

CONTROL FISCAL - Principios orientadores. Finalidad

La Constitución Política establece una serie de controles recíprocos de tipo jurídico, financiero y político orientados a evitar los excesos en el ejercicio de las funciones públicas y asegurar que los servidores del Estado cumplan adecuadamente las tareas que les han sido asignadas; en el caso de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales su función radica en ejercer el control financiero, de gestión y de resultados de las actividades públicas, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, el cual debe llevarse a cabo en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley (Art.267 C.P.). Desde un punto de vista teleológico, la Constitución vincula directamente el control fiscal a los fines del Estado, en la medida que se orientan a garantizar la concreción efectiva de las tareas públicas mediante la asignación adecuada de los recursos públicos y la protección del patrimonio de la Nación. Su fin esencial no es otro que verificar el correcto manejo del patrimonio estatal y su destinación efectiva a aquéllas actividades para las cuales está previsto. (...) Esta competencia asignada a las contralorías comporta la fiscalización de la administración y del manejo de los bienes y fondos públicos, en sus distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, con el fin de determinar si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas para el efecto. Corresponde así a los entes de control fiscal verificar que la asignación de recursos públicos ha sido la más conveniente para maximizar su aprovechamiento; que los bienes y servicios adquiridos responden a calidades y precios convenientes para el Estado; que se han obtenido resultados oportunos y acordes con los objetivos y metas de la entidad; y que se ha hecho una correcta evaluación del impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y se ha asegurado su protección y conservación.

CONTROL FISCAL - Independencia técnica y eficiencia económica / ORGANISMOS DE CONTROL - Autonomía

La autonomía que la Constitución Política reconoce a los organismos de control tiene por objeto asegurar que su gestión se adelante en forma libre e independiente, sin interferencias ni intereses particulares ajenos al interés general y a las buenas prácticas de administración pública; de esta manera, sin perjuicio del deber de colaboración armónica entre las ramas y organismos del poder público, el control fiscal debe ejercerse en el contexto del principio de separación de funciones y, por ende, de plena diferenciación entre la función fiscalizadora y la actividad administrativa de las entidades objeto de control. Sólo de esa forma se abren posibilidades reales de prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual constituye el objetivo último impuesto a las entidades encargadas de la auditoría financiera de los diferentes órganos del Estado. (...) En síntesis, la transparencia, objetividad y autonomía del control fiscal debe servir para garantizar su independencia técnica y su eficiencia económica, de forma que la fiscalización sobre el uso de los recursos públicos pueda hacerse sin reservas y ajena a todo interés particular. Desde esta perspectiva, los funcionarios que ejercen el control fiscal deben estar libres de toda dependencia o conflicto de interés en la gestión auditada, pues de su imparcialidad depende la credibilidad y confianza de la colectividad en sus dictámenes fiscales. Por ello, las exigencias de transparencia y probidad constituyen fines constitucionalmente imperiosos en cuanto repercuten

directamente en la eficacia de la función de control fiscal y, de suyo, en la legitimidad de las entidades encargadas del mismo.

CONTROL FISCAL - Contratación con particulares: Concepto previo del Consejo de Estado / CONSEJO DE ESTADO - Concepto previo de Sala de Consulta y Servicio Civil para contratación de control fiscal por particulares / SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - Concepto previo para contratación de control fiscal por particulares

El artículo 267 de la Constitución Política permite que el control fiscal se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos en los casos especiales previstos expresamente en la ley y previo concepto del Consejo de Estado. (...) Como se observa, se trata de una posibilidad que sólo surge por autorización expresa de la ley y de ahí que constituya una excepción al control fiscal encomendado directamente a las Contralorías. (...) Precisamente, dado ese carácter excepcional de la habilitación a particulares para ejercer funciones relacionadas con el control fiscal del Estado, el Constituyente consideró necesario exigir concepto previo del Consejo de Estado como garantía de imparcialidad y juridicidad de tales decisiones.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el carácter excepcional del control fiscal por particulares, Corte Constitucional, sentencia C-218 de 1999.

CONTROL FISCAL - Concepto previo del Consejo de Estado para contratación con particulares: Contenido y alcance / CONSEJO DE ESTADO - Concepto previo de Sala de Consulta y Servicio Civil para contratación de control fiscal por particulares: Contenido y alcance / SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - Concepto previo para contratación de control fiscal por particulares: Contenido y alcance

En este primer momento, el concepto de conveniencia previo del Consejo de Estado se centra en establecer jurídicamente si se configura alguna de las causales legales que autorizan la contratación de particulares y si ello está acorde con los principios constitucionales que regulan el control fiscal. En ese sentido, el Consejo de Estado debe velar porque la regla general de control fiscal a cargo de las Contralorías no se invierta y que, por tanto, la aplicación de las excepciones legales no contrarie los fines constitucionales de supervisión eficiente, efectiva y adecuada del uso y destino de los bienes y recursos públicos. En segundo lugar, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (L.270/1996) estableció que la intervención del Consejo de Estado en este trámite se realizaría directamente por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, a quien se le asigna la función de conceptuar sobre los contratos que se pretendan celebrar con particulares para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa en los siguientes términos: (...) En este segundo momento, la intervención del Consejo de Estado tiene que ver directamente con el proyecto de contrato a suscribir con los particulares (términos de referencia proyectados), de forma que antes de abrir el proceso contractual esta Sala pueda hacer las observaciones jurídicas pertinentes sobre las competencias que en el futuro contrato debe conservar el ente de control fiscal y los demás requisitos, condiciones y restricciones de este tipo de contratos.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Fondo de Bienestar Social: Concepto favorable del Consejo de Estado para contratación de control fiscal con empresa privada nacional / FONDO DE BIENESTAR SOCIAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Concepto favorable del Consejo de Estado para contratación de control fiscal con empresa privada

nacional / CONTROL FISCAL - Concepto favorable del Consejo de Estado para contratación de empresa privada nacional que lo realice al Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República

Como lo advierte la señora Contralora General de la República, este diseño institucional de control fiscal sobre el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría, persona jurídica descentralizada adscrita a esa entidad, presenta ciertos inconvenientes, en la medida en que funcionarios de alto nivel del organismo de control como el propio Contralor General, el Gerente de Gestión Administrativa y el Gerente de Talento Humano, forman parte a su vez de la Junta Directiva del organismo controlado y ejercen dentro de ella funciones de administración, presupuestales, de contratación y de inversiones, además de que participan en el nombramiento del director de dicho Fondo. Así, al no existir total independencia entre una y otra entidad, pueden presentarse conflictos de intereses para ejercer el control fiscal sobre un organismo respecto del cual se participa en su gestión y dirección. (...) En el caso consultado la Sala observa que la Contraloría tiene dificultades evidentes de contar con personal y recursos técnicos adecuados desde el punto de vista de su independencia y autonomía, para realizar de manera directa el control fiscal sobre el Fondo de Bienestar Social de esa entidad. En efecto, el hecho de que los funcionarios del ente de fiscalización dependan jerárquica y funcionalmente del Contralor General de la República, quien a su vez participa de la administración del Fondo de Bienestar Social, afecta su imparcialidad y objetividad y reduce la eficiencia económica de la fiscalización. En este sentido, no existen condiciones técnicas y humanas adecuadas para realizar una fiscalización directa por parte del organismo de control. Por tanto, a juicio de la Sala, la contratación de una empresa privada nacional que de manera independiente realice el control fiscal del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República es conveniente técnica y económicamente, ya que permite superar los problemas derivados del actual diseño normativo de control de dicho Fondo, además de que se maximizan las expectativas de recuperación de los recursos públicos en caso de hallarse actos contrarios a una gestión fiscal adecuada. (...) Por tanto, la Sala dará su concepto favorable en el presente caso, en la medida que constata la presencia de al menos dos de las causales previstas en la ley para contratar el control fiscal con una empresa privada colombiana y porque ello está conforme con los principios constitucionales que orientan el ejercicio de esa función pública. En todo caso, en la estructuración del respectivo proceso contractual, la Contraloría deberá observar los límites y condiciones que le imponen la Constitución Política y la Ley 42 de 1993, a cuyo efecto esta Sala queda atenta a dar su concepto previo sobre el proyecto de contrato que se vaya a incluir en los términos de referencia del respectivo proceso contractual.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 267 / LEY 42 DE 1993 - ARTICULO 31 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 38 NUMERAL 4

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil once (2011)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00018-00(2055)

Actor: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: Concepto previo del Consejo de Estado para contratar control fiscal con empresas privadas. Oportunidad.

LA SOLICITUD DE CONCEPTO PREVIO

La Contralora General de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Constitución Política, solicita el concepto previo del Consejo de Estado para contratar con una empresa privada el control fiscal del Fondo de Bienestar Social de esa entidad, con el fin de darle más transparencia a dicha gestión.

Como antecedentes de su solicitud y con base en la Ley 106 de 1993, modificada parcialmente por el Decreto 267/2000, señala: (i) que el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República es un organismo con personería jurídica y presupuesto propio adscrito a la Contraloría General de la República, cuyo control fiscal corresponde a esta última; (ii) que en la Junta Directiva de dicho Fondo participan tres funcionarios de nivel directivo de la misma Contraloría General de la República: el propio Contralor General, el Gerente de Gestión Administrativa y el Gerente de Talento Humano; (iii) que esa Junta Directiva tiene, entre otras funciones, las de autorizar cierto tipo de actos y contratos del Fondo, aprobar su presupuesto y sus estados financieros y dirigir y controlar los planes de inversión y su manejo financiero; y (vi) que a su vez, esa Junta Directiva designa al Director General del Fondo, quien ejerce su administración; que en virtud de todas estas circunstancias se genera una estrecha relación entre ambas entidades, lo que le resta transparencia a la labor de control fiscal sobre dicho Fondo.

En virtud de las razones expuestas “y por considerar que el control fiscal debe ser independiente y autónomo”, la Contralora General de la República concluye que el control de la gestión fiscal del Fondo de Bienestar Social de esa entidad debe ser ejercido por una firma particular ajena a la Contraloría, a cuyo efecto solicita “concepto previo sobre el presente asunto a esa alta Corporación en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 267”.

CONSIDERACIONES

1, El control fiscal en el marco de la Constitución: la transparencia y objetividad como elementos esenciales de un control fiscal eficiente y eficaz.

La Constitución Política establece una serie de controles recíprocos de tipo jurídico, financiero y político orientados a evitar los excesos en el ejercicio de las funciones públicas y asegurar que los servidores del Estado cumplan adecuadamente las tareas que les han sido asignadas¹; en el caso de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales su función radica en ejercer el control financiero, de gestión y de resultados de las actividades públicas, basado en la eficiencia, *la economía*, la equidad y la valoración de los costos ambientales, el cual debe llevarse a cabo en forma

¹ Sentencia C-1176 de 2004.M.P. Clara Inés Vargas.

posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley (Art.267 C.P.)².

Desde un punto de vista teleológico, la Constitución vincula directamente el control fiscal a los fines del Estado, en la medida que se orientan a garantizar la concreción efectiva de las tareas públicas mediante la asignación adecuada de los recursos públicos³ y la protección del patrimonio de la Nación⁴. Su fin esencial no es otro que verificar el correcto manejo del patrimonio estatal y su destinación efectiva a aquéllas actividades para los cuales está previsto⁵.

En este contexto se ha indicado que “el sentido último del control fiscal proviene de la necesidad de proteger los bienes que están afectos al interés general”⁶ y que por ello es “indispensable que exista una instancia, legítimamente constituida, que garantice y verifique la correcta ejecución de los presupuestos públicos, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos”⁷.

Esta competencia asignada a las contralorías comporta la fiscalización de la administración y del manejo de los bienes y fondos públicos, en sus distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición⁸, con el fin de determinar si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas para el efecto.

Corresponde así a los entes de control fiscal verificar que la asignación de recursos públicos ha sido la más conveniente para maximizar su aprovechamiento; que los bienes y servicios adquiridos responden a calidades y precios convenientes para el Estado; que se han obtenido resultados oportunos y acordes con los objetivos y metas de la entidad; y que se ha hecho una correcta evaluación del impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y se ha asegurado su protección y conservación (artículo 8 de la Ley 42 de 1993)⁹.

Para lograr esos fines y asegurar su eficacia y objetividad del control fiscal, la Constitución determinó que éste se haría por organismos de carácter técnico con

² Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1009 del 10 de septiembre de 1997, M.P. Augusto Trejos Jaramillo. Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. María Claudia Rojas Lasso, Sentencia del 29 de abril de 2010, rad. 2002-00444-01.

³ Sentencia C-105 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴ Sala de Consulta, Concepto 1852 15 de noviembre de 2007. M.P. Gustavo Aponte Santos. Sentencia C-290 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas.

⁵ Sentencia C-557 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Sentencia C-557 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Olga Inés Navarrete, sentencia del 12 de julio de 2001, exp.6733.

⁹ C-557 de 2009, que con base en el Art.8 de la Ley 42 de 1993 señaló: “ha puesto de relieve esta Corte que la determinación constitucional del control fiscal a partir de los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales, ha implicado que el legislador determine que dicho control debe ejercerse *de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos*”.

atributos de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica (art.267 C.P) ¹⁰. Para ello, el Constituyente se preocupó particularmente porque el órgano de control no fuera juez y parte de las materias objeto de fiscalización¹¹ y porque no tuviera funciones de coadministración con las entidades objeto de vigilancia¹², pues se había evidenciado que “frente al sistema anterior eran frecuentes las críticas al carácter *previo y perceptivo* del control fiscal, en particular por haberse transformado en mecanismo de co-administración y en foco de corrupción”.¹³

En ese sentido, la autonomía que la Constitución Política reconoce a los organismos de control tiene por objeto asegurar que su gestión se adelante en forma libre e independiente, sin interferencias ni intereses particulares ajenos al interés general y a las buenas prácticas de administración pública¹⁴; de esta manera, sin perjuicio del deber de colaboración armónica entre las ramas y organismos del poder público, el control fiscal debe ejercerse en el contexto del principio de separación de funciones¹⁵ y, por ende, de plena diferenciación entre la función fiscalizadora y la actividad administrativa de las entidades objeto de control. Sólo de esa forma se abren posibilidades reales de prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual constituye el objetivo último impuesto a las entidades encargadas de la auditoría financiera de los diferentes órganos del Estado¹⁶.

Se tiene entonces que la exigencia constitucional de una vigilancia fiscal basada en la eficiencia, *la economía*, la equidad y la evaluación de los costos ambientales (art.267), presupone su adecuación a principios de transparencia y neutralidad. Sin éstos no es posible tener un control fiscal *técnica y económicamente* eficaz que permita recuperar las desviaciones de recursos públicos y, por sobre todo, prevenir su indebida utilización por la conciencia de los servidores públicos de estar expuestos *realmente* al enjuiciamiento de una autoridad externa y objetiva que hará efectiva una reparación patrimonial al Estado si se ha obrado indebidamente.

En síntesis, la transparencia, objetividad y autonomía del control fiscal debe servir para garantizar su *independencia técnica y su eficiencia económica*, de forma que

¹⁰ Sentencia C-557 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ Gaceta Constitucional No. 94 del 11 de junio de 1991, p.12.

¹² Informe Ponencia para Primer Debate – Régimen de Control Fiscal. Gaceta Constitucional No.77 del 20 de mayo de 1991, página 2.

¹³ Sentencia C-648 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Además se señaló: “Estas características fueron consideradas en los debates surtidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente y sirvieron como fundamento para reemplazar el control fiscal *previo y perceptivo* por uno *posterior y selectivo*, que comprende un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”, Igualmente, Sentencia C-557 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁴ Con razón se ha señalado por la jurisprudencia que las contralorías “constituyen órganos autónomos e independientes, lo cual debe redundar en la independencia requerida en todo hacer controlador” (Sentencia C-127 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

¹⁵ Sentencia C-655 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶ Sentencia C-887 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En general, quien ejerce una función de juzgamiento (en sentido amplio) de la actividad de otro, debe contar con una *imparcialidad subjetiva* como *objetiva*, definidas así en Sentencia T- 1034 de 2006: “La primera exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto; mientras que la imparcialidad objetiva hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. En esa medida la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer, y la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo”.

la fiscalización sobre el uso de los recursos públicos pueda hacerse sin reservas y ajena a todo interés particular. Desde esta perspectiva, los funcionarios que ejercen el control fiscal deben estar libres de toda dependencia o conflicto de interés en la gestión auditada, pues de su imparcialidad depende la credibilidad y confianza de la colectividad en sus dictámenes fiscales¹⁷. Por ello, las exigencias de transparencia y probidad constituyen fines constitucionalmente imperiosos en cuanto repercuten directamente en la eficacia de la función de control fiscal y, de suyo, en la legitimidad de las entidades encargadas del mismo.

Todo lo anterior debe interpretarse, además, en concordancia con el *principio de moralidad* en la gestión de los asuntos a cargo de los diferentes órganos del Estado, inclusive y con mayor razón de los que ejercen funciones de control, para que conforme a dicho principio “las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”¹⁸. Como ha señalado el Consejo de Estado, la moralidad administrativa no es un concepto aislado en el universo jurídico sino que se relaciona directamente con “el debido desempeño de las funciones, con la prevalencia del interés general, la buena fé, *el derecho colectivo de la defensa del patrimonio público* y la democracia participativa.”¹⁹

2. La vigilancia de control fiscal por particulares y la necesidad de concepto previo de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

2.1 El artículo 267 de la Constitución Política permite que el control fiscal se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos en los casos especiales previstos expresamente en la ley y previo concepto del Consejo de Estado:

“ARTICULO 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

¹⁷ Sentencia C-095 de 2003: “Precisamente, los artículos 209, 228 y 230 de la Constitución Política contemplan como característica de la propia esencia y sustantividad de la administración de justicia y, en general, de la función pública, la sujeción en la adopción de sus decisiones al principio de *imparcialidad*. En este orden de ideas, (...) cualquier decisión judicial o administrativa, es la concreción de un orden normativo abstracto a una situación particular y específica, lo que impone que el juez o servidor público, sea que actúe en primera o segunda instancia, intervenga con la más absoluta imparcialidad, despojado de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, ya sea por haber emitido concepto previo sobre el asunto sometido a su consideración, o por la presencia de alguna de las causales de impedimento previstas en la ley, como la existencia de vínculos de parentesco o amistad íntima con una de las partes, o de un marcado interés personal en la decisión, etc.”.

¹⁸ Sentencia C-380/1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. Ver igualmente Concepto 1822 de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre principio de imparcialidad de los funcionarios públicos. M.P. Gustavo Aponte Santos.

¹⁹ Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. AP-057, M.P. Jesús María Carrillo. La misma corporación ha indicado: “La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.” (Sentencia del 13 de agosto de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. AP- 2004-00888)

empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado (...)”.

Como se observa, se trata de una posibilidad que sólo surge por autorización expresa de la ley y de ahí que constituya una excepción al control fiscal encomendado directamente a las Contralorías. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

“Por otra parte, el carácter excepcional de la autorización que la Carta Política otorga para contratar con entidades privadas la vigilancia de la gestión fiscal del Estado (art. 267 C.P.), implica que se la interprete de modo estricto y delimitado en sus alcances, por lo cual no es posible hacer uso de ella sino en casos especiales que el legislador debe definir - bien puede hacerlo el extraordinario en el Estado de Emergencia-, e inevitablemente deben observarse todos y cada uno de los requisitos que señala el artículo constitucional citado. En él se prevé que, si bien la vigilancia de la gestión fiscal del Estado y de los particulares y de entidades que manejen fondos o bienes públicos corresponde a la Contraloría General de la República, en los casos especiales que la ley contemple podrá encomendarse tal vigilancia a empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.²⁰”

Precisamente, dado ese carácter excepcional de la habilitación a particulares para ejercer funciones relacionadas con el control fiscal del Estado, el Constituyente consideró necesario exigir concepto previo del Consejo de Estado como garantía de imparcialidad y juridicidad de tales decisiones. A ese respecto se puede observar cómo en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el control fiscal, el presupuesto básico para abrir esa posibilidad fue la seguridad de una intervención previa de esta Corporación, en aplicación del sistema de pesos y contrapesos y del principio de colaboración entre las ramas y órganos del Estado²¹.

2.2 Ahora bien, el artículo 267 de la Constitución que acaba de citarse es desarrollado en primer lugar por el artículo 31 de la Ley 42 de 1993, el cual establece los tres eventos en que se autoriza la contratación del control fiscal con particulares, previo concepto *sobre su conveniencia* por parte del Consejo de Estado:

“ARTICULO 31. Los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del Consejo de Estado. Estas serán escogidas por concurso de mérito en los siguientes casos:

- a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal en forma directa.
- b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.
- c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

PARAGRAFO. La Contraloría General de la República determinará las condiciones y bases para la celebración del concurso de méritos, así como las

²⁰ Sentencia C-218/1999, M.P. Gregorio Hernández Galindo

²¹ Comisión 5, sesiones del 13 y 14 de mayo de 1991. Igualmente, Sesión Plenaria del 20 de junio de 1991.

calidades que deban reunir las empresas colombianas para el ejercicio del control fiscal pertinente.

Los contratos se celebrarán entre el contralor respectivo y el concursante seleccionado con cargo al presupuesto del órgano de control fiscal correspondiente. La información que conozcan y manejen estos contratistas será de uso exclusivo del organismo de control fiscal contratante.”

La Ley 41 de 1992 establece también las facultades que en tales casos debe conservar el órgano de control fiscal, las que puede trasladar a los particulares y su responsabilidad:

ARTICULO 32. Los órganos del control fiscal podrán conocer y evaluar, en cualquier tiempo, los programas, labores y papeles de trabajo de las empresas contratadas en su jurisdicción y solicitar la presentación periódica de informes generales o específicos. Las recomendaciones que formulen los órganos de control fiscal respectivos al contratista, serán de obligatorio cumplimiento y observancia.

En todo caso los órganos de control fiscal podrán reasumir la vigilancia de la gestión fiscal en cualquier tiempo, de acuerdo a las cláusulas del contrato.

ARTICULO 33. El Contratista podrá revisar y sugerir el fenecimiento de las cuentas. En caso de encontrar observaciones, deberá remitirlas con todos sus soportes, para que en el respectivo órgano de control fiscal adelante el proceso de responsabilidad fiscal si es del caso.

ARTICULO 34. El hecho de contratar una entidad privada no exime al órgano fiscalizador de la responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones.

En este primer momento, el concepto de conveniencia previo del Consejo de Estado se centra en establecer *jurídicamente* si se configura alguna de las causales legales que autorizan la contratación de particulares y si ello está acorde con los principios constitucionales que regulan el control fiscal. En ese sentido, el Consejo de Estado debe velar porque la regla general de control fiscal a cargo de las Contralorías no se invierta y que, por tanto, la aplicación de las excepciones legales no contraríe los fines constitucionales de supervisión eficiente, efectiva y adecuada del uso y destino de los bienes y recursos públicos.

2.3 En segundo lugar, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (L.270/1996) estableció que la intervención del Consejo de Estado en este trámite se realizaría directamente por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, a quien se le asigna la función de conceptuar sobre los contratos que se pretendan celebrar con particulares para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa en los siguientes términos:

“ARTICULO 38. DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

(...) 4. Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos, en los casos especiales autorizados por la ley, para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional.”²²

²² La Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual entrará a regir el 2 de julio de 2012, reproduce el contenido del artículo 38-4 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, sobre la competencia de la Sala

En este segundo momento, la intervención del Consejo de Estado tiene que ver directamente con el proyecto de contrato a suscribir con los particulares (términos de referencia proyectados), de forma que antes de abrir el proceso contractual esta Sala pueda hacer las observaciones jurídicas pertinentes sobre las competencias que en el futuro contrato debe conservar el ente de control fiscal y los demás requisitos, condiciones y restricciones de este tipo de contratos (arts. 32 a 34 Ley 42 de 1993 -antes transcritos-).

2.5 Con base en las anteriores disposiciones, esta Sala ha dado concepto previo favorable para contratar con particulares el control fiscal de las localidades del Distrito Capital de Bogotá (Concepto 873 de 1996); del Congreso de la República (Concepto 1161 de 1998 y adición de 2001); y del Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero –FOREC- (Concepto 1335 de 2001).

3. Concepto favorable para contratar con particulares el ejercicio del control fiscal sobre el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República.

En esta oportunidad la Contraloría General de la República solicita el concepto previo de esta Sala para contratar con una empresa privada nacional el control fiscal del Fondo de Bienestar Social de esa entidad, cuya fiscalización le corresponde de conformidad con el artículo 81 del Decreto Extraordinario 267 de 2000 que dispone lo siguiente:

“ARTICULO 81. CONTROL FISCAL DEL FONDO DE BIENESTAR SOCIAL. El control fiscal del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República será ejercido por éste último Organo.”

El mismo Decreto Extraordinario 267 de 2000 derogó expresamente el artículo 101 de la Ley 106 de 1993 que le asignaba dicha atribución a la Auditoría de la Contraloría:

“ARTICULO 101. DEL CONTROL FISCAL. EL Control fiscal del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República, será ejercido por la auditoría de la Contraloría General de la República.”

Como lo advierte la señora Contralora General de la República, este diseño institucional de control fiscal sobre el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría, *persona jurídica descentralizada adscrita a esa entidad*²³, presenta ciertos inconvenientes, en la medida en que funcionarios de alto nivel del organismo de control como el propio Contralor General, el Gerente de Gestión Administrativa y el Gerente de Talento Humano, forman parte a su vez de la Junta Directiva del organismo controlado y ejercen dentro de ella funciones de administración, presupuestales, de contratación y de inversiones, además de que participan en el nombramiento del director de dicho Fondo. Así, al no existir total independencia entre una y otra entidad, pueden presentarse conflictos de intereses para ejercer el control fiscal sobre un organismo respecto del cual se participa en su gestión y dirección.

de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para conceptuar sobre la contratación con particulares del control fiscal de la gestión administrativa nacional (Art.112-6).

²³ Ley 106 de 1993: “ARTICULO 89. CREACION Y NATURALEZA. Créase el Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuesto propio, adscrito a la Contraloría General de la República.”

Ahora bien, como ya se mencionó, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 42 de 1993 son tres las causales por las cuales se puede contratar el control fiscal con empresas privadas colombianas:

- a) “a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal en forma directa.
- b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.
- c) “c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable”.
(se subraya)

En el caso consultado la Sala observa que la Contraloría tiene dificultades evidentes de contar con personal y recursos técnicos adecuados desde el punto de vista de su independencia y autonomía, para realizar de *manera directa* el control fiscal sobre el Fondo de Bienestar Social de esa entidad.

En efecto, el hecho de que los funcionarios del ente de fiscalización dependan jerárquica y funcionalmente del Contralor General de la República, quien a su vez participa de la administración del Fondo de Bienestar Social, afecta su imparcialidad y objetividad y reduce la eficiencia económica de la fiscalización. En este sentido, no existen condiciones técnicas y humanas adecuadas para realizar *una fiscalización directa* por parte del organismo de control.

Por tanto, a juicio de la Sala, la contratación de una empresa privada nacional que de manera independiente realice el control fiscal del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República es conveniente técnica y económicamente, ya que permite superar los problemas derivados del actual diseño normativo de control de dicho Fondo, además de que se maximizan las expectativas de recuperación de los recursos públicos en caso de hallarse actos contrarios a una gestión fiscal adecuada.

En esa medida la referida posibilidad tiene fundamento en los literales a y c del artículo 31 de la Ley 42 de 1993 antes citado.

Como se señaló en la primera parte de este concepto, la existencia de un control fiscal transparente y objetivo constituye un imperativo constitucional que repercute directamente en la *eficiencia técnica y económica* de esa función y en la protección adecuada del patrimonio público.

Debe reiterarse que conforme a lo dispuesto en los artículos 209 y 267 de la Constitución, la función fiscal está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme a los *principios de moralidad, eficacia y economía*, cuyo entendimiento no se restringe a aspectos puramente formales de reducción de gastos en el ejercicio de la función de control, sino que se refleja en el hecho mismo de que el control fiscal pueda ser técnicamente adecuado y cumpla los propósitos de salvaguarda efectiva del patrimonio de los entes fiscalizados, propósitos éstos que requieren autonomía e independencia en relación con el organismo contralado y sus administradores²⁴.

²⁴ Al respecto, en Sentencia del 26 de agosto de 2004, la Sección Primera del Consejo de Estado²⁴ señaló: “Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley:

“...En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política **la gestión fiscal** no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su

Por tanto, la Sala dará su concepto favorable en el presente caso, en la medida que constata la presencia de al menos dos de las causales previstas en la ley para contratar el control fiscal con una empresa privada colombiana y porque ello está conforme con los principios constitucionales que orientan el ejercicio de esa función pública. En todo caso, en la estructuración del respectivo proceso contractual, la Contraloría deberá observar los límites y condiciones que le imponen la Constitución Política y la Ley 42 de 1993, a cuyo efecto esta Sala queda atenta a dar su concepto previo sobre el proyecto de contrato que se vaya a incluir en los términos de referencia del respectivo proceso contractual.

4. Recomendación final

Conforme se ha expuesto, el diseño actual de control fiscal del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República presenta debilidades desde el punto de vista de su transparencia y objetividad, que incluso pueden entrar en conflicto con los principios constitucionales que informan esa delicada función estatal.

En ese sentido, la posibilidad de contratar dicha fiscalización con una empresa privada nacional apenas soluciona parcialmente el problema pero no permite superarlo del todo, pues en cualquier caso la Contraloría mantiene la dirección del contratista (art. 32 de la Ley 42 de 1993) y finalmente será quien tenga a su cargo los correspondientes procesos de responsabilidad fiscal en caso de que hubiere lugar a ellos.

Por tanto, esta Sala recomienda a la Contraloría General de la República promover una reforma legal que traslade a otra entidad el control fiscal del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría (como estaba previsto originalmente en la Ley 106 de 1993) o que, por lo menos, releve al Contralor General de la República de labores de dirección y administración en dicho fondo, de manera que pueda mantener su imparcialidad e independencia para el ejercicio de la labor de fiscalización.

Conforme a lo expuesto,

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado da su concepto favorable a la Contraloría General de la República para contratar una empresa privada colombiana que realice el control fiscal del Fondo de Bienestar Social de esa entidad.

específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto **la efectiva realización** de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes “completos” pero inertes.” (negrilla original, se subraya)

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Magistrado

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO
Magistrado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Magistrado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaría de la Sala