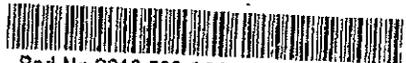
	<b>CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO</b> NIT 800.157.830 - 3	GE F 09.01
	<b>OFICIO EXTERNO</b>	16/01/09

CDN-100-32-064

San Juan de Pasto, 9 de abril de 2012

Doctor  
**JAIME RAUL ARDILA BARRERA**  
 Auditor General de la República  
 Bogotá D.C.

**AUDITORÍA GENERAL**



Rad No 2012-233-002411-2  
 Us Rad. JELOAIZA  
 Asunto : PETICION DE CONCEPTO.  
 Destino : / Rem CIJ NARIÑO FUNCIONARIOS CONTRAL  
 www.nifeogpl.org - Sistema de Gestión

Asunto: Petición de concepto.

Señor Auditor:

Teniendo en cuenta las limitantes presupuestales que estableció la ley 617 de 2000 (con las modificaciones de la ley 1416 de 2010) y los problemas que produjo a todas las Contralorías Departamentales la interpretación dada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado al artículo 15 de la ley 330 de 1996, muy atentamente me permito solicitar se emita un concepto sobre la posibilidad o no de que una Contraloría pueda presentar a la entidad territorial de la que depende presupuestalmente, un proyecto de desarrollo institucional a fin de acceder a recursos humanos y técnicos que fueran adquiridos por la misma entidad territorial; la cual se encargaría de celebrar todos los contratos necesarios para conformar uno o varios grupos de apoyo (con equipos y mobiliario) que utilizaría el ente de control en la atención de planes de descongestión de sus procesos misionales, como el proceso auditor y/o los procesos fiscales.

En espera de una pronta respuesta, me suscribo.

Atentamente,

  
**DAVID EFRÉN RUIZ PORTILLA**  
 Contralor Departamental de Nariño

Proyectó: **RICARDO GUEVARA APRÁEZ**  
 Director Técnico

*Doctor Repellido  
 Para su conocimiento  
 y trámite  
 Juan  
 abril 24/12*

*RD  
 26 ABR 12  
 10:20 am*

*11/ABR/12*

**11 ABR. 2012**  
*-cup  
 11/4/12  
 3:20*

**CONSTRUYENDO MORALIDAD, CREDIBILIDAD Y GENERANDO RESULTADOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20121100028361

Fecha: 23-05-2012

Bogotá,  
110  
O.J.110.028.2012

Doctor  
**DAVID EFREN RUIZ PORTILLA**  
Contralor Departamental de Nariño  
Carrera 24 No. 19 – 33 Edif: Pasto Plaza Piso 4  
San Juan de Pasto, Nariño

**Referencia:** Solicitud de Concepto Rad. No. 2012-233-002411-2

Respetado señor Contralor:

En atención a la petición de la referencia, de manera atenta resolvemos su inquietud en los siguientes términos:

#### **Síntesis de la consulta.-**

Mediante oficio CDN-100-32-064 de 9 de abril de 2012, dirigido al señor Auditor General de la República, remitido por competencia a esta Oficina Jurídica el 11 de los corrientes, solicita concepto sobre la posibilidad o no de que una contraloría pueda presentar a la entidad territorial de la que depende presupuestalmente, un proyecto de desarrollo institucional a fin de acceder a recursos humanos y técnicos que fueran adquiridos por la misma entidad territorial con el fin de celebrar todos los contratos necesarios para conformar uno o varios grupos de apoyo que se utilizarían para la atención de planes de descongestión de sus procesos misionales, como el proceso auditor y/o los procesos fiscales.

#### **2) Consideraciones preliminares.-**

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

*Diana Paz  
290512*

la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los órganos de control resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

### 3) Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

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 *ibidem* 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 4° 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 1°), 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 proyecto de desarrollo institucional a celebrarse 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 proyecto 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 proyecto de desarrollo institucional 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 proyecto, 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.”*

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.

Respecto de la asignación de funciones administrativas a los particulares dentro del marco de la Ley 489 de 1998, que bien puede asimilarse al caso consultado, no cabe duda que es aceptado por la Ley y la jurisprudencia el ejercicio de funciones administrativas por los particulares, sin embargo con ciertas limitaciones, pues las Entidades del Estado no pueden deslindarse por completo de la función cuando se hace entrega de esta al particular.

La Corte Constitucional ha precisado que *“no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares”*, y ha señalado, entre otras limitaciones, que la Constitución Política y las leyes pueden restringir el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares, al prescribir competencias exclusivas y excluyentes a favor de determinada autoridad, de igual forma las únicas funciones que pueden ser atribuidas son aquellas propiamente administrativas y no las de contenido legislativo o jurisdiccional, como tampoco los funcionarios públicos pueden delegar aquellas funciones que sean suyas y no las de otros funcionarios, ni pueden llegar al punto de vaciar de contenido la competencia asignada a un funcionario y reemplazarlo permanentemente por un particular totalmente en sus funciones.

Ante una eventual contratación de servicios profesionales la misma apuntaría al necesario apoyo y soporte en la función administrativa, pero no en el conocimiento propio de los procesos de auditoría o de responsabilidad fiscal, como quiera que éstas gozan de una especial naturaleza que le atribuye la regulación, el control y la vigilancia a la autoridad o entidad pública titular de dicha función, y esta atribución solo podrá ser delegada en las dependencias que, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad, existan, se creen o se modifiquen, para tal efecto.

### **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 proyecto de desarrollo institucional 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 proyecto 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.

Con fundamento en lo anterior, esta Oficina considera que dentro de precisos términos de competencia la sustanciación y conocimiento de los procesos de responsabilidad fiscal, al igual que las funciones relativas al proceso auditor son exclusivas de quienes ostentan la investidura de servidor público y que en el caso de la Contraloría Departamental de Nariño hacen parte de la Oficina de las Subdirecciones Técnicas de Responsabilidad Fiscal y Sistemas Gubernamentales, respectivamente, y no puede ser trasladada a particulares o cumplidas por contratistas.

Cabe señalar al respecto, 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.

Ahora bien, como el tema objeto de consulta tiene relación directa con lo estatuido en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, y teniendo en cuenta que esta Oficina Jurídica mediante diversos conceptos jurídicos ha considerado que debe aplicarse de manera estricta la prohibición contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, en consideración a su condición de norma especial o excepcional, lo cual fue avalado mediante los pronunciamientos del 19 de agosto de 2010, radicación 11001-03-06-000-2010-00052-00, y su ampliación del 24 de mayo de 2011,

radicación 11001-03-06-000-2010-00052-00, conceptos estos proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; debemos precisar que ante la expedición de la Ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”*, reglamentada en su momento por los derogados, entre otros, Decretos 2474 de 2008 y 4266 de 2010, y en la actualidad conforme a lo dispuesto en el Decreto 734 de 2012, normas éstas que contemplaron diversas modalidades de contratación directa para la contratación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por parte de las entidades estatales, dentro de las cuales debemos incluir a las contralorías departamentales, máxime cuando estos entes de control no poseen un régimen excepcional de contratación, pues, se rigen en sus contrataciones por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública, podrían conllevar a una derogación tácita del artículo 15 de la Ley 330 de 1996, es decir, la ley posterior resulta incompatible con el referido artículo 15, o en su defecto, una interpretación sistemática de todo el sistema de regulación del contrato de prestación de servicios apunta a que es permitido contratar personas naturales o jurídicas que apoyen la gestión de la respectiva entidad. De igual forma, puede argumentarse que la ley posterior resulta incompatible con el pluricitado artículo 15 de la Ley 330 de 1996.

Además de lo expuesto en precedencia, debemos tener en cuenta la previsión contenida en el inciso final del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que expresa: *“Las normas del Estatuto General de Contratación Pública preferirán a cualquier otra sobre la materia, con excepción de aquellas de naturaleza estatutaria u orgánica. En consecuencia, la derogatoria de las normas del Estatuto General de Contratación Pública sólo podrán hacerse de manera expresa, mediante su precisa identificación.”* Cabe precisar al respecto, que la Ley 330 de 1996, es una ley ordinaria.

Ante esta disyuntiva, la actual administración de la Auditoría General de la República decidió elevar nuevamente consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado por conducto del Departamento Administrativo de la Función Pública, consignando que las nuevas disposiciones que en materia de contratación de prestación de servicios se han venido expidiendo, no fueron tenidas en cuenta en las consultas precedentes lo que originaron los conceptos enunciados, razón por la cual se impone un nuevo pronunciamiento a efectos de verificar dicho tema y en consecuencia se aclare el tema objeto de controversia.



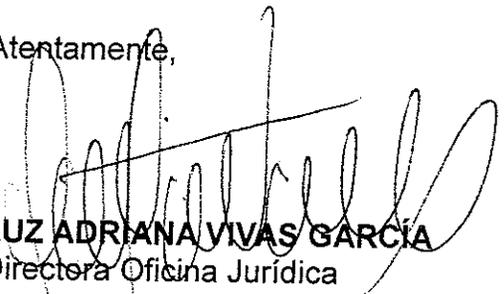
**AUDITORÍA**  
GENERAL DE LA REPÚBLICA

*Control fiscal con pedagogía social*

Acorde con lo anterior, una vez la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronuncie sobre la ampliación de concepto solicitada, esta Entidad lo dará a conocer a las contralorías departamentales, indicando los lineamientos a seguir sobre la materia.

Este 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.

Atentamente,



**LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA**  
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Roberto Arzola Merlano- Asesor