

Conclusiones sobre el presente y futuro del control económico-financiero de los recursos públicos

Raúl Letelier Wartenberg

*Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile y
presidente del Consejo de Defensa del Estado*

Cuando se analizan las perspectivas de futuro que diversos países tienen sobre el control de la gestión del patrimonio público, ese análisis se estructura tanto en una suerte de valoración o crítica del estado actual de este control como en una revisión de las perspectivas con que cada país observa su propia capacidad de dar pasos adelante en la superación de esas críticas.

En este escenario todos los países manifiestan una clara valoración positiva de los diversos tipos de controles, internos o externos, que sus ordenamientos jurídicos poseen para vigilar la legalidad de la actuación administrativa de gestión del patrimonio público o de la corrección contable de esta.

No obstante, en el despliegue de ese control es bastante usual encontrar críticas más o menos compartidas a esos controles. Dos son las principales reflexiones críticas y dos, a su vez, las principales miradas o tendencias de superación futura de esas objeciones.

El indeterminado parámetro de control. La primera de las reflexiones críticas surge a propósito del tipo de parámetro que los órganos de control utilizan para realizar su evaluación. Los países observan con cierta cautela los riesgos de sustitución de la decisión controlada por parte de la entidad controladora. Todos ellos detectan inconvenientes de este tipo control con la estructura original de distribución de competencias técnicas entre órganos administrativos. Asignada una competencia técnica a un servicio público deben observarse con mucho cuidado las capacidades de los órganos de

control con el objeto de identificar las variables que, de acuerdo a la *expertise* de ese órgano, puede óptimamente controlar.

Este análisis se presenta en una época de la comprensión del derecho donde el análisis de juridicidad se hace con criterios técnicos como la eficiencia, la eficacia, la economía, la oportunidad o la proporcionalidad. Estos elementos, que antes formaban parte de análisis puramente técnicos, hoy se han juridificado y entran con facilidad en la revisión de entes que antes solo controlaban aspectos puramente normativos.

Esta inflación del control jurídico ha generado una tendencia ya general a la juridificación de aspectos débilmente reglados, pero que se someten al rasero de principios jurídicos indeterminados. Ello genera una presión en los órganos de control de tener que revisar toda denuncia, infracción o auditoría que se exhiba como aplicadora de uno de aquellos principios. Y genera también una suerte de empoderamiento a todo aquel que exija el cumplimiento de ese tipo de control.

La preocupación por la intervención en espacios de discrecionalidad administrativa se observó rápidamente en Perú con la creación de una cláusula legal de protección de la discrecionalidad administrativa en el texto original de la Cuarta DCF de la Ley N.º 29622. Dicha prevención surgió precisamente debido a los excesos cometidos en acciones de control por parte del principal órgano de control del gasto público, a saber, la Contraloría General de la República, además de otros órganos de auditoría interna. Ello mostró la preocupación peruana por proteger correctamente la separación de poderes. La misma protección se observa en Brasil cuando se protege la valoración subjetiva de la Administración, o mérito administrativo, de conformidad con el artículo 5.º, incisos XXXV y LXXIII, de la Constitución.

No obstante, diversas circunstancias han ido afectando esa idea de separación. Además de la ya indicada juridificación de conceptos económicos debe considerarse una continua imposición a los servicios públicos de deberes indeterminados de “lucha contra la corrupción”, lo que da apertura al control a cualquier actividad que pueda ser catalogada como tal, con toda la amplitud que dicho concepto trae consigo.

A los referidos riesgos, se suma que el desconocimiento técnico de los órganos de control (principalmente tribunales de cuentas) se profundiza al estar constituidos dichos órganos como simples ejecutores de un control jurídico, sus integrantes suelen estar protegidos con garantías de autonomía e independencia, lo que hace mucho más problemático el control no propiamente jurídico que realizan. De esta forma, la intromisión en aspectos de

pura decisión administrativa recibe la protección de una actividad similar a la de la jurisdicción.

Tanto es así que es habitual la crítica a que órganos jurisdiccionales controlan, en el marco de su *expertise* legal, el fondo de la acción, y, no en cambio, solo su regularidad normativa. Es lo que sucede con el Tribunal de Cuentas de Portugal, por ejemplo. O lo que se refiere en el caso argentino, con la siempre oscura diferenciación entre elementos discrecionales o reglados de la decisión administrativa.

La mirada de futuro en este escenario sigue en todos los países la línea de tratar —sin un éxito asegurado— de diferenciar de mejor manera los controles jurídicos de los propiamente de mérito.

En este punto cabe referir la interesante, aunque algo indeterminada, distinción francesa entre “control de gestión”, por un lado, y “control jurisdiccional”, por otro. Lo interesante de esta distinción es que, más que apuntar a una distinción de contenido categorial, apunta a un distinto efecto en el ejercicio de ellas. Mientras en el control de gestión el órgano de control (la Corte de Cuentas) puede realizar recomendaciones, en el jurisdiccional puede imponer sanciones, mas no anular los actos administrativos que controla. Esto da cuenta de un diseño propiamente funcional que no descansa en una categoría esencial, sino que es la disciplina de los efectos de aquellos lo que les otorga la denominación a las competencias del ente contralor. En el mismo sentido, algunos sistemas, aunque insisten en una suerte de deferencia técnica practicada por los órganos de control jurídico, tal como sucede en Portugal, parecen tener éxito cuando el tipo de control ejercido no se define como de plena jurisdicción, limitando de esa forma la incidencia práctica y efectiva de la decisión presuntamente jurisdiccional.

En el caso español, el Tribunal Supremo ha declarado de forma explícita que en el marco de un juicio de cuentas no puede revisarse la legalidad de un acto administrativo. Ello debe realizarse necesariamente en el proceso contencioso-administrativo respectivo. Esta distinción al menos ayuda a moldear los efectos del control —con cierta consciencia de sus posibles excesos— que ejerce un tribunal de cuentas.

Del mismo modo, y a propósito del control de legalidad que el Estado y las comunidades autónomas pueden realizar respecto de las entidades locales, el Tribunal Constitucional español ha mostrado la imposibilidad de que esos controles se estructuren sobre presupuestos genéricos o indeterminados, pues ello pondría a dichas entidades en una posición de subor-

dinación o de dependencia cuasijerárquica que no se corresponde con el diseño constitucional actual.

En Alemania, por su parte, los tribunales de cuentas examinan el presupuesto y la eficiencia del gasto, pero no pueden dar órdenes o adoptar medidas coactivas. Su informe se remite al Parlamento y al Gobierno estatal, lo que muestra la abstención de ese control de intervenir en los espacios de autonomía de cada ente local. La misma restricción aplica para la autoridad especial estatal de comprobación contable (*Sonderbehörde*). De esta forma, la única autoridad que puede adoptar medidas correctivas es la autoridad estatal de supervisión jurídica (*Kommunalaufsichtsbehörde*), dando cuenta de una clara intención de abordar el problema de la delimitación de los poderes de los órganos controladores. Tal como se indica en el informe alemán, “esta complicada estructura prevista legalmente protege a los municipios y asociaciones de municipios de intervenciones por las distintas autoridades estatales”.

Por su parte, ante los inconvenientes del control jurídico-contable que desarrollan los tribunales de cuentas no es de extrañar cierto énfasis en formas de control menos radicales y más respetuosas de los conocimientos técnicos de los servicios públicos. En el ámbito argentino, por ejemplo, se observa con especial relevancia el rol de control que posee la discusión y aprobación de los presupuestos de los servicios públicos. Este tipo de control permite una mayor sintonía entre las necesidades de los electores y la satisfacción de esas necesidades por los diversos órganos de la Administración del Estado. Todo ello de una forma más transparente y democrática de las acciones adoptadas por esos servicios. Lo mismo se observa en el caso chileno, en el que el Ministerio de Hacienda y la Dirección de Presupuestos juegan un rol relevante en el marco de la confección de los presupuestos de los servicios públicos. En ese espacio, realizan una “supervigilancia técnica” de las oficinas presupuestarias de aquellos servicios. Y lo mismo realiza la comisión parlamentaria especial que revisa esos presupuestos.

El efecto secundario del control. La segunda de las reflexiones críticas surge a propósito de los efectos del desarrollo y ejecución de competencias de control en la actuación inmediata y posterior del órgano controlado.

Esta objeción posee una relevancia especialmente novedosa en los tiempos que corren. En efecto, no había sido habitual en la ciencia administrativa analizar la actuación de los órganos controlados, sujetos a un especial sistema de control, en el resto de su funcionamiento como ejecutores e implementadores de reglas jurídicas.

En efecto, diversos países han observado que el sometimiento a sistemas de control abiertos —esto es, de legitimación activa amplia y de objeto de control también amplio— produce en los órganos administrativos una especie de temor a la actuación, sobre todo en los casos en que la decisión de control va ligada a medidas disciplinarias, administrativas o incluso penales.

En dichos casos, los órganos administrativos se arriesgan a pasar de una Administración activa, que asume con iniciativa y espíritu proactivo su función implementadora, fiscalizadora y ejecutora de políticas públicas, a una Administración que actúa simplemente a la defensiva.

La preocupación por los efectos de una Administración defensiva —que en Brasil se denomina el “*apagão das canetas*” o apagón de las lapiceras con las cuales el funcionario, constantemente amenazado por el control, prefiere no tomar para decidir— es una cuestión con registro antiguo, aunque difuso. Tal como refiere el estudio francés, la virtual inexistencia de la responsabilidad financiera personal del funcionario derivaba, sin lugar a dudas, del miedo de Bonaparte a paralizar la acción de los administradores, y así, del Gobierno. El mismo temor quiso afrontarse con la llamada “garantía del funcionario”, que impedía la posibilidad de dirigir demandas contra los funcionarios por actos generados con ocasión del ejercicio de sus competencias.

De esta forma, comienzan nuevamente a analizarse racionalmente los efectos secundarios del control, abandonando con ello una perspectiva simplista que observa el control como esencialmente bueno y sustituyéndola por una mayormente funcional, que analiza con pragmatismo todos los efectos y variables que aquel control genera.

La mirada de futuro en este punto tiene su principal ejemplo en el caso francés. La solución francesa ha ido apostando por ir liberando los controles previos a la rendición de resultados bajo la promesa de que, una vez exhibidos esos resultados, el control se enfocaría en estos últimos y no ya tanto en el cumplimiento de pasos formales previos. Ello se hacía como una forma de avanzar hacia una evaluación general del actuar administrativo financiero, basado en resultados, que promueva que los gestores administrativos “asuman riesgos” precisamente para conseguir dichos resultados. Un control de resultados, de esta forma, iría asumiendo un protagonismo funcional, racionalizando correctamente el control de la regularidad procedimental.

No obstante, todo parece indicar que los desafíos de un mayor y mejor control de resultados requieren una mejor dogmática y técnica de ese control, cuestión que hasta ahora no ha podido generarse en el ejemplo francés. Por de pronto, la solución francesa ha servido para racionalizar la revisión,

ofreciendo un control relevante solo a operaciones de alto riesgo o de irregularidades graves o manifiestas.

Una solución similar puede observarse en la tendencia bastante difundida de eliminar los controles preventivos a la actividad administrativa. En el caso chileno, se ha planteado constantemente quitarle a la Contraloría General de la República, órgano autónomo y de alta calidad técnica, su actual control preventivo de legalidad. Dicho control preventivo fue valorado de forma negativa en Colombia, debido a que ello permitía que el órgano de control “coadministrara” junto al servicio público respectivo, generándose una distorsión en el diseño del funcionamiento administrativo. Ello, sin embargo, tuvo algún margen de aceptación posterior, aunque con la expresa declaración de la Corte Constitucional de que el sistema de control no podía lesionar la separación de poderes y no podía transformar ese control preventivo en administración conjunta.