

**\*20171100027001\***

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20171100027001

Fecha: 27-07-2017

Bogotá,  
110

Señor

---

**Asunto: Respuesta solicitud de concepto RAD. SIA ATC 012017000516**

A través de la presente, la Oficina Jurídica procede a dar respuesta a la solicitud de la referencia, elevada y precisada por usted, en los siguientes términos:

• **SINTESIS DE LA CONSULTA**

*"(...)Con base en el artículo 121 de la Ley 1474 de 2011 es posible que una contraloría territorial vincule a las auditorías articuladas a grupo comunitarios, ciudadanos, etc que sepan de auditorías así no tengan personería jurídica."*

• **CONSIDERACION PRELIMINAR**

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 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 controladores 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.

• **CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA**

**1. FINALIDAD DEL CONTROL FISCAL**

El constituyente de 1991 estableció que todos los fondos o recursos públicos manejados por entidades nacionales o territoriales y por particulares fueran objeto de control de su gestión. Así las cosas, el artículo 274 superior, estableció que sería la ley la que determinaría la manera de ejercer la vigilancia fiscal a nivel departamental,



distrital y municipal.

Así las cosas, dicha vigilancia está dada por la verificación de la correcta instrumentalización de los recursos públicos en el ejercicio de las actividades, funciones de administración y prestación de servicios públicos por parte del Estado.

Con base en el origen y destino del patrimonio, se otorga la categorización de recursos públicos o privados, por lo cual las entidades, independientemente de su calificación se encuentran sujetas para el manejo del presupuesto a los principios contenidos en el ordenamiento superior y a las normas presupuestales que deben armonizarse con el Estatuto Orgánico del Presupuesto<sup>1</sup>.

Es evidente la necesidad de ejercitar el control fiscal en los órdenes nacional, distrital y municipal<sup>2</sup>, en forma posterior y selectiva<sup>3</sup>, al tenor del artículo 267 superior que al tenor reza: ***“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. (...)”*** Negrilla es nuestra.

Respecto a las entidades de orden distrital y municipal, el artículo 272 señala:

*“(...) La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva (...). Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268. (...)”*

El artículo 25 de la Ley 42 de 1993 establece la competencia para el ejercicio del control fiscal, es decir que si se trata de recursos de la Nación -fondos o dineros transferidos por la Nación-, le corresponderá la vigilancia a la Contraloría General de la República en el porcentaje correspondiente, mientras que respecto de los recursos propios de la entidades territoriales la competencia corresponde a la respectiva contraloría territorial -municipal, distrital o departamental-.

## 2. COMPETENCIA DE LAS CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES

El artículo 3° de la Ley 42 de 1993 establece que son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo 2°.

<sup>1</sup> Artículo 352 C.P./91 y Artículo 109 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

<sup>2</sup> Cfr. Artículo 14 Decreto 777 de 1992.

<sup>3</sup> Sentencia C-623 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Ahora bien, el artículo 272 de la Constitución Política establece que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

En relación con la competencia para el ejercicio del control fiscal se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“La competencia para ejercer el control de la gestión fiscal está distribuida entre las contralorías General de la República, departamentales, distritales y municipales donde haya contralorías, con base en los criterios consignados en la Constitución Política (Artículos 267 a 272), que la Sala identificó, en el concepto 1007 de 1997, en los siguientes términos:*

*“a) Según la pertenencia de los fondos o bienes. Conforme al inciso 1º del artículo 267 de la Constitución Política corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de los fondos o bienes de la nación.*

*b) Según el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado. El artículo 272 de la Constitución dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y a la contralorías departamentales incumbe la de los municipios que carezcan de dicho órgano de control, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.*

*c) Según el arbitrio legislativo. Los artículos 267 y 272 de la Constitución prevén que la ley, esto es, el legislador determine los casos especiales, en que la vigilancia de la contraloría se puede realizar por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. Así mismo, se defiere a la ley la fijación de los casos excepcionales en los que la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”*

En concordancia con lo anterior, en el concepto 1662 de 2005, emitido por esta Sala, se sostuvo:

*“La competencia de la Contraloría General está dada con referencia a los bienes objeto de la vigilancia fiscal en tanto sean de la Nación, la competencia de las contralorías territoriales está referida al sujeto pasivo de la función fiscal, esto es la entidad territorial, y además está circunscrita al ámbito de su jurisdicción, en las voces del artículo 272, inciso sexto, ibídem (...)” así:*

*“Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.” (Subraya la Sala).” (...)*

*“(...) Se tiene entonces que la competencia de las contralorías territoriales, determinada constitucionalmente por la “jurisdicción”, queda fijada respecto de las entidades que integran la estructura central y descentralizada de la administración del*

**departamento, distrito o municipio que delimita territorialmente esa jurisdicción, y respecto de los bienes de esas mismas entidades (...)**"

*(...) En el orden territorial, son sujetos de control fiscal los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y los particulares que administren o manejen bienes o fondos del departamento (art.3º).*

*Por su parte, el artículo 65 ibídem, prevé que "Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley".*  
Negrilla fuera de texto

De conformidad con lo anterior, la competencia de las Contralorías del orden territorial se encuentra determinada en el ámbito de su jurisdicción a aquellas entidades que hacen parte de la estructura administrativa del orden departamental o municipal y a los particulares que manejen fondos o bienes que pertenezcan a alguno de estos órdenes.

### 3. ARTÍCULO 121 LEY 1474 DE 2011

El legislador colombiano implementó a través de la Ley 1474 de 2011 algunas medidas para el fortalecimiento del ejercicio de la función de control fiscal, entre las cuales se encuentran las alianzas estratégicas de los órganos de control territorial con la academia y demás organizaciones de estudios e investigación social, a fin de configurar equipos especializados de veedores ciudadanos.

Lo anterior no tiene otra finalidad que poner en marcha medidas preventivas en orden a materializar el control fiscal social respecto de la formulación y presupuestación de las políticas públicas y los recursos del erario comprometidos en su ejecución.

No obstante lo anterior es claro el mandato constitucional<sup>4</sup> y legal<sup>5</sup>, que le prohíbe a las contralorías departamentales contratar servicios personales, a través de los cuales se pueden llevar a cabo alianzas estratégicas, es decir no pueden celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales ni jurídicas, para ninguna de las actividades y funciones asignadas a los empleos de sus plantas de personal.

Aunado a lo anterior, es evidente que la Auditoría General de la República en diferentes oportunidades se ha pronunciado a éste respecto en los conceptos: OJ-110-020-2007, OJ-110-043-2007, OJ-110-06-2009, OJ-110-002-2010, RAD. 20129900007241 (18/12/2012), RAD. 20141100006521 (17/02/2014), manteniendo su postura jurídica respecto de la prohibición expresa contenida en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, que se constituye en una prohibición de carácter especial para las contralorías departamentales y además se constituye en una excepción a la autorización general para

<sup>4</sup> Corte Constitucional. C-171 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 7 de marzo de 2012.

<sup>5</sup> Artículo 15 de la Ley 330 de 1996

celebrar contratos de prestación de servicios contenida en la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones contractuales.

Las razones jurídicas de ésta prohibición no son de carácter conceptual, sino constitucional y legal y se fundamentan en la teleología normativa que enfatizó en la preponderancia de los principios de supremacía fundamental y la prohibición expresa de la configuración de nóminas paralelas, entendida como una limitación sistemática en el régimen contractual público.

Así las cosas, el sentido del artículo 121 de la Ley 1474 de 2011 no es otro que fortalecer el control fiscal social a través de veedurías ciudadanas o incluso auditores universitarios, pero no respecto a ejecutar actividad misional relacionada con el proceso auditor como presupuesto del control fiscal. Por ello, NO es dable que las contralorías territoriales adelanten alianzas estratégicas para ejecutar labores misionales, ya que las mismas son del resorte propio y de competencia de los funcionarios vinculados a dichos organismos de control.

Dichas competencias NO deben ser sustituidas por personal externo a las contralorías, verbigracia, contratistas o particulares, lo que se relaciona con varios criterios de determinación de la permanencia funcional, así:

*"(...) (i) criterio funcional, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)"<sup>6</sup>; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al criterio de excepcionalidad, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral (...)"*

Así las cosas, el relacionamiento del Estado con los particulares en cumplimiento de sus deberes públicos otorgados mediante mandato constitucional, **debe ser excepcional** y debe atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no puedan ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

<sup>6</sup> Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Es claro que los profesionales que pertenecen a las dependencias misionales y de apoyo de la entidad en los órganos de control **cumplen funciones permanentes al servicio de la entidad**, funciones que no pueden suplirse por personal externo, máxime cuando éstas actividades se desempeñan con arreglo a la estructura funcional de la entidad y no se agotan en una sola vigencia, por el contrario son de tracto sucesivo y requieren ser atendidas permanentemente.

Como bien lo sostuvo la Corte Constitucional, no es dable que las labores permanentes que exige el servicio público sean desempeñadas por contratistas, y personas naturales o jurídicas que ostenten vinculaciones diferentes a las del servidor público, ya que las mismas deben ejercerse por funcionarios de planta, incorporados mediante carrera administrativa o provisionalidad y que tengan virtud de permanencia y pertenencia con la entidad.

De esta forma, de manera general y abstracta damos respuesta al interrogante planteado, recordándole que el presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, por lo tanto no tiene carácter obligatorio ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



**ROBERTO ENRIQUE ARRÁZOLA MERLANO**  
Director Oficina Jurídica