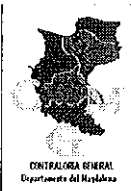


CJ. 110.016.2012



Nit 891780092-6

**CONTRALORÍA GENERAL
DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**

Despacho del Contralor

Oficio No CON 100 -08 -02

Santa Marta, 29 de febrero de 2012

Doctor
JAIME ARDILLA BARRERA
Auditor General de la Republica
Carrera 10ª No 17 -18 Piso 9
Bogotá D.C.



Rad No 2012-233-001483-2
Us Rad. JELCAIZA
Asunto : CONTRATO INTERADMINISTRATIVO SUSCRITO ENTRE LA CONTRALORIA
Destino : / Rem CIU Bernardo Carreño GómezCont
www.orteogpl.org - Sistema de Gestión

*Doctor Ardilla
Para el convenio
número y trámite
del
11/02/12*

Referencia: Contrato interadministrativo suscrito entre la Contraloría General del Departamento del Magdalena y la Universidad del Magdalena.

Asunto: Solicitud de consulta.

ALEJANDRO PÉREZ PRADA, actuando en mi condición de Contralor General del Departamento del Magdalena, me permito elevar ante ustedes consulta sobre el contrato interadministrativo, denominado "convenio especial de cooperación", suscrito entre este ente de control y la Universidad del Magdalena, previas las siguientes consideraciones:

1º.-) El día 29 de junio de 2011 se suscribió entre la Contraloría General Del Departamento del Magdalena, representada en ese entonces por el doctor **EDUARDO RODRÍGUEZ OROZCO** y la Universidad del Magdalena un convenio especial de colaboración cuyo objeto se describe en la clausula primera del mismo, el cual me permito transcribir para mayor y mejor claridad y precisión: **"CLAUSULA PRIMERA.- Objeto.-** A través de este convenio se busca aunar y unificar esfuerzos para adelantar acciones conjuntas y proyectos especiales con el objeto de implementar metodologías que conlleven a que las entidades obligadas a hacerlo, liquiden, descuenten, recauden y giren el tributo denominado estampilla REFUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA DE CARA AL NUEVO MILENIO" de conformidad con la ordenanza N°019 de fecha 18 de septiembre de 2001.

*MD
09 Mar-12
10:35 am*

Calle 17 No 1C- 78 Santa Marta – Magdalena – Colombia
Teléfonos: 421 11 57 Conm 4214717 Fax 4210744
Email despacho@contraloriadelmagdalena.gov.co

"EL RESURGIMIENTO DE LA SEGURIDAD FISCAL EN EL MAGDALENA"

[Signature]
13-03-2012
3:26. P.
11/02/12
15 MAR 2012



Nit 891780092-6

**CONTRALORÍA GENERAL
DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**

Despacho del Contralor

Oficio No CON 100 -08 -02

2º.-) Que de acuerdo con el objeto señalado en el convenio ya citado - del cual anexaremos copia para una mayor comprensión por parte de ustedes- podría pensarse o concluirse que, la Contraloría, de una u otra forma, actuaría como gestora para el recaudo del señalado tributo, situación está de donde surge la duda y es el motivo de nuestra consulta, ya que no queremos excedernos o extralimitarnos en el ejercicio de nuestras funciones

3º.-) El artículo 6to de la constitución Política de Colombia establece lo siguiente: Los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Lo subrayado es mío).

4º.-) La anterior inquietud se hace más patente ante lo expresado por el artículo 15 de la ley 330 de 1996, el cual expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 15. PROHIBICIONES. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta". (Lo resaltado es mío).

5º.-) Que se pudiera pensar y he ahí nuestra inquietud, que esta entidad eventualmente podría estar gestionando en colaboración con uno de nuestros entes vigilados (Unimagdalena), el recaudo, liquidación, cobro, pago de la mencionada estampilla pro refundación; claro está que esta última también está evidenciando un detrimento patrimonial al no percibir lo que legalmente le correspondiere por virtud de la misma y en atención a descuido, ignorancia, negligencia o por cualquier otra circunstancia, de los organismos encargados de exigir el recaudo y luego hacer de hacer la transferencia.

6º.-) Señores Auditoría General de la República, la pregunta concreta es: podríamos o deberíamos continuar con el mencionado convenio interadministrativo, o por el contrario, dicha situación, eventualmente, podría desencadenar en una investigación de tipo disciplinario, fiscal, penal o de otra índole por extralimitación en el ejercicio de nuestras funciones? lo cual es lo que pretendemos evitar con la presente consulta, ya que es imperativo para nuestra

Calle 17 No 1C- 78 Santa Marta – Magdalena – Colombia

Teléfonos: 421 11 57 Conm 4214717 Fax 4210744

Email despacho@contraloriadelmagdalena.gov.co

"EL RESURGIMIENTO DE LA SEGURIDAD FISCAL EN EL MAGDALENA"



Nit 891780092-6

**CONTRALORÍA GENERAL
DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**

Despacho del Contralor

Oficio No CON 100 -08 -02

administración cumplir con nuestras funciones dentro de los estrictos derroteros constitucionales y legales.

No está de más expresarles que en caso de que ustedes no manifiesten fundamentamente que ese convenio viola de una u otra forma la normatividad legal vigente, inmediatamente haremos las gestiones pertinentes encaminadas a dar por terminado el mismo.

7º.-) Para una mayor comprensión de lo aquí señalado, me permito anexar a la presente solicitud copia simple del convenio suscrito pluricitado, así como también copia del manual de funciones de nuestra entidad -Contraloría General del departamento del Magdalena- en la parte pertinente de las funciones del señor Contralor General del Departamento del Magdalena

En espera de pronta resolución a la presente solicitud.

No siendo más,

Atentamente,


ALEJANDRO PÉREZ PRADA
Contralor General

Anexos. Convenio

110 ABR. 2012

44079225776 00

CJ. 110.016.2012



Radicado No: 20121100019931

Fecha: 09-04-2012

Bogotá, D.C;
110

Doctor
ALEJANDRO PÉREZ PRADA
Contralor Departamental del Magdalena
Calle 17 No. 1C-78
Santa Marta, Magdalena

Asunto: **Consulta - Contrato Interadministrativo celebrado entre la Contraloría General del Departamento y la Universidad del Magdalena.**

Respetado señor contralor:

1. ANTECEDENTE

Mediante oficio No. CON 100- 08-02 recibido en esta oficina el 5 de marzo de 2012, solicita concepto sobre la viabilidad de la celebración del contrato interadministrativo, denominado "convenio especial de cooperación", suscrito entre ese ente de control y la Universidad del Magdalena, cuyo objeto se describe en la cláusula primera del mismo, que expresa: "CLAUSULA PRIMERA.- Objeto.- A través de este convenio se busca aunar y unificar esfuerzos para adelantar acciones conjuntas y proyectos especiales con el objeto de implementar metodologías que conlleven a que las entidades obligadas a hacerlo, liquiden, descuenten, recauden y giren el tributo denominado estampilla REFUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA DE CARA AL NUEVO MILENIO" de conformidad con la ordenanza No. 019 de fecha 18 de septiembre de 2001.

Antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que la misma se efectúa con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo,

toda vez que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista generales que no comprometen la responsabilidad de la entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y legales, no podemos pronunciarnos sobre situaciones individuales y concretas que pueden ser objeto de control y vigilancia posterior.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Como marco de referencia para el análisis de la consulta planteada, a continuación se transcriben las normas constitucionales y legales que estimamos pertinentes para tal efecto:

Dispone el artículo 119 Constitucional que la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

Por su parte, el artículo 267 Superior establece que 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.

A su vez, el artículo 272 ibídem señala que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya Contraloría corresponde a éstas: Igualmente dispone que los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

Por su parte, los artículos 2 y 3 de la Ley 42 de 1993, establecen:

Artículo 2°. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativas y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Contraloría Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las persona jurídicas y cualquier otro tipo de organismo o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Artículo 3°. Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integren la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior.

DEL ALCANCE DE LA FUNCION FISCALIZADORA

La función fiscalizadora, no implica una participación en la toma de decisiones de la administración, en el manejo de sus recursos, fondos, bienes o valores, sino del examen y control de ésta, después de su ejecución.

Lo anterior, en razón a que quien controla no debe participar en aquellas decisiones que posteriormente van a ser objeto de control, pues tal actuación equivaldría a coadministrar, lo que es contrario a la función fiscalizadora.

Por tanto, el ente fiscalizador es independiente y autónomo, y en tal virtud no forma parte de las entidades que controla. En todo caso, el Organismo Fiscalizador, no tiene facultades para detentar poderes que le permitan interferir en la actividad administrativa. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al señalar que la misma Constitución adopta el principio de la no intervención de las contralorías en las actividades de la administración, cuando estipula en el inciso 4º del artículo 267 de la Carta: "*La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.*"

Esta disposición es categórica, las contralorías no tienen aptitud legal para acometer las decisiones puramente administrativas, de los sujetos pasivos de control fiscal, pues, estos organismos de control tienen claramente definidas sus órbitas funcionales.

Ahora bien, concretamente con respecto a la autonomía de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Territoriales a las que la Constitución asigna la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración en los términos de los artículos 119, 267, 268 y 272 Constitucionales, se ha dispuesto por la H. Corte Constitucional que el ejercicio del control fiscal impone, como requisito esencial, que los órganos que lo lleven a cabo sean de carácter técnico y gocen de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica.

De manera general, la Corporación ha considerado que la autonomía que ostentan los organismos que llevan a cabo funciones de control fiscal debe ser entendida en el marco del Estado unitario (C.P., artículo 1º), lo cual significa que ésta se ejerce con arreglo a los principios establecidos por la Constitución Política y la ley. En este sentido la mencionada autonomía consiste, básicamente, en el establecimiento de una estructura y organización de naturaleza administrativa especializada, a la cual se le ha asignado un haz de competencias específicas que pueden ejercerse de manera autónoma e independiente, a través de órganos propios, y que dispone, al mismo tiempo, de medios personales y de recursos materiales de orden financiero y

presupuestal que puede manejar, dentro de los límites de la Constitución y la ley sin la injerencia ni la intervención de otras autoridades u órganos.

Es decir, que de acuerdo con los principios que orientan la organización del Estado colombiano, la competencia asignada a los órganos de control fiscal se ejerce de manera autónoma e independiente y sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera de los órganos que componen las ramas del poder público o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía.

En relación con el principio de imparcialidad la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-1034 de diciembre 5 de 2006, Magistrado Ponente Dr. Humberto Sierra Porto, expresó:

“Como antes se enunció, la imparcialidad es uno de los principios integradores del derecho al debido proceso que encuentra aplicación en materia disciplinaria. Este principio tiene como finalidad evitar que el juzgador sea “juez y parte”, así como que sea “juez de la propia causa”.

Sobre el alcance e importancia de la imparcialidad en materia judicial se ha pronunciado en reiteradas oportunidades esta corporación, así en el auto A-188ª de 2005 sostuvo: (...)

Por otra parte la doctrina distingue entre la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva. La primera exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto; mientras que la imparcialidad objetiva hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.

En esa medida la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer, y la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo.

Sobre la dimensión objetiva del principio de imparcialidad en las actuaciones administrativas sostuvo esta corporación en la sentencia T-297 de 1997:

La imparcialidad de los órganos de la administración al pronunciar decisiones definitivas que afectan los derechos de las personas en cuanto aplican el derecho al igual que los jueces, no obstante admitirse por la doctrina administrativa el interés de la administración en la solución del conflicto, según lo demanden los intereses públicos o sociales, comporta para aquellos la asunción de una conducta recta, ausente de todo juicio previo o prevenido, acerca del sentido en que debe adoptarse

la decisión.

El trato imparcial y por lo tanto ajeno a todo favoritismo, traduce del mismo modo, no solamente la garantía de independencia con que deben actuar dichos órganos, sino la observancia y vigencia del principio de igualdad, en el sentido de que debe darse un tratamiento igualitario a todas las personas que se encuentren dentro de una misma situación fáctica y jurídica."

Siguiendo el sentido de la imparcialidad objetiva en cuanto implica que el juzgador o investigador no haya tenido contacto con los hechos objeto de su juzgamiento o investigación, en razón de las funciones que desempeña y del órgano al que pertenece, no debe perderse de vista que el convenio interadministrativo fue celebrado con una entidad sujeto de control de la contraloría departamental, sobre la cual en determinado momento deberá ejercer vigilancia y control fiscal. Además, en la medida en que el funcionario de la contraloría deba auditar, investigar o juzgar la adecuada y correcta planeación, administración, custodia, adjudicación, gasto, inversión y disposición de dicho convenio en el que actuó la contraloría a través de un funcionario, se vería comprometido su criterio de imparcialidad, en tanto hace parte del mismo, tiene formado un juicio previo en relación con dicho convenio, actuará como juez y parte o como juez de su propia causa en tanto ha tenido contacto con los hechos que debe investigar o juzgar relacionados con el precitado convenio.

Es preciso señalar que los artículos 209, 228 y 230 de la Constitución Política establecen como característica esencial de la administración y en general de la función pública la sujeción en la toma de sus decisiones al principio de imparcialidad, pues, cualquier decisión judicial o administrativa debe regirse o tener como fundamento el ordenamiento jurídico aplicado al caso particular y concreto, lo que impone al juez o al servidor público intervenir con total imparcialidad, despojado de cualquier condicionamiento que pueda comprometer la debida y recta aplicación de la norma, razón por la cual no puede haber emitido concepto previo en relación con la cuestión sometida a su consideración o tener un interés personal en la decisión que deba tomar.

Así las cosas, en la medida en que el funcionario deba intervenir en la vigilancia y control fiscal sobre un asunto en el que previamente ha actuado, suscribiendo un convenio interadministrativo que debe ser objeto de control y vigilancia, se produciría una clara causal de impedimento conforme a lo previsto en la ley, o por lo menos, se carecería de objetividad y de imparcialidad para tomar una decisión en razón al interés personal en la misma.

En igual sentido, si los funcionarios que deban ejercer control y vigilancia fiscal sobre determinado convenio interadministrativo, así no hayan actuado en el contrato,

también se generaría la afectación al principio de imparcialidad, toda vez que existe o se generó una relación jerárquica entre el contralor departamental y los funcionarios de ese ente de control, siempre teniendo en cuenta que la imparcialidad e independencia hacen referencia al órgano institucional que suscribió el convenio, pues, actúa como parte del mismo, más no a las personas.

Sobre el particular debe precisarse que no debe presumirse una actitud malintencionada de estos funcionarios, sino que, no se dan las condiciones que objetivamente aseguren una total imparcialidad, o un criterio justo en la toma de las decisiones que se asuman.

La Corte Constitucional en sentencia C-113 de 1999, al tratar un asunto similar relacionado con la contraloría general, expresó:

"...En ese orden de ideas, la tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán, de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función.

Así, pues, en tratándose de la Contraloría General de la República, el control a ella asignado es de carácter posterior, por expresa disposición del artículo 267 de la Constitución, motivo por el cual resulta evidente que a dicho órgano le está vedado participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones (...)

Añádese (sic) a lo dicho que las posibilidades de co-gestión por parte de delegados de los entes fiscalizadores, tal como se daba con anterioridad a la Carta Política de 1991, no solamente resultaba ineficaz para lograr una verdadera transparencia de los procesos administrativos, en especial los de contratación, sino que se había constituido en oportunidad y motivo de corrupción, en cuanto se prestaba para ilícitos pactos entre funcionarios administrativos y los encargados de su vigilancia. Eso, además de la injustificada dilación que en los trámites correspondientes implicaba la permanente consulta de las decisiones con los órganos de control, especialmente las auditorías, cuyos titulares creían gozar de autoridad suficiente para obstaculizar y para desviar las actuaciones previas a la contratación, imponiendo no pocas veces sus criterios a las autoridades competentes, con ostensible vulneración del principio

de separación funcional y distorsionando el verdadero papel que se atribuye a quienes ejercen el control fiscal.”

La Oficina Jurídica de la Contraloría General en el concepto IE7808, en relación con el tema, manifestó:

“En este orden de ideas, podemos decir que, en el caso planteado no puede esperarse imparcialidad del funcionario de la Contraloría que, directa o indirectamente participa en la definición de la ejecución de los recursos del convenio, y posteriormente ejerce control fiscal sobre su manejo. Sin embargo, estimamos que más que una inhabilidad o una incompatibilidad se trataría de un impedimento, generador de una causal de recusación, regulados por el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo y el 150 del Código de Procedimiento Civil.

Además, no podemos perder de vista el principio general de derecho según el cual “nadie puede ser juez y parte”, pues si un funcionario de la Contraloría General de la República tiene injerencia o toma decisiones en lo que tiene que ver con la ejecución de los recursos del convenio, no parece ético ni moral que luego en su calidad de servidor del máximo ente de control fiscal, se pronuncie sobre la oportunidad, conveniencia o legalidad de los gastos.”

De acuerdo con las jurisprudencias constitucionales citadas y las normas legales pertinentes, se concluye que las contralorías no son parte en los procesos administrativos de las entidades sujetas a su control, en tal caso no podrían intervenir en los mismos, pues estaría sujeto a las directrices y pautas que puedan señalar los que han de ser controlados, tal como quedó debidamente ilustrado en precedencia

No hay lugar a duda alguna que las contralorías no pueden en ejercicio de sus funciones actuar dentro de los procesos internos de la administración como si fueran parte de ella, puesto que su desempeño debe ajustarse al ejercicio del control y vigilancia de la actividad estatal, dentro de su propia independencia, sin que le sea permitido participar en los trabajos que deben cumplir los órganos y funcionarios competentes, pues, si resultan involucrados en estos procesos administrativos internos y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir imparcialmente sus funciones como órganos de control.

3. CONCLUSIÓN

En aras de preservar la imparcialidad e independencia de la función de vigilancia y control fiscal que ejercen las contralorías territoriales, no es dable que actúen como parte de un contrato o de un convenio interadministrativo suscrito con un sujeto a

vigilar, que luego será objeto de su control.

En vista de que el control fiscal debe ejercerse de manera independiente e imparcial las contralorías no pueden involucrarse previamente en un proceso administrativo específico de un sujeto de control, que luego será objeto de su escrutinio, lo que sucede en la medida en que las contralorías actúen como parte de un convenio que recaiga sobre un bien que luego será objeto de su control.

Es del caso manifestar que la competencia constituye uno de los criterios más importantes de cualquier proceso, jurisdiccional o administrativo, toda vez que se torna en un presupuesto fundamental, por cuanto define la facultad para actuar de un funcionario frente a un caso concreto, en igual forma, asegura a las partes el derecho a conocer la autoridad a quien la constitución y las leyes le han asignado el conocimiento de un determinado asunto. La competencia es de orden público, es decir, la fija la Constitución y la ley, y no puede suplirse por la convención de las partes, excepto en los casos taxativamente establecidos en los ordenamientos legales.

Por último, es preciso señalar que el artículo 6° Constitucional, establece que los particulares son responsables por infringir la Constitución y la ley, pero los servidores públicos además lo son por la misma causa y por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En este orden, los servidores del Estado sólo les está permitido realizar lo que la Ley y la Constitución les ordena, en tal virtud, los funcionarios de las contralorías deben ejercer sus funciones de conformidad con lo establecido en la Constitución Política y la ley.

Cordialmente,



LUZ ADRIANA VIVAS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Roberto Arrazola Merlano. Asesor.