

CONTROL FISCAL - Contratación / GESTION FISCAL DE LAS LOCALIDADES DEL D.C. - Vigilancia / VIGILANCIA FISCAL POR EMPRESAS PRIVADAS - Concurso de méritos / ORGANISMOS DE CONTROL FISCAL - Contralorías / CONTRALORÍA DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA - Atribuciones para contratar / CONTRATO PARA LA VIGILANCIA DE LA GESTIÓN FISCAL - Concepto previo de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Los supuestos de hecho previstos por la ley 42 de 1993, artículo 31, están debidamente acreditados. Las razones de conveniencia económica unidas a la aplicación de técnicas de desconcentración del servicio y la inmediatez en el ejercicio de éste, permite esperar que el nuevo sistema funcionará adecuadamente, siempre bajo la dirección y supervigilancia de la contraloría. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emite concepto favorable a la celebración de contratos por parte de la Contraloría de Santa fe de Bogotá, con el fin de que organizaciones de carácter civil legalmente constituidas y escogidas por concurso de méritos, ejerzan la función de vigilancia de la gestión fiscal de las localidades del Distrito Capital.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996)

Radicación número: 873

Actor: CONTRALORIA DE SANTA FE DE BOGOTA

Referencia: Contratos para la vigilancia de la gestión fiscal de las localidades del Distrito Capital. Concepto previo.

El señor Contralor de Santafé de Bogotá, doctor Camilo Calderón Rivera, solicita a la Sala que, con fundamento en los artículos 267 de la Constitución Política, 31 y 60 de la ley 42 de 1993 y 110 del decreto 1421 de 1993, emita concepto previo y favorable en relación con la celebración de contratos entre la Contraloría Distrital y organizaciones de carácter civil, para el ejercicio del control fiscal de las localidades del Distrito Capital.

Con posterioridad y a petición del magistrado ponente, el señor Contralor adjuntó al expediente el texto de los términos de referencia para la celebración del concurso público y la minuta del respectivo contrato, así como una justificación del sistema de contratación a que se pretende acudir.

I. Ambito constitucional y legal.- La Constitución Política dispone que el control fiscal es una función pública que se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá sin embargo, autorizar que en casos especiales la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. (art. 267, inciso segundo).

En concordancia con los principios orientadores del control fiscal, preceptúa la Constitución que los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal (art. 272, inciso sexto). Igualmente y de manera global, señala que “la ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados” (art. 270).

Cada una de las contralorías (la General de la República, las departamentales, las distritales y las municipales) están concebidas como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa, presupuestal y contractual. En relación con las contralorías territoriales, la General de la República no ejerce control jerárquico o de tutela, pues únicamente está autorizada para dictar normas generales que armonicen los sistemas de control fiscal y para ejercer, en los casos excepcionales previstos en la ley, control posterior sobre cuentas (artículos 267 y 272 de la Constitución y leyes 42 y 80 de 1993).

La ley 42 de 1993, sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, contiene dos disposiciones (artículos 31 y 65) que interesan para los efectos del asunto en referencia. La primera establece los presupuestos para escoger por concurso de méritos a las empresas privadas colombianas que ejercerán la vigilancia de la gestión fiscal, y la segunda es una “norma de reenvío” aplicable a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

ART. 31. Los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia por el 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.

Parágrafo. La Contraloría General de la República determinará las condiciones y bases para la celebración del concurso de méritos, así como las 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 correspondiente. La información que conozcan y manejen estos contratistas será de uso exclusivo del organismo de control fiscal contratante.

ART. 65. Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo

con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley.

Les corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales la organización y funcionamiento de las contralorías que haya autorizado la ley.

En otra de sus disposiciones, la ley 42 contiene una sana previsión: “El hecho de contratar una entidad privada no exime al órgano fiscalizador de la responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones” (art. 34).

La ley 60 de 1993, sobre distribución de competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, reitera el ejercicio del control fiscal por la **respectiva** contraloría y la aplicación en esta materia de la Constitución y la ley 42 de 1993, en los siguientes términos:

ART. 32. El control fiscal será ejercido por la respectiva contraloría departamental, distrital o municipal, donde la hubiere, y la Contraloría General de la República de conformidad con lo establecido por la Constitución Política y la ley 42 de 1993 (inciso segundo).

El decreto 1421 de 1993, “por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”, expedido por el Gobierno Nacional en uso de la atribuciones que le confiere el artículo transitorio 41 de la Constitución Política, con el subtítulo **empresas privadas y control fiscal**, dispone:

ART. 110. El Contralor podrá contratar empresas privadas colombianas, seleccionadas a través de concurso público, para que asuman la vigilancia de la gestión fiscal de acuerdo con las técnicas y procedimientos aceptados por la ley, cuando la naturaleza de un determinado proyecto o actividad empresarial lo haga necesario. También para la vigilancia de la gestión fiscal de las localidades. Los contratos de que trata este artículo podrán terminarse unilateralmente cuando la Contraloría considere que ha cesado la causa que los originó.

Por lo demás, la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, señala en el artículo 38 la siguiente:

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.

II. Propuesta de la Contraloría Distrital.- El señor Contralor Distrital hace énfasis en la necesidad de reforzar los instrumentos de control fiscal en las localidades para poder responder al nuevo esquema constitucional, “más aún si se tiene en cuenta que la Contraloría de Santafé de Bogotá carece de la capacidad física, logística, de recurso humano suficiente para atender en forma eficiente y eficaz el control fiscal de tales entes, lo cual, en sentir de la

Contraloría, justifica la implementación de un sistema de control fiscal, contratado con entidades privadas que involucren a la comunidad”.

Considera, además, que en vez de optar por la ampliación de la planta de personal de la contraloría, con asignación de grupo de personas al control fiscal en las localidades en forma permanente, es preferible propender a la creación de un sistema de control fiscal de las localidades “basado en la participación ciudadana mediante la contratación de empresas y organizaciones que posean una gran presencia e influencia en la localidad, y en cuya escogencia intervenga activamente la localidad”.

El sistema propuesto, de veeduría y control fiscal con participación ciudadana, contaría con instrumentos adecuados para ejercer directamente el control “y no simplemente para detectar irregularidades y ponerlas en conocimiento de las autoridades correspondientes, las cuales en muchas ocasiones no tienen capacidad suficiente de respuesta”.

Complementariamente, la contraloría se obliga a capacitar al contratista para el ejercicio del control fiscal y asesorarlo en la adopción de programas de auditoría dentro del modelo de auditoría integral (minuta de contrato, cláusula segunda).

Dice el contralor, finalmente, que “sería la primera vez que un organismo de control fiscal utilizaría la facultad constitucional de contratar con particulares el ejercicio de la función de control”.

III. El concepto de empresa.- Conforme al Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición (1992), el vocablo empresa tiene, entre otros, los siguientes significados:

- Casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia;
- Obra o diseño llevado a efecto, en especial cuando en él intervienen varias personas;
- Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad.

Por su parte, el Código de Comercio entiende por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios (art. 25).

Como consecuencia, al vocablo **empresas**, empleado por el constituyente de 1991 en los artículos 267, inciso segundo y 272, inciso sexto, conviene darle un significado general y amplio, habida consideración del sentido y alcance de la tarea que están llamadas a cumplir. En realidad se trata de la contratación de servicios para el control fiscal. En el caso propuesto, el servicio será prestado en las localidades del Distrito Capital y se ejercerá sobre las funciones que cumplan los alcaldes, las juntas administradoras locales y respecto de los recursos que se administran en los fondos de desarrollos locales - que hoy en día están conformados con el equivalente al 10% del presupuesto distrital de inversión, además de los ingresos propios -; labor que deberá realizarse bajo la dirección y la supervigilancia de la Contraloría Distrital.

De manera que las empresas podrán ser sociedades comerciales u organizaciones no gubernamentales que, por su naturaleza, carecen de ánimo de lucro. En este sentido se orientan los términos de referencia, cuando disponen en el numeral 2.7 que el concurso de méritos se adjudicará a empresas privadas colombianas “para lo cual podrán participar organizaciones que tengan en su objeto social la vigilancia de la gestión fiscal, tales como las organizaciones de carácter social, gremial o comunitario legalmente constituidas”. Además, deberán estar conformadas por personas que tengan presencia e influencia en la localidad; inclusive se dispone que la propuesta se presente a la comunidad en audiencia preliminar para efectos de su evaluación.

Así concebidas, la mayoría de las mencionadas empresas tenderán a ubicarse en la línea de pensamiento del constituyente, para el cual constituyen mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública, las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales (art. 103, inciso segundo).

IV. Concurso de méritos.- Los términos de referencia redactados por la contraloría distrital no solamente están acordes con el contenido usual de esta modalidad de convocatoria pública, destinada a procurar la selección adecuada y objetiva de los contratistas, sino que contienen previsiones apropiadas a la nueva clase de contratación que dispuesta por el constituyente de 1991, encontrará su primer desarrollo práctico en las divisiones administrativas (localidades) de la capital de la República.

Dada la novedad del sistema, éste involucra un proceso de contratación en el cual se han seleccionado inicialmente, dos localidades que servirán de modelo (Usaquén y Antonio Nariño), de manera que su seguimiento y evaluación permita ampliar la cobertura.

El control se ejercerá por **sectores** (ocho aproximadamente) y por localidades (veinte), en forma tal que en cada sector y en cada localidad participe una organización social. Se prevé que ésta no podrá hallarse incurso en causal de inhabilidad o de incompatibilidad para contratar con el Estado o en alguna de las causales de inhabilidad especial que se establecen en el artículo 107 del decreto ley 1421 de 1993 ni encontrarse en circunstancia que pueda generar conflicto de intereses. Igualmente, deberá presentar garantía de seriedad de la propuesta por suma equivalente al 10% de su valor total, con vigencia de dos meses contados a partir de la fecha de cierre del concurso.

Los factores de ponderación serán los siguientes: aceptación ante la localidad... 20%; conocimiento de la localidad... 20%; experiencia... 20%; costos previstos para la ejecución del contrato... 10% e infraestructura del proponente (tipo de equipos, recurso humano y organización)... 30%.

Los supuestos de hecho previstos por la ley 42 de 1993, artículo 31, están debidamente acreditados. Las razones de conveniencia económica unidas a la aplicación de técnicas de desconcentración del servicio y la inmediatez en el ejercicio de éste, permite esperar que el nuevo sistema funcionará adecuadamente, siempre bajo la dirección y supervigilancia de la contraloría.

V. Concepto.- Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emite concepto favorable a la celebración de contratos por parte de la Contraloría de Santafé de Bogotá, con el

fin de que organizaciones de carácter civil legalmente constituidas y escogidas por concurso de méritos, ejerzan la función de vigilancia de la gestión fiscal de las localidades del Distrito Capital.

Transcríbase al señor Contralor Distrital. Igualmente, envíese copia a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, PRESIDENTE DE LA SALA; JAVIER HENAO HIDRON, CESAR HOYOS SALAZAR, ROBERTO SUAREZ FRANCO, ELIZABETH CASTRO REYES, SECRETARIA DE LA SALA