los consultores, asesores externos e interventores, a partir de la reforma introducida por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, se les extendió de manera expresa dicha responsabilidad[28].

6.6.- Como ya se dijo, la Carta de 1991 eliminó el control previo y preceptivo a cargo de la Contraloría -por demás muy acentuado hasta entonces en el ámbito de la contratación pública[29]-, para dar paso a un esquema básico de revisión posterior y selectivo centrado en el control financiero, de gestión y de resultados (CP., arts. 119 y 267).

Coherente con ese modelo, el artículo 65 del estatuto de contratación asignó el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad, mientras que la intervención de los organismos autónomos a cargo de velar por la gestión fiscal se ejerce con posterioridad -sin perjuicio del control de advertencia que es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades[30].

Desde esta perspectiva, la Corte ha insistido en que los organismos de control fiscal no están facultados para intervenir en los procesos de contratación estatal ni tomar parte en las decisiones administrativas de cada entidad. Por ello esta corporación ha rechazado los mecanismos que suponen una intromisión ilegítima en la contratación estatal cuando implican el ejercicio de una función que el Constituyente sustrajo de los organismos de control fiscal.

Sólo a manera ilustrativa, en la Sentencia C-529 de 1993 declaró inexecutable el artículo 108 de la Ley 42 de 1993, por cuanto permitía la intervención en la audiencia pública de adjudicación de un contrato estatal. Dijo al respecto:

“La adjudicación de una licitación en audiencia pública es un requisito que normalmente compete a la ley establecer en el estatuto general de contratación de la administración pública (CP art. 150). Si bien la adición de supuestos en los que se contemple, en aras de la transparencia del proceso de contratación pública, la necesidad de que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública, corresponde a la ley, fuera de la situación a la que se refiere la Constitución, no es posible que ella le conceda al Contralor General de la República la facultad discrecional de ordenarla. En efecto, el control fiscal se ejerce en forma posterior y el órgano llamado a ejercerlo “no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización” (CP art. 267). La norma acusada vulnera la Constitución pues instituye una modalidad de control previo y, adicionalmente, confiere al organismo fiscal una función de naturaleza administrativa”. (Resaltado fuera de texto)

Por el contrario, la Corte ha avalado las normas cuando no distorsionan la estructura básica del modelo fijado por el Constituyente. Así, en la Sentencia C-113 de 1999 declaró exequible el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que en virtud del principio de economía excluyó a los organismos de control de la intervención directa en los procesos contractuales. En lo concerniente a las funciones de la Contraloría esta corporación precisó:

“Estima la Corte que la expresión acusada, mediante la cual se prohíbe a los órganos de control y vigilancia intervenir en los procesos de contratación, no es inconstitucional, si tal disposición se aprecia en concordancia con el principio establecido en el artículo 113 de la Carta. Este, sin perjuicio de la armónica colaboración entre las ramas y órganos del Poder Público, sigue preservando la independencia entre ellos, con el propósito de impedir que, en desarrollo de su acción, se interfieran mutuamente.

En efecto, para el asunto del que se trata, la Administración Pública, con el fin de cumplir los cometidos estatales que le han sido encomendados, está llamada a celebrar contratos, indispensables para el logro efectivo de objetivos concretos, ante la imposibilidad real de atender de modo directo todos los frentes de actividad. En tal virtud, las autoridades deben gozar de autonomía -dentro de los límites normativos que rigen la materia- para obrar a ese respecto, de acuerdo con las mejores conveniencias del servicio público y las necesidades específicas que mediante tales actos jurídicos buscan colmar, dentro de sus respectivas esferas funcionales.

(...)

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”. (Resaltado fuera de texto)

Igualmente, en la Sentencia C-716 de 2002 la Corte declaró exequible la Ley 598 de 2000, “*por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*”. Consideró que las atribuciones previstas en dicha ley no implicaban la creación de un sistema de control fiscal previo en la contratación pública y por tanto sus disposiciones se adecuaban a los parámetros del estatuto superior.

6.7.- Ahora bien, durante los procesos de contratación pública existen varios momentos en los cuales los organismos autónomos de control fiscal pueden intervenir para asegurar el cumplimiento de su misión constitucional: (i) cuando han concluido los trámites administrativos de legalización de los contratos, (ii) cuando se ejerce el control posterior de las cuentas y pagos realizados; y (iii) cuando se han liquidado o terminado dichos actos. Este tópico fue abordado en la Sentencia C-623 de 1999, precisamente al analizar el alcance del artículo 65 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“Pues bien: el control fiscal sobre la actividad contractual de la administración pública, según la disposición acusada, tiene lugar en dos momentos distintos: 1. una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y 2. una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Siendo así, es claro que el ejercicio del control fiscal sobre los contratos estatales, comienza desde el mismo momento en que la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización de los mismos, es decir, cuando aquéllos han quedado perfeccionados, pues es a partir de allí cuando tales actos nacen a la vida jurídica y, por tanto, es viable el control posterior, como lo ordena la Constitución. Si se permitiera la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, podría incurrirse en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración. Las Contralorías, como ya lo ha expresado la Corte, no pueden ‘participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones’ (C-113/99), y mucho menos, ‘interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora que la Constitución no ha previsto’ (C-113/99)”. (Resaltado fuera de texto)

En la misma providencia la Corte reconoció que el control fiscal sobre los contratos liquidados o terminados es compatible con el texto constitucional, en especial a partir del control de resultado y de los principios de economía y eficiencia:

“Que el control fiscal se pueda ejercer también sobre los contratos liquidados o terminados no viola el Ordenamiento Superior pues, como ya se ha explicado, la función fiscalizadora que el constituyente le ha atribuido a las Contralorías no es sólo la de vigilar la gestión fiscal de las entidades públicas y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, en forma posterior y selectiva, esto es, cuando los procesos u operaciones respectivos se han ejecutado, sino también evaluar los resultados obtenidos con el gasto o la inversión, como claramente se señala en los artículos 267 y 272, para lo cual deberán aplicarse los procedimientos, métodos y principios que establece la ley (42/93).

El control fiscal sobre los contratos liquidados o terminados tiene trascendental importancia ya que permite analizar aspectos como éstos: determinar y calificar el grado de economía y eficiencia con que la administración ha obrado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la calidad de las obras, bienes y servicios objeto del contrato, el control de las cuentas y la evaluación de los resultados obtenidos con la inversión, todo ello en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 267 y 272 de la Carta. De acuerdo con los resultados de este examen, y en caso de existir fundamento para hacerlo, las autoridades fiscales deberán iniciar las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

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 terminación.

(...)

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.)”. (Resaltado fuera de texto)

Fueron estos argumentos los que condujeron a declarar exequible la expresión “una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso”, por considerar que dicha norma no solo no desconocía las reglas constitucionales en la materia, sino que por el contrario armonizaba plenamente con la naturaleza posterior del control fiscal y de resultados[31].

7.- El control fiscal y su alcance según el principio de interpretación conforme con la Constitución

7.1.- La lectura amplia que esta corporación ha venido efectuando en torno al control fiscal en general, y en la contratación pública en particular, se explica conceptualmente en virtud del principio de interpretación conforme con la Constitución, según el cual “antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la Constitución”[32].

Este postulado, que emana del principio de supremacía normativa de la Constitución, ha sido recogido por diversos tribunales, en el caso colombiano bajo la idea de que “el intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística”[33]. En otras palabras, ha dicho la Corte, “la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política”[34].

7.2.- Desde esta óptica, es necesario hacer una lectura armónica de la Constitución, y especialmente de los artículos 119 y 267, con el propósito de fortalecer la capacidad institucional de las autoridades a las cuales se ha encomendado esa función, procurando que su actividad no implique una interferencia indebida en las competencias de las autoridades para la administración y manejo de los fondos oficiales, pero velando siempre porque el control fiscal se cumpla de manera integral.

La naturaleza amplia de esta función significa que no es de recibo una hermenéutica de las normas legales encaminada a restringir o excluir el control fiscal cuando están comprometidos recursos públicos, en concreto en los procesos de contratación estatal. Por el contrario, a la luz del principio de interpretación conforme, debe entenderse que el control fiscal comienza desde el momento mismo en que una entidad o un particular disponen de fondos oficiales; incluye el proceso de manejo e inversión; y se proyecta también en la evaluación de los resultados obtenidos con la utilización de esos recursos de acuerdo con el grado de realización de los objetivos trazados, es decir, con posterioridad a la finalización y liquidación de los contratos estatales.

8.- Constitucionalidad de las expresiones acusadas

8.1.- El artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que subrogó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, dispone lo siguiente (se subrayan las expresiones acusadas):

ARTÍCULO 217. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así:

'Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión'."

8.2.- Según el demandante, las expresiones impugnadas desconocen los artículos 119 y 267 de la Constitución. Considera que el hecho de que en el acta de liquidación de los contratos estatales se registren los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las discrepancias surgidas y declararse a paz y salvo, limita el control fiscal de gestión y resultado porque la liquidación y el paz y salvo serían oponibles en un eventual proceso de responsabilidad fiscal.

8.3.- La liquidación de los contratos estatales (de mutuo acuerdo o unilateral^[35]) es el acto jurídico a través del cual las partes (administración y contratista) hacen un ajuste de cuentas con ocasión de las obligaciones derivadas del negocio celebrado y de las condiciones de su ejecución y cumplimiento por cada una de ellas.

El Consejo de Estado ha explicado que la liquidación se enmarca dentro de la etapa final del contrato, "en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para establecer el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación comercial"^[36].

La jurisprudencia contencioso administrativa también ha señalado que en el acta de liquidación se deja constancia "de lo que a la terminación del contrato la entidad quedó debiendo al contratista o lo que este quedó debiendo a aquella, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato y las actualizaciones a que pudo tener derecho, o los sobrecostos en que incurrió en razón de la prórroga del plazo del contrato, extremos que generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que por ende deben ser resueltos en el acta de liquidación"^[37].

8.4.- Considera la Corte que el hecho de que la norma acusada exija que en el acta de liquidación de los contratos estatales se registren los acuerdos logrados por las partes para superar las divergencias presentadas y declararse mutuamente a paz y salvo -por supuesto cuando ello hubiere sido posible- tiene alcance restringido a la esfera de las obligaciones surgidas entre las partes con motivo de la suscripción y ejecución del contrato. Precisamente por ello la jurisprudencia ha advertido que "la liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico; por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento"^[38]. En otras palabras, ni los acuerdos alcanzados, ni las declaraciones mutuas de paz y salvo, tienen un impacto más allá del que surge directamente del vínculo comercial.

8.5.- En esa medida, para la Corte es claro que la liquidación de los contratos estatales y las constancias que en ellos se dejen respecto de los acuerdos celebrados para declararse a paz y salvo, de ninguna manera pueden ser oponibles para excluir la intervención de los organismos de control, tanto en ejercicios de auditoría como en el marco de eventuales procesos de responsabilidad fiscal, por lo que las expresiones acusadas no vulneran los artículos 119 y 267 de la Constitución.

8.6.- De un lado, una interpretación estrictamente literal de la norma parcialmente acusada muestra que la misma está circunscrita a la órbita de la liquidación de los contratos estatales, pero nada regula en lo concerniente a la responsabilidad fiscal que de ellos podría derivarse. Por lo tanto, no es de válido afirmar que los acuerdos logrados o los comprobantes allí otorgados sirvan de base para exceptuar ejercicios posteriores a cargo de las diferentes autoridades de control fiscal.

8.7.- De otro, en virtud del principio de interpretación conforme con la Constitución, debe hacerse una lectura de las normas legales, y en este caso concreto del artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que no esté orientada a excluir el control fiscal cuando se hallen comprometidos recursos públicos, sino que por el contrario lo estimule en las diferentes etapas de la contratación estatal. Recuérdese que, en los términos de la jurisprudencia constitucional "contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos."^[39]

8.8.- Como anteriormente fue explicado, de las normas constitucionales relacionadas con la vigilancia de la gestión fiscal y de los precedentes jurisprudenciales decantados sobre el particular, se deriva la necesidad de una hermenéutica amplia orientada al fortalecimiento del control fiscal en sus diversas manifestaciones: (i) en el control financiero, de gestión y de resultados; (ii) en los diferentes niveles de la administración pública; (iii) no sólo respecto de las autoridades, sino incluso de los particulares involucrados en el desarrollo de una gestión fiscal; (iv) y en todos los sectores, etapas y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales.

Por lo anterior, siendo la fase de liquidación uno de los momentos claves en los que las autoridades culminan su actividad administrativa y de gestión, se activa la competencia de los organismos de control fiscal para ejercer la veeduría respecto del manejo de recursos públicos. Ello es coherente con la naturaleza "posterior y selectiva" de dicha función, así como con el propósito del Constituyente de evitar una suerte de co-administración en la gestión de los recursos del erario, por supuesto sin perjuicio de otro tipo de controles que puedan desplegarse en otros momentos de la actividad contractual -incluido el control de advertencia-. Es también compatible con el carácter "integral", que comprende la evaluación de los resultados obtenidos con el manejo e inversión de los recursos oficiales^[40].

Desde esta perspectiva, en una interpretación literal y a la luz del principio de interpretación conforme, la Corte observa que las expresiones acusadas del artículo 217 del Decreto 019 de 2012 no contravienen el ordenamiento superior, en la medida en que el registro en el acta de liquidación de un contrato estatal sobre los acuerdos, conciliaciones y transacciones alcanzados por las partes para superar las

discrepancias surgidas y declararse a paz y salvo, no impide, restringe o limita las competencias para ejercer la veeduría fiscal, puesto que dichos actos no pueden ser oponibles en el marco de esa función pública.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad de la norma parcialmente demandada, limitando su alcance a los cargos analizados en la presente sentencia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES, por el cargo analizado en esta sentencia, las expresiones “*los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a*” y “*poder declararse a paz y salvo*”, del artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

[1] *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2012. En sentido similar pueden consultarse las Sentencias C-275 de 1996, C-599 de 1996, C-366 de 2000, C-841 de 2000, C-1647 de 2000, C-809 de 2002 y C-355 de 2006, entre otras.

[2] “Artículo 2. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1.- El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2.- El señalamiento de las normas constitucionales que se consideran infringidas; 3.- Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4.- Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5.- La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”.

[3] *Cfr.*, Sentencias C-236 de 1997, C-447 y C-542 de 1997, C-519 de 1998, C-986 de 1999, C-013 de 2000, C-1052, C-1256 de 2001, C-1294 de 2001, C-918 de 2002, C-389 de 2002, C-1200 de 2003, C-229 de 2003, C-048 de 2004, C-569 de 2004, C-1236 de 2005, C-1260 de 2005, C-180 de 2006, C-721 de 2006, C-402 de 200, C-666 de 2007, C-922 de 2007, C-292 de 2008, C-1087 de 2008, C-372 de 2009, C-025 de 2010, C-102 de 2010, C-028 de 2011, C-029 de 2011 y C-101 de 2011, entre muchas otras.

[4] Corte Constitucional, Sentencia C-508 de 2008. Ver también las Sentencias C-451 de 2005, C-480 de 2003 y C-1052 de 2001, entre otras.

[5] Una presentación general del marco histórico del control fiscal en Colombia puede consultarse en la Sentencia C-716 de 2002.

[6] El artículo 1º de esa ley, dictada el 23 de octubre de 1819, dispuso: “*El empleado de la Hacienda Nacional a quien se le justificare sumariamente fraude o malversación de los intereses públicos o resultare alcanzado, se le aplicará irremisiblemente la pena de muerte, sin necesidad de formar más proceso que los informes de los tribunales*”. Gómez Latorre, Armando. “*Antecedentes Históricos de la Contraloría*”. En: “*Economía Colombiana*”, Revista de la Contraloría General de la República, (CGR) Bogotá, N° 150, 1983, p.52. Citado por Uriel Alberto Amaya Olaya, “*Fundamentos constitucionales del Control Fiscal*”. Bogotá, Ediciones Umbral, 1996, p.26.

[7] *Cfr.*, Uriel Alberto Amaya Olaya, “*Fundamentos constitucionales del Control Fiscal*”. Bogotá, Ediciones Umbral, 1996, p.23-37.

[8] Carlos Ariel Sánchez Torres, et al., “*Responsabilidad fiscal y control del gasto público*”. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 2004, p.58.

[9] El Decreto 925 de 1976 desarrolló los procedimientos generales de control fiscal establecidos en la Ley 20 de 1975. En sus artículos 2º y 3º dispuso:

“ARTÍCULO 2º.- El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos.

“ARTÍCULO 3º.- El control preceptivo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su control, consiste en la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros”. *Cfr.*, Sentencia C-716 de 2002.

[10] Al respecto, en la Sentencia C-623 de 1999 la Corte sostuvo: “Incluso se llegó a afirmar que dicho control se había convertido en una forma de coadministración y, por ende, en foco de corrupción: ‘El sistema de control previo actualmente existente ha demostrado ser absolutamente ineficaz a la hora de preservar el patrimonio público y, por el contrario, se ha convertido en un nocivo sistema de co-

administración al que puede atribuirse gran parte de responsabilidad en la extendida corrupción que hoy azota al Estado colombiano'. Gacetas Constitucionales Nos. 27, 53, 77 y 109". En el mismo sentido puede verse la sentencia C-189 de 1998.

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2001.

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-623 de 1999.

[13] Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-132 de 1993, C-534 de 1999, C-167 de 1995, C-374 de 1995, C-189 de 1998, C-499 de 1998, C-623 de 1999, C-127 de 2002, C-648 de 2002, C-655 de 2002, C-716 de 2002, C-1176 de 2004, C-529 de 2006, C-557 de 2009, C-544 de 2011, C-599 de 2011

[14] La Ley 42 de 1993, "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", define estos controles en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 10.- El control financiero 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".

"ARTÍCULO 11. El control de legalidad 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".

"ARTÍCULO 12. El 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 éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad".

"ARTÍCULO 13. 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".

[15] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-374 de 1995, C-529 de 1993, C-374 de 1995, C-623 de 1999, C-1191 de 2000, C-1176 de 2004, C-529 de 2006, C-557 de 2009, entre otras.

[16] Declaró inexecutable la expresión "*mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente*", del numeral 27.4 del artículo 27 de la ley 142 de 1994.

[17] En aquella oportunidad la Corte declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000.

[18] La Corte declaró executable el numeral 8° del artículo 4° del Decreto Ley 267 de 2000, según el cual son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República: "*los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía*".

[19] Sostuvo al respecto: "En cuanto al primer aspecto, es evidente que la perspectiva constitucional del control fiscal, en virtud de su carácter ampliado, comprende la vigilancia no sólo del manejo, en sentido estricto, de los recursos del Estado, sino que involucra todas aquellas actividades sobre las que se proyecta el control financiero, de gestión y de resultados. Como se anotó anteriormente, las etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación hacen parte del ámbito legítimo de ejercicio del control fiscal. Por ende, la disposición de dineros públicos para la conformación de las sociedades de economía mixta, en tanto acto de inversión de recursos en un determinado tipo societario, es un motivo que otorga soporte suficiente al ejercicio del control mencionado".

[20] Ver Sentencias C-374 de 1995, C-1176 de 2004 y C-382 de 2008, entre otras.

[21] En la Sentencia C-840 de 2001 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la expresión "o con ocasión de ésta". Advirtió que para atribuir responsabilidad fiscal derivada del ejercicio de una gestión fiscal debe tratarse de actos con una "*relación de conexidad próxima y necesaria para el desarrollo de la gestión fiscal*". De igual forma, aclaró que aún cuando un acto puede conducir al detrimento al patrimonio del Estado, no siempre es consecuencia de una gestión fiscal y por tanto daría lugar a otro tipo de responsabilidad.

[22] En la sentencia C-619 de 2002 la Corte declaró que la culpa leve no genera responsabilidad fiscal.

[23] Ver también la Sentencia C-382 de 2008.

[24] Corte Constitucional, Sentencia SU-620 de 1996.

[25] Como más adelante se detalla, la expresión "*una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso*", fue declarada executable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-623 de 1999.

[26] "ARTÍCULO 61. CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL. 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".

[27] Entre muchas otras, pueden verse las sentencias del 27 de marzo de 2003, expediente 7208 (acumulado) y del 17 de julio de 2008, expediente 0031-01 de la Sección Primera del Consejo de Estado, la sentencia del 29 de agosto de 1996, expediente AC-3860 de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Concepto 732 del 3 de octubre de 1995 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esa misma Corporación.

[28] "ARTÍCULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES. <Modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011>.- Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría. // Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría". (Resaltado fuera de texto)

[29] Por ejemplo, durante la vigencia de la Ley 20 de 1975 (estatuto orgánico de la Contraloría), el artículo 9º facultaba al contralor para no autorizar pagos de contratos ("Artículo 9º. El Contralor no autorizará pagos por contratos administrativos, si no se le allega copia auténtica del Diario Oficial o de un periódico de amplia circulación donde se vaya a ejecutar el contrato, en que aparezca publicado el extracto que para cada caso vise el Auditor o Revisor Fiscal correspondiente..."); el artículo 20 contemplaba controles previos en empresas industriales y comerciales del Estado ("Artículo 20. A solicitud de la Junta Directiva de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el Contralor

establecerá controles previos en las dependencias o unidades administrativas de tales organismos. Así mismo establecerá controles previos, permanentes o temporales, cuando en el examen posterior de cuentas o en visitas que practique la Contraloría aparezcan frecuentes o repetidas irregularidades"); el artículo 38 exigía la refrendación de ciertos contratos (Artículo 38. Para efectos de contabilización de la deuda pública se considerarán como constitutivos de ella, cuando no estén amparados por certificado de reserva presupuestal, los contratos que obliguen al Estado a realizar pagos en futuras vigencias presupuestales, como los de suministro de bienes, prestación de servicio, construcción de obras públicas y cuya financiación por proveedores y contratistas haya sido autorizada por leyes especiales. Los documentos en que consten los contratos requerirán la refrendación de la Contraloría General y se contabilizarán como deuda pública una vez refrendados"). Por su parte, el Decreto Reglamentario 925 de 1976 establecía similares controles.

[30] El Decreto Ley 267 de 2000, "por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones", dispone en su artículo 5º lo siguiente: "Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República: (...) 7.- Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados". Cfr., Iván Darío Gómez Lee, "El derecho de la contratación pública en Colombia". Bogotá, Legis, 2012, p.197-284.

[31] La competencia para ejercer esta clase de vigilancia en la contratación pública fue reiterada, entre otras, en la Sentencia C-648 de 2002.

[32] Eduardo García de Enterría, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Madrid, Editorial Civitas, 1991, p.96.

[33] Corte Constitucional, Sentencia C-011 de 1994.

[34] Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001. Ver también las Sentencias C-426 de 2002 y T-468 de 2003, entre otras.

[35] La liquidación unilateral de los contratos estatales fue regulada inicialmente en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993. No obstante, la norma fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y su regulación prevista en el artículo 11 esta última ley, en los siguientes términos: "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".

[36] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 15935.

[37] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 1996, expediente 9818.

[38] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de abril de 1997, expediente 10.608.

[39] Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000.

[40] Corte Constitucional, Sentencia C-623 de 1999. Ver también la Sentencia C-648 de 2002.

Fecha y hora de creación: 2019-10-17 00:43:43