

Neiva, enero 03 de 2012

Corrección
neof12s@hotmail.com

Doctora
LUZ ADRIANA VIVAS
Directora Oficina Jurídica
Auditoría General de la República

Solicitud concepto urgente.

Cordial saludo;

Teniendo en cuenta la adopción de la Ley 1474 "Por la cual se dicta normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control en la gestión pública" adopta una serie de medidas administrativas en la lucha contra la corrupción y pretende subsanar e integrar aquellos aspectos en los cuales se requiere una acción contundente del Estado y de la sociedad para acabar con este fenómeno.

En este sentido la citada Ley introduce un cambio importante en la designación de los jefes de control interno a través de la modificación de la Ley marco del sistema de control interno Ley 87 de 1993 "Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones", estableciendo un perfil específico como es el de acreditación de formación profesional y experiencia mínima de tres años en asuntos de control interno y instaura además el periodo de permanencia del cargo a nivel nacional de libre nombramiento y remoción y nivel territorial rama ejecutiva un periodo fijo de cuatro años y establece además "que quienes estuvieren ocupando el cargo a 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo".

De esta manera, muy respetuosamente solicito concepto acerca de la legalidad de las actuaciones realizadas de manera sorpresiva por el entonces Contralor Municipal de Neiva (hasta el 31 de diciembre de 2011) quien a tan solo tres días de terminar su mandato, mediante resolución realiza traslado y posterior nombramiento de la asesora de control interno como directora de fiscalización y viceversa quien además de ser su persona de confianza, participó en la contratación realizada en la vigencia 2010 y 2011 en la cual se presentaron hechos presuntamente irregulares y que se están dando a conocer en la Procuraduría General de la Nación, de igual manera la persona trasladada no cumple con el perfil exigido que es una experiencia mínima de tres años en temas de control interno.

Las circunstancias presuntamente irregulares fueron evidenciadas después de la negativa del suministro de información para realizar el respectivo informe de austeridad en el gasto remitido al ente de control.

RAFAEL → TERMINO INTERNO NEIVA.
29 ENERO 2011
TERMINO FINAL → 6 FEBRERO 11



Debido a la presión ejercida sufrí padecimientos de salud que dieron lugar a una incapacidad, sin embargo el día de ayer dos de enero me reintegré y nuevamente de manera personal me presionaron para entregar el cargo manifestando entre otras circunstancias que enlodarían mi hoja de vida debido a esta circunstancia. De esta manera solicito de manera urgente concepto sobre mi proceder.

Atentamente,

MERY CONSTANZA ROJAS FIERRO
Asesora de Control Interno.
Contraloría Municipal de Neiva



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20121100004451

Fecha: 30-01-2012

CJ. 110.003.2012

Bogotá,
110

Doctora

MERY CONSTANZA ROJAS FIERRO

Asesora de Control Interno de la Contraloría Municipal de Neiva

merofi25@hotmail.com

**Referencia: consulta sobre legalidad de actuaciones administrativas de
Contralor Municipal de Neiva.**

Cordial saludo.

En atención a su petición de la referencia, procedemos a dar respuesta en los siguientes términos:

1) Síntesis de la consulta.-

Por escrito solicita usted que esta oficina se pronuncie *"sobre la legalidad de las actuaciones realizadas de manera sorpresiva por el entonces Contralor Municipal de Neiva (hasta el 31 de diciembre de 2011) quien a tan solo tres días de terminar su mandato, mediante resolución realiza traslado y posterior nombramiento de la asesora de control interno como directora de fiscalización y viceversa quien además de ser su persona de confianza, participó en la contratación realizada en la vigencia 2010 y 2011 en la cual se presentaron hechos presuntamente irregulares y que se están dando a conocer en la Procuraduría General de la Nación..."*

2) Consideraciones preliminares.-

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que en virtud de las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General

de la República, este órgano de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas. Por tal razón, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas que eventualmente puedan llegar a ser objeto de nuestra vigilancia, lo que nos obliga a emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto, coherente con el ejercicio del control fiscal posterior y selectivo ordenado por la Constitución Política de Colombia.

2) Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

La exigencia de Control Interno en las entidades estatales es de índole constitucional, en virtud del artículo 269 de nuestra Carta de Derechos, que plantea como una obligación a cargo de las autoridades correspondientes el diseño y aplicación de métodos y procedimientos de control interno.

Es este precepto el fundamento de la Ley 87 de 1993, “por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado”, entre las cuales, obviamente, figuran las contralorías territoriales.

El artículo 10 de la mencionada ley establece que “para la verificación y evaluación permanente del sistema de control interno, las entidades estatales designarán como asesor, coordinador, auditor Interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente Ley”.

Según mandato del artículo 11 de la ley citada, este funcionario es designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo.

Las normas aludidas deben interpretarse en armonía con lo establecido por la Ley 489 de 1998, creadora del Sistema Nacional de Control Interno. El parágrafo 1° del artículo 29 de esta ley regula que las normas sobre Sistema Nacional de Control Interno son aplicables, en lo pertinente, a las entidades autónomas y territoriales o sujetas a regímenes especiales en virtud de mandato constitucional. En este orden de ideas, los principios constitucionales que rigen la función administrativa son aplicables en lo que se refiere a la función pública de control interno, sin detallar el sector de la actividad estatal de que se trate.

Así puede inferirse de pronunciamiento de la Corte Constitucional emitido con ocasión de la revisión de constitucionalidad de la Ley 443 de 1998, que clasificaba el cargo de jefe de control interno de entidades estatales como de libre nombramiento y remoción. Expresó el máximo tribunal de lo constitucional:

“Se comprende entonces la estrecha y permanente interacción que debe mantener el máximo directivo de un organismo o entidad del nivel central o descentralizado, en los ámbitos nacional y territorial, con el jefe de la ofici-

na asesora de control interno, para que puedan asegurar el cumplimiento cabal de la misión de la institución, así como la efectiva vigencia de los principios constitucionales, en particular, los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, eficacia, imparcialidad, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

*Por lo expuesto, la Corporación, estima exequible su clasificación bajo la categoría de libre nombramiento y remoción”.*¹

Es válido acotar que, aun cuando la citada ley 443 de 1998 fue derogada por la ley 909 de 2004, ésta mantuvo la clasificación que ha sido citada, agrupando el cargo de Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario bajo la categoría de empleos de libre nombramiento y remoción, según los criterios señalados en el artículo 5° de esta ley.

En lo tocante con el asunto de su consulta, esta oficina encuentra que el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, el cual modificó al 11 de la Ley 87 de 1993, no se refiere al nombramiento de los Jefes de Control Interno, sino al proceso de verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, para el cual la norma señala que se designará —cuando se trate de entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional— al jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o a quien haga sus veces; y cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial.

Para esta oficina es claro que el parágrafo transitorio del artículo 9° de la Ley 1474 de 2011, con el único propósito de ajustar el periodo de cuatro años fijado por el artículo 8° de esa misma ley, estableció una excepción temporal a la condición de libre nombramiento y remoción de los funcionarios responsables de Control Interno (entiéndase los designados para verificación y evaluación permanente del Sistema de Control), consistente en que los servidores públicos de este rango que al 31 de diciembre del 2011 estuvieran ocupando el cargo, debían permanecer en él “hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario”.

Por otra parte, sin perjuicio de lo dicho respecto a la integralidad del Sistema Nacional de Control Interno, consideramos que por disposición expresa de los artículos citados la normativa mencionada no puede interpretarse sino como de específica aplicación por las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional.

En cuanto a su solicitud de emitir pronunciamiento sobre la legalidad de los actos administrativos del Contralor Municipal de Neiva, mediante los cuales trasladó y nombró a la asesora de control interno, es obligatorio considerar que los actos administrativos, sean expresos, tácitos, verbales o escritos, gozan de la presun-

¹ Corte Constitucional, sentencia C-506/99. M.P. Fabio Morón Díaz.

ción de legalidad, según la cual la decisión de la administración siempre está de acuerdo con las normas legales² y, por lo tanto, con los principios de justicia, verdad, equidad, oportunidad, conformidad con el derecho y buena fe. Esta presunción se vincula estrechamente con el principio de legalidad, que obliga a que las actuaciones de la administración tengan como principal marco la Constitución y las leyes de la República.

Aunque de índole relativa o legal, la presunción mencionada es fuente, tanto como resultado, de la confianza en la administración, el orden público y el Estado de Derecho, razón por la cual, una vez el acto administrativo ha sido publicado, notificado o comunicado — según sea el caso — se presumirá válido y eficaz, pudiéndose, sin embargo, demostrar lo contrario. Así lo observa el tratadista Gustavo Penagos:

*"La presunción de legalidad que se predica de los actos administrativos es de carácter relativa, es decir admite prueba en contrario, es calificada clásicamente como presunción 'IURIS TANTUM'. El interesado puede demostrar que el acto viola el orden jurídico"*³.

No obstante, la presunción de legitimidad de los actos administrativos admite un evento en el que puede pasarse por alto: cuando el acto administrativo contradice de forma flagrante la Constitución o la ley. En todo otro caso debe presumirse que las formalidades legales previas a la expedición del acto administrativo se han cumplido, con la consecuencia del nacimiento del acto administrativo a la vida jurídica, con fuerza obligatoria, lo que se traduce en que debe tenerse como válido mientras la autoridad competente no declare su invalidez. Al respecto explica Penagos:

*"La presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas subjetivas les da obligatoriedad, imperatibilidad y oponibilidad, **mientras dicha presunción no sea destruida mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, y generen la totalidad de sus efectos jurídicos en tanto no sean declarados nulos por los tribunales competentes**"*⁴. (Subrayado fuera del texto).

En síntesis, una vez publicado, notificado o comunicado un acto administrativo, éste se presume válido y eficaz, mientras no se infirme tal presunción ante la juris-

² *El Acto Administrativo*, Gustavo Penagos, Ediciones Librería del Profesional, 1993, pág. 216

³ Penagos, Gustavo, op. Cit., pág. 226.

⁴ Op. cit. pág 235.

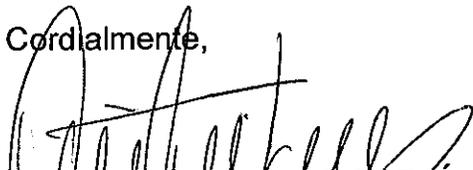
dicción contencioso-administrativa⁵, a través de uno de los medios de control descritos por el Título XI del Código Contencioso Administrativo.

Este despacho no puede, pues, pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos descritos sin invadir la esfera de competencias exclusivas de la jurisdicción contencioso administrativa e infringir el mandato constitucional, según el cual “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (artículo 121).

~~Por lo anotado, consideramos importante que usted dé a conocimiento de las autoridades judiciales mencionadas, así como a los órganos de control disciplinario — interno o externo— los hechos descritos en su consulta, pues son éstas las competentes para conocerlos y pronunciarse sobre su posible ilicitud.~~

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, recordando que el presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Ravp 

⁵ CCA, artículo 83: “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto”.