



Radicado No: 20201100018871

Fecha: 05-08-2020

Bogotá,
110

Doctora
MIRYAM JOHANA MÉNDEZ HORTA
Direccion.juridica@contraloriatolima.gov.co

Referencia: Concepto 110.34.2020
SIA – ATC 012020000396
Competencia para resolver Impedimentos Contralores Territoriales

Respetada doctora:

La Auditoría General de la República recibió el requerimiento señalado en la referencia, que fue radicado con el SIA-ATC 2020000373, en el que solicita se le informe:

“Por medio del presente se solicita emitir concepto sobre la entidad y/o funcionario competente para resolver los impedimentos declarados por los contralores territoriales (Departamentales y municipales), teniendo en cuenta que dichos funcionarios no tienen superior jerárquico ni constitucionalmente son considerados autoridades territoriales, tal como lo plantea el artículo 12 de la ley 1437 de 2011 cuando señala como competente para resolver los impedimentos al “superior o si no lo tuviere, la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales”.

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Luego de lo expresado, procedemos a dar respuesta a su solicitud, en los siguientes términos:

El Consejo de Estado, en Sentencia 0012 de 2009¹, expresó respecto de finalidad de los impedimentos y recusaciones lo siguiente:

“El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política. La regulación legal de las catorce causales de recusación consagradas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y de las 2 contenidas en el artículo 160 del Código Contencioso Administrativo, persiguen un fin lícito, proporcional y razonable; sin embargo, se debe impedir que en forma temeraria y de mala fe, se utilice el incidente de recusación como estrategia para separar al Juez de los asuntos de su conocimiento. Para ello, resulta indispensable que el recusante no se limite a efectuar afirmaciones de carácter subjetivo, sino que se requiere de la identificación precisa de la causal que se invoque y de la prueba de la ocurrencia de los hechos denunciados, para efectos de establecer si el funcionario judicial recusado debe ser o no separado del asunto que viene conociendo; las causas que dan lugar a ello no pueden deducirse ni ser objeto de interpretaciones subjetivas. Atendiendo lo previamente solicitado, para la Sala no es del caso aceptar los argumentos configurativos de la presunta recusación porque el recusante incumplió la carga de identificar de manera clara y precisa la causal o las causales de recusación, tal y como lo exige el artículo 152 del C.P.C; se limitó única y

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C. P. Victor Remando Alvarado Ardua, Providencia de abril 21 de 2009 Rad. N° 11001-03-25-000-2005-00012-01e el

exclusivamente a hacer afirmaciones subjetivas basadas en apreciaciones propias sobre lo que cree y lo que piensa y señaló o adujo motivos que no encajan dentro de ninguna de las causales previstas en el artículo 150 del C.P.C., aplicable por remisión del artículo 160 del C.C.A. Tampoco demostró los hechos en que funda la recusación ni aportó ningún elemento probatorio tendiente a generar desconfianza en la imparcialidad de los Consejeros en cuestión.”

Como se desprende del texto transcrito, el fundamento de los impedimentos y recusaciones es ofrecer transparencia en el conocimiento de un proceso, que sus causales son taxativas, que comportan una excepción a la función jurisdiccional que le corresponde al juez (en el caso de los contralores territoriales, a la función administrativa que les fue otorgada por el legislador), tiene que ver con un interés *“particular, cierto y actual”*, para garantizar una decisión imparcial, en cumplimiento de los *“principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política.”*

En virtud de lo anterior, la Ley 734 de 2002, se refirió a la garantía de la función pública, así:

“Artículo 22. Garantía de la función pública. *El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.”*

De otra parte, en virtud de lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el Acto legislativo nro. 04 de 2019, las contralorías territoriales son órganos de control, que ejercerán en el ámbito de su competencia, las funciones atribuidas al Contralor General de la República, y, adicionalmente, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Conforme lo anterior, resulta claro, como lo afirma el peticionario, que los contralores territoriales no tienen superior para que lo tramite, pero no tiene razón al señalar que no son autoridades territoriales.

Como se indicó en líneas precedentes, el contralor territorial ejerce funciones de servidor público, las cuales le son otorgadas y especificadas en la Constitución Política, y por tanto, con el deber de sujetarse al imperio de la Constitución y la ley, por lo que es susceptible

de ser sujeto pasivo del accionar del Estado, en garantía de la función pública, definida previamente.

Es necesario hacer la aclaración de que el término de entidad territorial, de conformidad con lo señalado en el artículo 286 de la Constitución Política está constituida por los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, de ésta, efectivamente, no hace parte una contraloría territorial, mientras que el término de autoridad territorial se refiere a un rol o función que sí ejerce.

Con el fin de soportar lo expresado, es necesario remitirse al Concepto nro. 76981 del 12 de marzo de 2019², proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que hace remisión a conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para aclarar lo pertinente:

“Con relación al ejercicio de autoridad, el Consejo de Estado en Concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, con ponencia del Dr. Gustavo Aponte Santos, indicó lo siguiente:

“La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas (...).

A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia" (9).

En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la autoridad administrativa se ejerce para "hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo,

² Radicado nro. 20196000076981

nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa" (10). (...)

"También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...)"
(Subrayado fuera de texto).

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, es importante precisar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

"En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

(...)"

Además, señala el referido concepto:

“De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero se fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional; o los alcaldes y gobernadores y sus secretarios de despacho en el nivel territorial.

El otro aspecto que permite establecer que un empleado público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios o de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.

Así las cosas, con el fin de determinar si en un cargo se ejerce jurisdicción o autoridad administrativa o civil en el nivel municipal, tal como lo afirma la sentencia anteriormente señalada, se hace necesario acudir a las funciones generales asignadas.” (Subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, podemos afirmar que los contralores territoriales ejercen cargos con autoridad administrativa, como órgano de control del nivel territorial, ya que tiene poderes decisorios, de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, de conformidad con las funciones asignadas en el artículo 272 de la Constitución Política, es decir, que su autoridad deviene del contenido funcional del empleo.

Por lo expuesto, se puede concluir que de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, para el trámite de un impedimento de un contralor territorial, siendo autoridad, a falta de superior, debe dirigir la actuación relativa al impedimento, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, con escrito motivado, al procurador regional que le corresponda para que decida de fondo, dentro de los términos que le establece la ley.

De esta manera consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas.

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web

www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y mcgalindo@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 28ff8fe4 también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

La presente respuesta se brinda dentro de los términos establecidos en la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
 Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Martha Galindo		22/07/2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		22/07/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		22/07/2020

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.