



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00021-00

Número interno 1.888

Referencia: RECURSOS GENERADOS EN LA LEY 21 DE 1982 (Art. 11- 4).

La Planeación en la Constitución Política. Fijación de objetivos y metas del estado.

Los recursos de ley 21 de 1982. Competencias del Ministerio de Educación Nacional.

Alcance del control y de la responsabilidad fiscales.

La señora Ministra de Educación Nacional, doctora Cecilia María Vélez White, formula a la Sala una consulta acerca de la utilización de los recursos derivados de una contribución parafiscal de la Ley 21 de 1982, la contratación de particulares destinada a la realización de actividades requeridas por el Ministerio para dar cumplimiento a la finalidad de tales recursos y el alcance del control fiscal de gestión frente a las políticas y las prioridades de inversión establecidas por la entidad.

Manifiesta que como resultado de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral practicada al Ministerio de Educación Nacional sobre la vigencia de 2006, por la Contraloría General de la República, se determinaron algunos hallazgos¹ por parte de ésta, relacionados con el manejo de los recursos provenientes de la Ley 21 de 1982, los criterios de distribución de estos recursos, los mecanismos dispuestos para su ejecución y el nivel de responsabilidad de las partes involucradas, razón por la cual desea aclarar algunos aspectos sobre estos temas mediante la presente consulta.

¹ Nota de la Sala: **“Hallazgo:** Toda situación irregular encontrada durante el proceso de una auditoría. En su descripción se debe incluir información necesaria para que el lector pueda entender y juzgar el hallazgo sin explicación adicional. Hechos y situaciones irregulares impactan significativamente el desempeño de la organización” (Glosario sobre Control Fiscal. www.contraloriagen.gov.co).

1. ANTECEDENTES

La señora Ministra indica que le corresponde al Ministerio de Educación Nacional (MEN), de conformidad con los artículos 8º y 16 de la Ley 21 de 1982, el recaudo y manejo de la contribución parafiscal del uno por ciento (1%) efectuada sobre la nómina, de la Nación, los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios, con destino a las escuelas industriales e institutos técnicos nacionales, departamentales, distritales o municipales.

Expresa que con el propósito de lograr la optimización y eficiencia en el manejo de los recursos económicos provenientes de dicha contribución, y conseguir que los proyectos presentados por las entidades territoriales fueran efectivamente viables para ser destinatarios de los recursos, el Ministerio celebró, previa realización de los procesos de licitación pública o concurso público de méritos, según el caso, un contrato de encargo fiduciario, otro de consultoría y cinco de asistencia técnica, correspondientes a las cinco regiones en que se zonificó el país para la entrega de recursos.

Estos contratos fueron objeto de varios hallazgos referentes a la gestión fiscal, por parte de la Contraloría al practicar la mencionada Auditoría, a los cuales el Ministerio ha contestado conforme se detalla en la consulta.

Por otra parte, la consultante cita el artículo 111 de la Ley 633 de 2000 que faculta al Ministerio de Educación para destinar los aludidos recursos, a proyectos de mejoramiento en infraestructura y dotación de instituciones de educación media técnica y media académica, señalar las prioridades de inversión y realizar el estudio y seguimiento de los proyectos.

Con base en estas facultades, el Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución 277 del 17 de febrero de 2003, "Por la cual se definen las prioridades de inversión y se adoptan criterios y procedimientos para la destinación y asignación de los aportes establecidos por la Ley 21 de 1982", la cual también fue objeto de formulación de hallazgos por parte de la Contraloría General de la República, respondidos a su vez por el Ministerio, el cual insiste en que una de las bases de su política actual consiste en la generación de nuevos cupos escolares, con la finalidad de ampliar significativamente la cobertura del sistema educativo.

Finalmente, la consulta aborda el tema de la responsabilidad en la ejecución de los recursos de la Ley 21 de 1982, para lo cual transcribe los artículos 3º y 4º de la Resolución 7243 del 17 de noviembre de 2006 expedida por el Ministerio y señala que no obstante la delimitación de

competencias entre los distintos niveles, la Contraloría General de la República glosó al Ministerio con 23 hallazgos de falencias en los procesos de contratación e interventoría de los recursos que son de responsabilidad directa de la entidad territorial.

Ante esto, la señora Ministra subraya que la responsabilidad del Ministerio en relación con los recursos de la Ley 21 de 1982, se concreta, de acuerdo con el citado artículo 111 de la Ley 633 de 2000, en señalar las prioridades de inversión y con cargo a estos recursos, realizar el estudio y seguimiento de los proyectos, pero que la contratación de las obras y las labores de interventoría son de competencia de la entidad territorial.

2. INTERROGANTES

Los interrogantes de la consulta son los siguientes:

“1. ¿La competencia de los auditores de la Contraloría General de la República y de la propia Contraloría incluyen la posibilidad de emitir concepto sobre las políticas y criterios de gestión definidas por las entidades sujetas a su control? O expresado en otra forma ¿cuál es el alcance del ejercicio del control fiscal a cargo de la Contraloría y hasta dónde debe la administración sujetar su acción a criterios de gestión de los auditores que resultan contrarios a los de la administración?”

2. ¿Las actividades de manejo, supervisión y seguimiento a la ejecución de los recursos de ley 21 de 1982 deben ser ejecutadas exclusivamente a través de personal de planta del Ministerio de Educación Nacional o por el contrario para optimizar los recursos disponibles puede la administración acudir a otras modalidades de gestión eficiente en el entendido de que su objetivo es el cumplimiento de los fines del Estado y por supuesto los de la misma ley?

3. ¿Constituye el manejo de los recursos de ley 21 de 1982, una función misional del Ministerio de Educación Nacional o se trata de actividades conexas que debe desarrollar con los instrumentos que la ley y la moderna administración permiten y aconsejan para mejor cumplir con las metas propuestas en los planes y políticas propuestos y en ejecución?

4. ¿La celebración del contrato de encargo fiduciario 333 de 2005 con la fiduciaria La Previsora S.A. para la administración

de los recursos de Ley 21 de 1982, del contrato con la firma ARQ Ltda. y con las firmas de asistencia técnica, implican que el Ministerio de Educación Nacional se está desprendiendo de una función misional o tal modalidad se constituye en un medio legal e idóneo, adicional para cumplir sus deberes, potenciador de la efectividad de su gestión?

5. ¿Las actividades que son objeto del contrato 315 de 2005 con ARQ Ltda. implican una duplicación de las funciones de la subdirección de cobertura de esta entidad o una pérdida de autonomía o de control del MEN, sobre la ejecución y seguimiento a los recursos de ley 21 de 1982 o pueden catalogarse como son una herramienta útil para el mejor desempeño institucional?

6. ¿Sucedido el recaudo y dispuesta la distribución y asignación de los recursos de Ley 21 por parte del Ministerio de Educación Nacional, en lo de su competencia, ¿En la ejecución de los recursos de Ley 21 de 1982 cuál es el ámbito de responsabilidad que le corresponde tanto al Ministerio de Educación Nacional como a las Entidades Territoriales en la ejecución misma de los recursos de Ley 21 y cuál el de los organismos de control fiscal?

3. CONSIDERACIONES

3.1 Observación preliminar.

La Sala considera necesario señalar que no entra a hacer juicios de valor sobre los hallazgos y glosas expresados por la Contraloría General de la República en el mencionado Informe, a los cuales ha contestado el Ministerio de Educación Nacional según se desprende del texto de la consulta, por cuanto ésa no es su labor constitucional ni legal.

Igualmente, la Sala encuentra que no es procedente analizar los contratos mencionados en la consulta, frente a las observaciones de la Contraloría, pues ello desbordaría el marco de sus atribuciones, ya que podría entenderse que la Sala estaría revisando la tarea del organismo de control para lo cual carece de competencia.

En estas circunstancias, la Sala, como lo ha hecho en otras ocasiones, procede a estudiar el panorama general planteado y a absolver los interrogantes de manera abstracta, esto es, sin referirse en particular a alguno de los contratos específicos.

3.2 La planeación como instrumento orientador y unificador de la gestión pública.

La Carta del 91 introdujo, en forma más coherente que la anterior, el método de la planificación del desarrollo económico como orientador y unificador de estrategias y objetivos de largo y mediano plazo para toda la administración pública. A este tema dedicó, entre otras referencias, todo el capítulo del título XII, que versa sobre el régimen económico y la Hacienda Pública. Dice así el artículo 339:

“Artículo 339.- Habrá un plan nacional de desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán **los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno.** El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución. (...)” (Resalta la Sala).

En desarrollo de este mandato, la ley orgánica de planeación (Ley 152 de 1994) estatuyó como obligación del Gobierno elaborar el proyecto de plan nacional de desarrollo y presentarlo a la consideración del Congreso dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo. Esta ley, señala unos principios generales y establece el de la planificación como una actividad continua (art. 3º -j), en la que todos los organismos y entidades del Estado deben elaborar sus respectivos planes de acción, en los cuales se concreten los objetivos, las metas y los resultados esperados de la gestión dentro de los propósitos del plan general.

La Corte Constitucional considera la planeación como **un instrumento** que define las estrategias y las políticas destinadas a conseguir los fines del Estado. Así lo señala, en la sentencia C-1051 del 4 de octubre de 2001:

“En relación con el concepto de planeación que acoge la Constitución de 1991, esta Corporación ha manifestado que: *“...constituye ineludible esfuerzo del Estado por estructurar una política económica razonada y armónica durante un cierto período, es un presupuesto indispensable para el logro de los **objetivos básicos del sistema constitucional.***”

(...)

*El crecimiento de la economía y el aumento de los ingresos públicos, así como las variables que pueden incidir en su decaimiento progresivo o en crisis coyunturales, no son fenómenos que puedan tener lugar en un contexto carente de la debida orientación por parte del Estado, que como director general de la economía **debe conocer con antelación las metas básicas de su gestión en los distintos renglones que la integran** y hallarse adecuada y oportunamente informado, previo un preciso diagnóstico, acerca de los sectores que requieren de modo más*

*apremiante la atención de necesidades impostergables y el impulso de las inversiones necesarias para su incorporación al desarrollo global, no menos que sobre las mejores posibilidades de financiación y sostenimiento de los proyectos que se emprendan”.*²

La planeación resulta entonces un proceso de estudio y programación de las directrices macroeconómicas necesarias que permiten al Estado cumplir en forma oportuna y adecuada con las políticas básicas de todo Gobierno, como son entre otros, el empleo, la vivienda, el desarrollo agrícola, la industria, el servicio de la deuda y cambios internacionales, la conducción del sector financiero, y, en general, todos los aspectos que permiten el desarrollo de un país dentro de parámetros ciertos, de tal suerte que, por una parte, **los ciudadanos puedan conocer de antemano los objetivos sociales del Estado, así como el rumbo de la economía; y de otra, que los funcionarios encargados de ejecutar dichas políticas cuenten con puntos de referencias claros que les permitan encajar su actividad dentro de los fines del Estado Social de derecho**”.

(Resaltado de la Sala).

En este orden de ideas, la Constitución indica que son los jefes superiores de la administración, es decir, el Presidente, los ministros y los directores de departamentos administrativos, los responsables de fijar las políticas gubernamentales, función que debe realizarse desarrollando y concretando los grandes lineamientos del plan de acuerdo con las competencias de cada sector administrativo. En efecto, el artículo 208 de la Constitución y el 58 de la ley 489 de 1998 estatuyen:

“Artículo 208.- Los ministros y directores de departamentos administrativos son **los jefes de la administración en su respectiva dependencia**. Bajo la dirección del Presidente de la República, **les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho**, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.
(...)” (Resalta la Sala).

“Artículo 58.- Objetivos de los ministerios y departamentos administrativos.- Conforme a la Constitución, al acto de creación y a la presente ley, los ministerios y los departamentos administrativos tienen como objetivos primordiales **la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector administrativo que dirigen**” (Destaca la Sala).

Se reitera, entonces, que las políticas gubernamentales, deben inscribirse dentro del marco de la planeación, a fin de lograr su concreción en el tiempo de manera progresiva y coherente y alcanzar la eficiencia en el gasto público.

Aplicando los elementos anteriores al tema de la consulta, es importante anotar desde ahora que en materia educativa en el Plan Sectorial de Educación “La Revolución Educativa 2003-2006”, **el Ministerio de Educación fijó como política la ampliación de cobertura dirigida a elevar la cobertura bruta del 82% al 92% con la creación de 1,5**

² Nota de la Corte: Sentencia C-015/96 MP José Gregorio Hernández.

millones de cupos educativos y estableció que para apoyar el esfuerzo de las entidades territoriales en esta ampliación de cobertura, se asignarían recursos provenientes de la Ley 21 de 1982, **para cofinanciar proyectos de infraestructura y dotación educativa**” (Resalta la Sala).

Esta política se plantea igualmente como uno de los objetivos esenciales del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, aprobado mediante la ley 1151 del 24 de julio de 2007, adoptada para lograr **soluciones eficaces contra, entre otros factores, “las deficiencias de cobertura y calidad de la educación”** (art. 1º -C).

3.3 El control fiscal.

La consulta indaga si las facultades de la Contraloría General de la República y sus auditores incluyen la posibilidad de emitir concepto sobre las políticas y criterios de gestión de las entidades sometidas a su control o, en otras palabras, si la Administración debe sujetar su acción a los criterios que señala el ente de control.

Al respecto, resulta necesario señalar que la Constitución Política de 1991 modificó sustancialmente la regulación del sistema del control fiscal, al suprimir los controles previo y perceptivo que permitían convertirse en coadministradores de muchas actividades en especial en los trámites de contratación y ordenación de gastos y estableció el sistema de control posterior, selectivo y de gestión.

En este punto se observa que el artículo 119³ de la Carta asignó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la Administración. Por su parte el artículo 267 delimita su ejercicio en los siguientes términos:

“Artículo 267.- El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá **en forma posterior y selectiva** conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.
(...)

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.
(...)” (Resalta la Sala).

³ Artículo 119.- *La Contraloría General de la República tiene a su Cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.*

A su vez, la Ley 42 del 26 de enero de 1993, “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, precisa en los artículos 8º a 13, en qué consiste la vigilancia de la gestión fiscal y las formas que ella adopta, en especial los controles financiero, de legalidad, de gestión y de resultados de acuerdo con la norma constitucional, así:

“Artículo 8º.- La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, 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.

(...)

“Artículo 10.- El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, (...).

“Artículo 11.- El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables”.

“Artículo 12.- El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante **la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño** y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad”.

“Artículo 13.- El control de resultados es el examen que se realiza para establecer **en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración,** en un período determinado” (Resalta la Sala).

Finalmente la Resolución Orgánica No. 5774 del 31 de agosto de 2006 de la Contraloría General de la República, “Por la cual se adopta la metodología para el proceso auditor en la Contraloría General de la República – Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral – **Audite 3.0**”, concreta (Capítulo I, numeral 1º) la evaluación de la gestión y resultados en los siguientes términos:

“Es el examen a planes, programas y procesos ejecutados por la entidad auditada, **con el propósito de establecer el grado de economía, eficiencia, eficacia, equidad y efectividad con que se han utilizado los recursos** puestos a su disposición para el cumplimiento de sus objetivos, así como la forma en que ésta ha impactado sobre los recursos naturales y el medio ambiente.

El examen incluye el pasado, lo que está ocurriendo y la proyección a futuro, esto implica **evaluar el logro de los objetivos en un período determinado y que la entidad tome acciones correctivas oportunamente**” (Destaca la Sala).

Igualmente, se define el Dictamen Integral (Capítulo X, numeral 5.3) que debe estar incluido en el Informe de la Contraloría en esta forma:

“El Dictamen Integral lo conforma, en la modalidad de auditoría regular, la opinión sobre la razonabilidad de los estados contables o financieros **y el concepto que se expresa sobre la gestión fiscal y sus resultados dentro de un período determinado**” (Resalta la Sala).

En conclusión, al revisar toda la normatividad del control fiscal, en parte alguna se explicita que el organismo de vigilancia tenga atribuciones para fijar los objetivos, las metas o las prioridades de la administración, y tampoco las políticas o criterios de gestión por cuanto, como se vio, en el caso de los ministerios son éstos y los departamentos administrativos quienes las determinan, bajo la dirección del Presidente de la República y de acuerdo con los planes y programas inscritos bajo el marco de la ley del plan de desarrollo. También aparece claro que la función de la Contraloría, es la de efectuar los procedimientos de auditoría a cada entidad y emitir su concepto sobre la gestión y sus resultados, señalando las medidas y correctivos que deben tomarse, en caso de encontrar incumplimiento de la ley o de los objetivos y las metas del ente analizado.

Por ello el artículo 105 de la Ley 42 de 1993 establece que los resultados del control fiscal deben comunicarse a los órganos de dirección de la entidad respectiva y a las autoridades a quienes está atribuida la facultad de analizar tales conclusiones y adoptar las medidas correspondientes.

3.4 Los recursos derivados de la Ley 21 de 1982.

La Ley 21 del 22 de enero de 1982, “Por la cual se modifica el régimen del subsidio familiar y se dictan otras disposiciones”, dispone en los artículos 8º, 11 y 16 lo siguiente:

“Artículo 8º.- La Nación, los departamentos, intendencias, comisarías⁴, el Distrito Especial de Bogotá⁵ y los Municipios deberán, además del subsidio familiar y de los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), efectuar aportes para la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) **y para las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos Nacionales, Departamentales, Intendenciales, Comisariales, Distritales, y Municipales**” (Resalta la Sala).

“Artículo 11.- Los aportes hechos por la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, tendrán la siguiente destinación:

(...)

4. El uno por ciento (1%) para las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos Nacionales, Departamentales, Intendenciales, Comisariales, Distritales o Municipales” (Destaca la Sala).

“Artículo 16.- A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, los aportes de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), podrán ser girados directamente a dichas entidades, **e igualmente los correspondientes a las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, a la cuenta especial determinada por el Ministerio de Educación Nacional**” (Resalta la Sala).

De estas normas se desprende lo siguiente en cuanto a los recursos que interesan a la consulta:

- 1) Se trata de una contribución parafiscal a cargo de la Nación, los departamentos, el Distrito Capital de Bogotá y los municipios.
- 2) La contribución es del 1% de la nómina mensual de salarios (definida en el artículo 17 de la ley).
- 3) La contribución se debe girar a la cuenta especial determinada por el Ministerio de Educación Nacional.
- 4) La destinación de la contribución es para las escuelas industriales e institutos técnicos nacionales, departamentales, distritales o municipales.

Sin embargo, esta destinación fue ampliada por disposición de la ley 633 de 2000, en la medida en que autoriza al Ministerio para entregar los recursos a proyectos de instituciones de educación media. Dice así en su artículo 111:

“Artículo 111.- El Ministerio de Educación Nacional **podrá destinar** los recursos a que hace referencia el numeral 4 del artículo 11 de la ley 21 de 1982 **a proyectos de mejoramiento en infraestructura y dotación de**

⁴ Las antiguas intendencias y comisarías fueron erigidas en departamentos por el artículo 309 de la Constitución de 1991.

⁵ En la actualidad, la ciudad de Bogotá está organizada como Distrito Capital (inciso primero del artículo 322 de la Carta del 91, modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 2000).

instituciones de educación media técnica y media académica. Para este efecto el Ministerio de Educación Nacional **señalará las prioridades de inversión y con cargo a estos recursos, realizará el estudio y seguimiento de los proyectos**” (Resalta la Sala).

Como se advierte, hoy en día, la ley otorga al Ministerio de Educación Nacional un amplio grado de discrecionalidad en el manejo de los recursos bajo estudio, asignándole tres tipos de facultades, a saber:

- 1) La potestad de destinarlos a proyectos de mejoramiento en infraestructura y dotación de instituciones de educación media técnica y media académica.
- 2) La atribución de señalar las prioridades de inversión de los recursos.
- 3) La función de realizar, con cargo a los referidos recursos, el estudio y seguimiento de los proyectos de mejoramiento.

En desarrollo de estas facultades, el Ministerio dictó la Resolución 277 del 17 de febrero de 2003, sustituida luego por la 3350 del 19 de junio de 2007, “Por la cual se definen las prioridades de inversión y se adoptan criterios para la destinación y asignación de los aportes establecidos por la Ley 21 de 1982”, y la Resolución 7243 del 17 de noviembre de 2006, “Por la cual se asignan recursos provenientes del recaudo de la ley 21 de 1982 para el mejoramiento de la infraestructura y dotación de instituciones educativas y se determinan los compromisos de la entidad territorial en la ejecución de los mismos”, actos administrativos que precisan el sistema de distribución y giro de los dineros regulados por Ley 21, las responsabilidades tanto del Ministerio como de los entes territoriales y las formas de control y auditoría sobre la ejecución de los proyectos cofinanciados.

3.5 La contratación estatal.

Se pregunta en la consulta si el Ministerio de Educación Nacional debe ejecutar exclusivamente con personal de planta las labores de manejo y seguimiento de los recursos derivados de la Ley 21 de 1982.

Al respecto, es preciso observar que las entidades estatales, para cumplir su responsabilidad y el volumen de funciones y actividades que desarrollan, pueden no ser autosuficientes, y por tanto, deben acudir a **un instrumento de gestión autorizado y reglamentado por la ley, cual es la contratación administrativa.**

A este propósito, sobre el carácter instrumental de la contratación estatal, la Corte Constitucional, en la sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, expresó:

“Por lo anterior cree la Corte que el mandato establecido en el artículo 150 Fundamental, para que el Congreso dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, **toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado**”. (Resalta la Sala).

Como es conocido, la ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contiene las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, conforme lo señala en el artículo 1º, y en su artículo 3º establece los fines de este instrumento legal que se asimilan a los del Estado y subsumen por tanto, los de cada entidad estatal. Dice así la norma:

“Artículo 3º.- De los fines de la contratación estatal.- Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades **buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos** y la efectividad de los derechos e **intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.**

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, **colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones**” (Destaca la Sala).

El instrumento de la contratación estatal implica una labor diligente de la entidad pública, para que se desarrolle adecuadamente y alcance su finalidad en beneficio de la entidad, de los administrados, y por supuesto, del mismo contratista.

Conviene recordar que las entidades estatales antes de iniciar cualquier proceso de contratación, deben hacer los análisis pertinentes de los requerimientos de bienes y servicios para cumplir sus funciones y programas, examinar la conveniencia y oportunidad de los contratos a celebrar, conseguir las autorizaciones necesarias (internas y externas) y verificar las disponibilidades presupuestales frente a los compromisos que van a adquirir, conforme lo establecen los numerales 6º y 7º del artículo 25 de la Ley 80, relativo a la aplicación del principio de economía en materia contractual:

“Artículo 25.- Del principio de economía.- En virtud de este principio:
(...)

6º) Las entidades estatales **abrirán** licitaciones o concursos **e iniciarán** procesos de suscripción de contratos, **cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.**

7º) **La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio** del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.
(...)” (Resalta la Sala).

El primer requisito se encuentra ratificado por la disposición del artículo 71 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, donde se establece que antes de iniciar el proceso de contratación se requiere contar con el certificado de disponibilidad presupuestal y luego de suscribir el contrato, es necesario hacer el registro presupuestal correspondiente para que los recursos no sean desviados a ningún otro fin.

De otra parte, es obvio que la sí función específica puede realizarse con personal de planta, debe hacerse de esa manera, pero si se trata de una actividad que desborda su marco ordinario institucional o no hay personal suficiente y especializado para adelantar tales labores, el servidor público competente está facultado para acudir a la contratación como instrumento de colaboración para el cumplimiento de funciones y objetivos.

En consecuencia, la contratación de las entidades estatales obedece a un procedimiento previo de orden legal, presupuestal y administrativo, que busca evitar la improvisación y el uso inadecuado de recursos públicos. Es claro, entonces, que el análisis de legalidad de la contratación, de su eficacia y de la oportunidad o de la conveniencia de contratar debe hacerse sobre cada contrato en concreto, dentro de los lineamientos explicados.

Así las cosas, cuando el artículo 5 de la Ley 489 de 1998,⁶ indica que las entidades y organismos administrativos deben ejercer de “manera directa e inmediata” sus competencias, no está proscribiendo o rechazando la posibilidad de contratar pues como se vió, esa tarea que en sí misma es una potestad o atribución entre las muchas que se

⁶ “Artículo 5º.- **Competencia administrativa.-** Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo. (Resalta la Sala)

(...)

otorgan a los cargos públicos, depende de las circunstancias presupuestales, así como de la existencia o carencia de recursos humanos especializados y demás elementos estudiados. Esta idea se fortalece al observar que una de las tendencias del nuevo modelo constitucional de administración pública es la llamada administración por colaboración,^{7 8 9} tercerización o privatización de la gestión pública,

⁷ **CONSTITUCION NACIONAL**

Artículo 210°.-

(...)

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Artículo 123°.-

(...)

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (Resalta la Sala)

Artículo 48°.- *El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. (Resalta la Sala)*

Artículo 365°.-(...) *Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. (Resalta la Sala)*

⁸ **LEY 80 de 1993**

ARTICULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL.

(...)

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.(resalta la Sala)

ARTICULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. *Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° . de esta ley, los contratistas:*

(...)

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad (...)

ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. (...) **2o. Contrato de Consultoría**

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

4o. Contrato de concesión (...)

3o. Contrato de prestación de servicios (...)

⁹ **LEY 489 DE 1998**

ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. (...)

fenómeno que ha conducido por una parte, a limitar el número de cargos en las plantas de personal de los entes públicos y por otra correlativamente a multiplicar la actividad contractual en dichos organismos.

Retornando al tema de la consulta, es claro, entonces, que las actividades de manejo y seguimiento de la ejecución de los recursos de la Ley 21 de 1982 por parte del Ministerio de Educación Nacional no necesariamente deben ser atendidas con personal de planta sino que, dependiendo de las circunstancias anotadas, pueden serlo mediante los contratos que la ley permita.

3.6 Las funciones misionales y las funciones de apoyo en el Ministerio de Educación Nacional.

La consulta plantea el interrogante de si el manejo de los recursos de la Ley 21 de 1982 constituye una función misional del Ministerio de Educación Nacional o si se trata de una actividad conexas que el Ministerio puede desarrollar con los instrumentos legales.

Para este efecto conviene mencionar la Ley 872 del 30 de diciembre de 2003, "Por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios", la cual establece que el sistema de gestión de la calidad se debe poner en funcionamiento en forma obligatoria en los organismos y entidades del sector central y del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional y en la gestión administrativa necesaria para el desarrollo de las funciones de las demás Ramas del poder público nacional, así como en las corporaciones autónomas regionales, las entidades de seguridad social, y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios, públicas o privadas concesionarias del Estado (art. 2º), y fija parámetros al Gobierno para la reglamentación técnica de calidad en la gestión pública (art. 6º).

ARTICULO 110. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES. (...)

*d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los **particulares**;*

ARTICULO 111. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS PARA CONFERIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES.: (...)

El Gobierno, por Decreto 4110 del 9 de diciembre de 2004, reglamentó la citada ley y adoptó la norma técnica de calidad de la gestión pública, conocida con la sigla “NTCGP 1000: 2004”, en cuyo capítulo 3º “Términos y definiciones”, precisa el concepto de “misión de una entidad pública” de la siguiente manera:

“3.32 Misión de una entidad.- Se entiende como el objeto social o la razón de ser de la entidad”. (Resalta la Sala)

El objeto social, que en los estatutos o normas orgánicas de los entes administrativos corresponden a sus objetivos generales constituyen las funciones misionales¹⁰, de acuerdo con la definición citada, y en tal virtud, son las labores hacia los cuales debe orientar prioritaria y permanentemente su trabajo.

Sobre el particular, se observa que las funciones de los ministerios se encuentran establecidas, de manera general, en los artículos 115 y 208 de la Constitución¹¹ y los artículos 58 y 59 de la Ley 489 de 1998.¹²

¹⁰ La Contraloría General define las *actividades misionales* como “*las que desarrollan el objeto social de las organizaciones*” y las *actividades de apoyo*, las “*que contribuyen al desempeño de las misionales*” (Audite 3.0, Capítulo I, numeral 3.1 Aspectos a considerar para evaluar la gestión).

¹¹ **Artículo 208.** Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

(...)

¹² **Ley 489 de 1998.**

-Artículo 58.- **Objetivos de los ministerios y departamentos administrativos.** Conforme a la Constitución, al acto de creación y a la presente ley, los ministerios y los departamentos administrativos tienen como objetivos primordiales la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen.

-Artículo 59.- **Funciones.** Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

1. Preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo.

(...)

3. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.

4. Preparar los anteproyectos de planes o programas de inversiones y otros desembolsos públicos correspondientes a su sector y los planes de desarrollo administrativo del mismo.

5. Coordinar la ejecución de sus planes y programas con las entidades territoriales y prestarles asesoría, cooperación y asistencia técnica.

6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.

7. Orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas.

En el caso del Ministerio de Educación Nacional, el decreto 4675 del 28 de diciembre de 2006, “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Educación nacional y se dictan otras disposiciones”, establece actualmente, en los artículos 1º y 2º, sus objetivos y funciones.

“Artículo 1º.- Objetivos.- El Ministerio de Educación Nacional, tendrá como objetivos los siguientes:

1.1 Establecer las políticas y los lineamientos para dotar el sector educativo de un servicio de calidad con acceso equitativo y con permanencia en el sistema.

(...)

1.3 Promover la educación en los niveles de preescolar, básica y media, desarrollando las políticas de cobertura, incluyendo las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, con criterios de acceso equitativo, permanencia y equiparación de oportunidades; de calidad, fomentando la evaluación sistemática y permanente, con planes de mejoramiento y la eficiencia, **para que el Ministerio, entidades del sector y secretarías de educación** tengan acceso a condiciones técnicas, tecnológicas, administrativas y legales para desarrollar procesos de modernización que faciliten su gestión.

1.4 Orientar la educación superior en el marco de la autonomía universitaria, garantizando el acceso con equidad a los ciudadanos colombianos, fomentando la calidad académica, la operación del sistema de aseguramiento de la calidad, la pertinencia de los programas, la evaluación permanente y sistemática, la eficiencia y transparencia de la gestión para facilitar la modernización de las Instituciones de Educación Superior e implementar un modelo administrativo por resultados y la asignación de recursos con racionalidad de los mismos.

1.5 Velar por la calidad de la educación, mediante el ejercicio de las funciones de regulación, inspección, vigilancia y evaluación, con el fin de lograr la formación moral, espiritual, afectiva, intelectual y física de los colombianos.

1.6 Implementar mecanismos de descentralización, dotando el sector de los elementos que apoyen la ejecución de las estrategias y metas de cobertura, calidad y eficiencia.

(...)

1.8 Establecer e implementar el Sistema Integrado de Gestión de Calidad –SIG, articulando los procesos y servicios del Ministerio de Educación Nacional, de manera armónica y complementaria a los distintos componentes de los sistemas de gestión de la calidad, de control interno y de desarrollo administrativo, con el fin de garantizar la eficiencia,

8. Impulsar y poner en ejecución planes de desconcentración y delegación de las actividades y funciones en el respectivo sector.(Resalta la sala)

(...)

eficacia, transparencia y efectividad en el cumplimiento de los objetivos y fines sociales de la educación” (Negrillas no son del texto original).

En resumen, es claro que la misión del Ministerio consiste en establecer y promover políticas para desarrollar en Colombia, una educación de alta calidad y cobertura en todos los niveles educativos. Así las cosas, serán funciones misionales las que se relacionan directamente con dichos objetivos y serán de apoyo las que instrumentalizan las decisiones misionales o de política. En el caso bajo examen, por ejemplo, será misional la decisión de fijar las prioridades para la inversión de los recursos de Ley 21 y será de apoyo la contratación de una sociedad fiduciaria que recaude y gire.

Sin embargo, ante esta diferenciación teórica, la Sala considera que el hecho de que una función sea misional o de apoyo no tiene efectos jurídicos frente al control fiscal, pues éste, en la medida en que examina el correcto manejo de los recursos públicos y la eficiencia y eficacia en la gestión de los organismos y entidades públicas, se debe entender referido al conjunto de las funciones de la entidad sin hacer distinciones.

De otra parte, la consulta indaga también si las actividades de un contrato mencionado en los antecedentes, implican una duplicación de funciones de una dependencia de la entidad, o una pérdida de autonomía o de control de ésta sobre el seguimiento de los recursos o una herramienta útil para el desempeño institucional.

Al respecto, se observa que algunas actividades derivadas de contratos estatales pueden guardar similitud con determinadas funciones de dependencias de las entidades, pero ello obedece al hecho de que, precisamente, éstas no pueden celebrar contratos extraños a sus funciones. Sin embargo, la Sala ratifica que no es de su competencia pronunciarse sobre aspectos que implican la revisión concreta de las circunstancias individuales de cada contratación.

3.7 La distribución de responsabilidades en la ejecución de los proyectos de Ley 21 de 1982.

Por último, la consulta inquiere sobre la responsabilidad que les correspondería al Ministerio de Educación Nacional, las entidades territoriales y los organismos de control fiscal en la ejecución de los recursos de la Ley 21 de 1982, una vez se ha efectuado el recaudo y se ha dispuesto la distribución y asignación de los mismos.

Al respecto se observa que la Resolución 7243 del 17 de noviembre de 2006, emanada del Ministerio de Educación Nacional, “Por la cual se asignan recursos provenientes del recaudo de la Ley 21 de 1982 para el mejoramiento de la infraestructura y dotación de instituciones educativas y se determinan los compromisos de la entidad territorial en la ejecución

de los mismos”, señala en el artículo 3º los requisitos para ejecutar tales recursos, de los cuales resulta pertinente destacar las siguientes obligaciones a cargo de las entidades territoriales:

- 1) Incorporar en su presupuesto los recursos asignados con destinación a los proyectos viabilizados por el Ministerio de Educación Nacional.
- 2) Garantizar con los recursos propios de la entidad territorial cofinanciante, la contrapartida de aporte local, la cual no podrá ser inferior, en el caso de los departamentos, distritos o municipios certificados en educación, al 30%, y en el caso de los municipios no certificados, al 10%.
- 3) Obligarse a ejecutar la totalidad de los proyectos viabilizados en un plazo de dieciocho (18) meses contados a partir del primer desembolso de los recursos asignados.
- 4) Contratar la interventoría en la ejecución de cada proyecto, con recursos propios y diferentes a los de la contrapartida.
- 5) Realizar todas las gestiones requeridas con el fin de que el proyecto sea ejecutado íntegra y oportunamente, y cumpliendo los principios de la actuación administrativa y la contratación estatal.

La misma resolución en el artículo 4º, establece la supervisión general del Ministerio de Educación Nacional para constatar la correcta ejecución de los recursos.

Adicionalmente, la Resolución 3350 del 19 de junio de 2007 del Ministerio de Educación Nacional, dictada con base en el artículo 111 de la Ley 633 de 2000, “Por la cual se definen las prioridades de inversión y se adoptan criterios para la destinación y asignación de los aportes establecidos por la Ley 21 de 1982”, consagra en los artículos 5º y 6º lo siguiente:

“Artículo quinto.- Supervisión y seguimiento.- Con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos establecidos y la correcta inversión de los recursos de conformidad con el presupuesto aprobado para cada proyecto, **el Ministerio de Educación Nacional realizará** la supervisión y el seguimiento de los recursos asignados”.

“Artículo sexto.- Interventoría y seguimiento a la ejecución de los proyectos.- Las labores de interventoría y seguimiento a la ejecución de los proyectos financiados con los recursos provenientes de la ley 21 de 1982, **deberán ser contratadas por las entidades territoriales beneficiadas con cargo a recursos distintos de los asignados.**

Con base en los informes de interventoría, **las entidades territoriales deberán diligenciar y remitir al Ministerio de Educación Nacional los informes de avance en la ejecución física y financiera de los**

proyectos, y su beneficio efectivo a la comunidad” (Negrillas no son del texto original).

De lo anterior se desprende que una vez hayan sido asignados y recibidos los recursos para los proyectos por las entidades territoriales e incorporados en sus presupuestos, corresponde a ellas su manejo y ejecución y por tanto, son responsables de su gestión fiscal.

La responsabilidad del Ministerio en esta etapa, se contrae al seguimiento y supervisión de los recursos asignados, conforme lo establece claramente el artículo 111 de la Ley 633 de 2000 y lo reafirman los artículo 4º y 5º de las Resoluciones 7243 de 2006 y 3350 de 2007.

Por último, en forma paralela la responsabilidad de los organismos de vigilancia fiscal, en esta etapa, consiste en efectuar el control en sus distintas modalidades sobre la ejecución descentralizada de los recursos para que no se desvíen de la destinación prevista y se utilicen de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 119 y 267 de la Constitución y 4º, 5º, 8º a 12 de la Ley 42 de 1993 y normas concordantes.

LA SALA RESPONDE

1. La competencia de la Contraloría General de la República y sus auditores no comprende la facultad de fijar las políticas y criterios de gestión de las entidades sujetas a su control, pero sí emitir el dictamen sobre la legalidad de las operaciones, sobre la eficiencia y eficacia de la gestión de los recursos y sobre el grado de cumplimiento de los objetivos contenidos en los planes, programas y proyectos que haya definido la administración.

2, 4 y 5. Las actividades de manejo, supervisión y seguimiento a la ejecución de los recursos de la Ley 21 de 1982 no necesariamente deben ser ejecutadas de manera exclusiva, con personal de planta del Ministerio de Educación Nacional sino que pueden serlo a través de la contratación estatal, lo cual no implica que el ministerio se desprenda de sus funciones misionales, de las de apoyo o complementarias, o que necesariamente se presente una duplicidad de tareas.

3. Podría decirse que el manejo de los recursos de la Ley 21 de 1982 no constituye para el Ministerio de Educación Nacional una función misional sino una función de apoyo o complementaria. Sin embargo, esta distinción teórica no tiene efectos frente al control fiscal de acuerdo con la explicación contenida en este concepto.

6. Una vez efectuado el recaudo y dispuesta la distribución y asignación de los recursos de la Ley 21 de 1982 por parte del Ministerio de Educación Nacional, la responsabilidad de su correcta ejecución le compete a las entidades territoriales, la de verificar el cumplimiento de las finalidades de la ley y hacer el seguimiento de los recursos, al Ministerio, y la de vigilar la gestión fiscal de los entes territoriales sobre los recursos descentralizados, a los organismos de control fiscal.

Transcríbase a la señora Ministra de Educación Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala