



El control de la gestión fiscal y sus alcances y los sujetos de control fiscal

Iván Darío Gómez Lee*

El concepto de gestión fiscal supone, ante todo, establecer sus relaciones y diferencias con otras actividades que corresponden al Estado¹, tales como las funciones públicas, los servicios públicos y la contratación estatal de particulares. Las funciones públicas son aquellas que cumplen las ramas del poder y los organismos públicos según la caracterización y funciones establecidas en el artículo 113 de la Constitución. A su vez, los servicios públicos² corresponden a las actividades inherentes a la finalidad social del

Estado³, según el régimen jurídico y alcance que definen los artículos 365 y siguientes de la Carta. De otra parte, la contratación estatal de particulares se realiza por regla general a título de colaboración; en casos excepcionales, por autorización de la ley, estos contratistas pueden cumplir directamente funciones administrativas o prestar los servicios públicos.

La gestión fiscal es un concepto diferente y autónomo, que, no obstante esta característica, siempre coincide con al-

Precisamente uno de los motivos de mayor discusión se refiere a la definición de las funciones públicas, de los servicios públicos o de los contratos que se consideran como gestión fiscal y aquellos eventos en que no

* Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República y Profesor de la Universidad Externado de Colombia. El presente documento fue adelantado con la colaboración de Rosa Viviana Castañeda Aya, quien realiza una práctica en la Oficina Jurídica como investigadora de normatividad relativa al control fiscal.

¹ "Al referirnos a la acción o actividad de la administración pública estamos haciendo referencia, no sólo al clásico concepto de policía administrativa en sus diferentes modalidades, salubridad, tranquilidad, bienestar, etc., sino también, desde otra base conceptual, a los servicios público, procura existencial y fomento". Jaime Orlando Santofimio, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 4 edición, Universidad Externado de Colombia, abril de 2003.

² "El servicio se traduce en una materia identificada como esencial para la comunidad, materia que se transforma por el Legislador en función para ser atribuida a un órgano público, o a los particulares como sujetos del mercado, o incluso a la misma comunidad organizada, con el fin de cumplir sus obligaciones y lograr la concreción de los fines sociales del Estado". Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 3 edición, Universidad Externado de Colombia, marzo de 2003

³ Actividad de una colectividad pública que tiene por objeto la satisfacción de una necesidad de interés general, en palabras de André de Laubadère en Manual de Derecho Administrativo, Ed. Temis, 1984.

etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer 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 por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración⁵.

Por tanto, el manejo o administración de bienes públicos comprende, entre otras actividades, las siguientes: la ejecución de los presupuestos en los niveles nacional, departamental, municipal o distrital; actividades de disposición de bienes muebles o inmuebles, respecto de estos últimos sin importar su naturaleza de fiscales o de bienes de uso público; la explotación de la propiedad intelectual y de los derechos inmateriales de los organismos públicos; las tarifas que se cobran por los servicios públicos; las entidades que recaudan o administran recursos parafiscales; las donaciones que países u organizaciones extranjeras realizan en virtud de la cooperación con entidades públicas colombianas, para apoyarlas en el cumplimiento de sus fines.

A partir de estos lineamientos constitucionales, la legislación especial en la materia se ha encargado de fijarle parámetros a la gestión fiscal. Por su parte, el artículo octavo de la Ley 42 de 1993, señala que la vigilancia de la gestión fiscal se fundamenta en valorar el cumplimiento de los siguientes principios y dentro de un período determinado:

Eficiencia: asignación de recursos más conveniente para maximizar sus resultados.

Economía: obtención de calidad de bienes y servicios al menor costo en igualdad de condiciones.

Eficacia: obtención de resultados de manera oportuna y guardando relación con los objetivos y metas.

Equidad: identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales así como entre entidades territoriales.

Valoración de los costos ambientales: 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.

El concepto de gestión fiscal sigue siendo un aspecto esencial en materia de control

Así mismo, la Ley 610 de 2000 se encarga expresamente de definir la gestión fiscal así:

El conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales⁶.

Se puede apreciar, entonces, que el asunto de manejo de los recursos públicos y su vigilancia ha despertado directamente el interés del constituyente en ocuparse de esta materia. Así, el alcance de la gestión fiscal, el ámbito de competencias, atribuciones y límites a las contralorías emanan de la Constitución Política. Las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, que desarrollan estas materias, cumplen una función complementaria y pedagógica que ilustra el sentido de la Constitución, que es la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación.

⁵ Corte Constitucional Sentencia C-529 de 1993 y Sentencia C-665 de 2003.

⁶ Artículo 3 de la Ley 610 de 2000



Biblioteca Nacional
Semana cómica, 1923

- Es un proceso de naturaleza administrativa.
- Dicha responsabilidad es, además, patrimonial. La declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria. Es, por tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal.
- En el trámite del proceso se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas.

En relación con el tema de la responsabilidad fiscal es procedente indicar que ésta es independiente y autónoma, es decir, se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad y emana de una función de control constitucional que tutela el bien jurídico de la gestión fiscal. Se nutre de los mismos principios que, acorde con su naturaleza, orientan otras actuaciones tales como las administrativas. Tiene plena vigencia, en los actos que declaran la responsabilidad, la aplicación del principio constitucional al debido proceso⁸.

A partir del artículo 5 de la Ley 610 de 2000, se determinan los presupuestos o elementos que configuran la responsabilidad fiscal, que son: una conducta dolosa o culpable atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño

patrimonial al Estado; y un nexo causal condicionante y determinante, entre los dos elementos anteriores. Las conductas que dan origen a la responsabilidad de carácter fiscal, con sus respectivas definiciones semánticas son las siguientes:

Menoscabo: mengua, deterioro.

Disminución: merma o menoscabo de una cosa, tanto en lo físico como en lo moral.

Perjuicio: ganancia lícita que deja de obtenerse. Gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo.

Pérdida: carencia, privación de lo que se poseía.

Indebido: acción y efecto de servirse de una cosa de emplearla o utilizarla de manera ilícita, injusta o prohibida.

Deterioro: acción y efecto de estropear, menoscabar, poner en inferior condición una cosa. Empeorar, degenerar los bienes o servicios para el uso de la colectividad.

En conclusión, la gestión fiscal debe ser adecuada para evitar su censura. Debe enmarcarse dentro de los principios de economía, eficacia, eficiencia, equidad y valoración de costos ambientales. Cuando un servidor público o un particular que maneja recursos públicos, actúa con dolo o culpa grave, y menoscaba el patrimonio público⁹, se genera responsabilidad fiscal. Contrario sensu, la actividad fiscal apropiada y racional, escapa al reproche del órgano de control mencionado.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C - 619 de 2002.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-620 de 1996.

⁹ Amaya Olaya, Uriel Alberto, Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 186 y ss

Como el bien jurídico tutelado por la Constitución es el patrimonio público, para evaluar si la actividad de un sujeto tiene el carácter de fiscal, no es suficiente enmarcarse dentro de los sujetos señalados por las disposiciones legales citadas. Las Contralorías, al interpretar estos preceptos, deben ir más allá, en el entendido que los sujetos vigilados son las personas u organismos que, sin importar su naturaleza, a cualquier título, reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos públicos. El punto de partida para delimitar si una actividad se define como gestión fiscal, es si tal manejo o disposición tiene la finalidad específica de garantizarle al Estado la conservación y el adecuado rendimiento de sus bienes¹¹.

En el Decreto Ley 267 de 2000 se determinan, en un listado enunciativo, los sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República

Así lo ha reiterado la Corte Constitucional:

La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la nación¹².

Por lo anterior, existe una cláusula general de competencia en materia de vigilancia y control fiscal no obstante que las leyes y normas comentadas no enuncien taxativamente a un sujeto determinado, por ejemplo, los organismos internacionales de cooperación. A las entidades o particulares que no señale expresamente la ley, se aplica la norma general del artículo 267 de la Constitución, que establece que siempre serán sujetos de control fiscal aquellos organismos y particulares que cumplen con el presupuesto enunciado en tal disposición, de realizar gestión fiscal, es decir, manejen fondos o bienes de la nación.

Especial mención ameritan tres casos: las sociedades de economía mixta, las empresas de servicios públicos domiciliarios y los contratistas.

Las sociedades de economía mixta

Uno de los aspectos más debatidos sobre la facultad de vigilancia ejercida por la Contraloría General de la República ha sido dilucidado por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que en las sociedades de economía mixta participan el Estado y los particulares como accionistas, como quiera que las mismas están conformadas por capital proveniente de recursos públicos y capital de carácter privado.

El tema de las sociedades de economía mixta está definido en la Ley 42 de 1993 y la Corte fijó la manera de ejercer el control en virtud de los criterios determinados en dicha legislación. En el artículo 21, la Ley de control fiscal especifica que la vigilancia se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, haciendo una evaluación de la gestión

¹¹ Ver sentencia C-529 del 11 de Noviembre de 1993 de la Corte Constitucional y sentencia 1191 de 2000.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995.

los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos. (...), la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados¹⁵.



Semana cómica, 1923

Es claro que, la vigilancia fiscal sobre estas sociedades, no puede limitarse a una revisión formal, pues existe una inequívoca competencia de la Contraloría General de la República al tenor de lo dispuesto en la misma Ley 142 de 1994 y en concordancia con la Ley 42 de 1993¹⁶. Al estudiar la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 689 de 2001 por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994, la Corte Constitucional examinó lo siguiente:

El gobierno nacional, al expedir el artículo 37 del Decreto-Ley 266 de 2000, no sólo ha desbordado sus precisas facultades extraordinarias, sino que ha limitado el ejercicio del control fiscal en las empresas mixtas cuyo objeto social sea la prestación de servicios públicos domiciliarios, como en las de carácter privado en las que participa el Estado, los entes territoriales o sus entidades descentralizadas, al control sobre los actos o contratos, derivados de su calidad de socio, de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, desconociendo la Constitución Política en relación con el control de gestión y de resultados y, adicionalmente, debilitando en forma ostensible la vigi-

lancia de los bienes públicos en las empresas de servicios públicos¹⁷.

Y respecto de las empresas de servicios públicos oficiales, sobre las cuales debe ejercerse un control fiscal pleno, el límite que para el efecto impone la norma acusada resulta también inconstitucional, pues para estas empresas no es posible imponer restricción alguna al ejercicio del control fiscal dado que en ellas los aportes del Estado son del 100%, aclarando que con arreglo al artículo 14.5 de la Ley 142 de 1994 la empresa de servicios públicos oficial puede comprender aportes de la nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de aquélla o éstas; permitiendo a su turno concluir que

en tales empresas el 100% del capital no será estatal en aquellos casos en que milite como aportante una sociedad de economía mixta – entidad descentralizada–, que como bien se sabe, por su naturaleza misma incorpora aportes privados¹⁸.

El artículo 267 de la Constitución Política es, sin duda, el fundamento más evidente del ejercicio de un control fiscal integral y pleno, respecto del cual no puede existir restricción alguna. El ejercicio del control fiscal como competencia de la Contraloría General de la República, respecto del manejo de los bienes o valores del Estado, al tenor de las disposiciones constitucionales, no deviene de la entidad controlada, ni de los sectores a los que pertenezca, sino del manejo de recursos públicos; por tanto, no puede existir limitación alguna a esa función fiscalizadora, que será ejercida sobre una

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000.

¹⁶ De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de 2000.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2001.

¿Se podría afirmar que los contratistas fueron excluidos de la gestión fiscal?

No obstante lo anterior, la Ley 610 de 2000, al igual que la Ley 42 de 1993, hace una mención específica sobre los contratistas, al señalar expresamente en su artículo 61 que "cuando en un pro-

ceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las

contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado". Evidencia este precepto la indiscutible continuidad en el ejercicio de control fiscal sobre los contratistas en aplicación de las normas vigentes.

De esta diferencia entre una ley y otra, ¿se podría afirmar que los contratistas fueron excluidos de la gestión fiscal? Consideramos que la respuesta es no, ya que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema, destacando la competencia de la Contraloría General de la República para vigilar la actividad realizada por los contratistas. Además, como se analizó al comienzo de este estudio, el control fiscal se ejercerá sobre los sujetos que manejen bienes o recursos de la nación sin atender su naturaleza jurídica.

Acerca del control fiscal sobre los contratos estatales, la Corte Constitucional ha señalado que:

(...) podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales

sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación²⁰.

Respecto a este tema de la contratación pública, la Ley 80 de 1993 en su artículo 65, determina que el control fiscal puede ejercerse en tres eventos: primero, cuando los trámites administrativos de legalización de los contratos hayan concluido, para evaluar la etapa precontractual y de selección objetiva del contratista; segundo, para ejercer control a las cuentas correspondientes a los pagos originados con ocasión del contrato respectivo y constatar así, el cumplimiento de los preceptos legales; y por último, cuando ya se han liquidado o terminado los contratos, para un control fiscal integral basado en los principios señalados en la Ley 42 de 1993. Finalmente, dentro de las facultades que se le confieren a la Contraloría, cabría el ejercicio de la función de advertencia para contratos en ejecución, sin menoscabo del control posterior y selectivo consagrado en la Constitución Política²¹.

No cabe duda que por los planteamientos constitucionales y legales expuestos, dentro de la órbita del control fiscal, se incluyen los contratistas cuando quiera que los mismos manejan o administran recursos de carácter público en consonancia con el principio de colaboración con la administración pública, así como se señala en virtud de la posición de la Corte, sino también por el señalamiento expreso de la Ley 610 de 2000 y la Ley 80 de 1993.

Para evaluar la posible responsabilidad fiscal de los particulares contratistas, debe realizarse un examen inicial sobre el contenido de su objeto y obligaciones, para determinar, según este criterio, si la actividad con-

²⁰ En materia de control fiscal sobre los contratos, la Corte Constitucional, en Sentencia C-648 de 2002, declaró exequible el artículo 61 de la Ley 610 de 2.000.

²¹ Los límites a la función de advertencia pueden examinarse en el concepto número 1348 del 20 de mayo de 2003, de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República.