

CGR-OJ- 001 de 2018  
80112 -

Bogotá D.C.,

Contraloría General de la República :: SGD 03-01-2018 15:38  
Al Contestar Cite Este No.: 2018EE0000378 Fol:4 Anex:0 FA:0  
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / NESTOR IVÁN ARIAS AFANADOR  
DESTINO JINNA PAOLA VILLAMIL PAEZ  
ASUNTO CONCEPTO CONTROL FISCAL SOBRE RECURSOS DE PARTICULARES EN OBRA  
OBS

2018EE0000378



Señora  
JINNA PAOLA VILLAMIL PAEZ-  
Calle 10 No.7 – 32  
Ibagué - Tolima  
juridicawco@gmail.com

**Asunto: CONTROL FISCAL SOBRE RECURSOS DADOS A PARTICULARES  
DENTRO DEL CONTRATO DE OBRA.**

### **1. Antecedentes.**

Esta Oficina recibió su consulta, radicada bajo el SIGEDOC 2017ER0120541 y el SIPAR 2017-128477-82110-CO, en la cual se formula el siguiente interrogante:

¿Los recursos del Estado que son entregados formalmente a los particulares en virtud a la ejecución de contratos de obra en pagos totales o parciales, a excepción de la utilidad del contratista previamente pactada, son objeto de vigilancia y control, dada la materialidad del contrato?

### **2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica.**

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución<sup>1</sup>, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la Contraloría General de la República, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *“sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación”*

<sup>1</sup> República de Colombia, Art. 28, Ley 1755 de 2015.

de la Contraloría General<sup>2</sup>, así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General<sup>3</sup> y las presentadas por la ciudadanía respecto de “las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República<sup>4</sup>”.

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal<sup>5</sup> y “asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten<sup>6</sup>”.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16<sup>7</sup> del Decreto Ley 267 de 2000, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

No obstante lo anterior, y con el propósito de brindar elementos de juicio que contribuyan a ilustrar el tema puesto a consideración, pasa este Despacho a formular algunas consideraciones jurídicas de manera general y abstracta sobre el particular.

### **3. Consideraciones Jurídicas.**

De conformidad con el artículo 267 de la Constitución Política, el control fiscal que se ejerce sobre los recursos del Estado es competencia de la Contraloría General de la República. La norma en cita señala que:

“Artículo 267. 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.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

<sup>2</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>3</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>4</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>5</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>6</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>7</sup> República de Colombia, Decreto Ley 267 de 2000, artículo 43. Oficina Jurídica. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

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. (...)

Por su parte, el artículo 272 de la Carta, señala como se ejerce la vigilancia fiscal a nivel descentralizado.

“Artículo 272. 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.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal”.

Al tenor de lo dispuesto en la Ley 42 de 1993, por la cual, se establece la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, son sujetos del mencionado control fiscal los siguientes:

“Artículo 2º.- Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa 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 Constitución 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 personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República. (...)

Ahora bien, en cuanto a la legislación aplicable en particular en materia contractual, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son definidos así:

“Artículo 32. *De los Contratos Estatales.* Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. (...)

Dentro de los contratos estatales, la norma en cita incluye en el numeral 1º el contrato de obra en los siguientes términos:

“1° Contrato de Obra

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. (...)”.

Puntualmente sobre la vigilancia fiscal que se ejerce sobre la contratación estatal, el Estatuto de Contratación, señaló lo siguiente:

“Artículo 65°.- *De la Intervención de las Autoridades que ejercen Control Fiscal.* La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-623 de 1999).

El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de Control Interno. Las autoridades de Control Fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden”.

Es necesario tener en cuenta que toda la actividad contractual que se adelante con recursos públicos deberá atender a los principios de la contratación contenidos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, los cuales, serán objeto de verificación por el órgano de control fiscal. Dichos principios son los siguientes:

“Artículo 23. De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Adicionalmente, en consonancia con los precitados principios contractuales debe encontrarse el objeto de los contratos estatales. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

“5.1. El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados

que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines<sup>8</sup>. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad<sup>9</sup>.

Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual<sup>10</sup>.

Es así como, de la normatividad y jurisprudencia reseñadas, claramente se evidencia que la vigilancia y control fiscal que ejerce el órgano de control fiscal recae sobre la totalidad de la actividad contractual, ya que, cubre la etapa precontractual, contractual y postcontractual, pues tal como lo dispuso la norma, el control comienza una vez se han surtido todos los requerimientos previos a la ejecución del contrato, a saber<sup>11</sup>: aprobación de la garantía, si así se contempló en el contrato; contar con las correspondientes disponibilidades presupuestales, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras; tener la acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos de ley.

El control fiscal en ningún momento debe confundirse con una forma de coadministración lo que a todas luces vulneraría la autonomía tanto de la entidad objeto de control, como la del órgano de control. Al respecto, se extrae el siguiente aparte jurisprudencial:

"En este orden de ideas, la tarea de entes como la Contraloría no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella,

<sup>8</sup> Como se reconoce en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

<sup>9</sup> "La actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado; pero no es necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos fines; basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una sustitución del Estado por el Administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquél, sino de una mera colaboración del Administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones" (se subraya). Cfr. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III- A, Tercera Edición, Abeledo Perrot, 1983, pág. 58.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera (Subsección B). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080) C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. 31 de agosto de 2011. Bogotá D.C.

<sup>11</sup> Colombia Compra Eficiente. <https://colombiacompra.gov.co/content/cuales-son-los-requisitos-de-perfeccionamiento-y-dejecucion-del-contrato-estatal>. 22 de diciembre de 2017. 9:30 am.

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 le 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 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<sup>12</sup>.

En igual sentido, se encuentra la normatividad aplicable de manera particular al proceso de responsabilidad fiscal, contenida en la Ley 610 de 2000, al definir dicho proceso de la siguiente manera:

“Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 3°, la gestión fiscal consiste en:

Artículo 3°. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

La expresión “o con ocasión de esta” contenida en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, debe entenderse, vía jurisprudencial, de la siguiente manera:

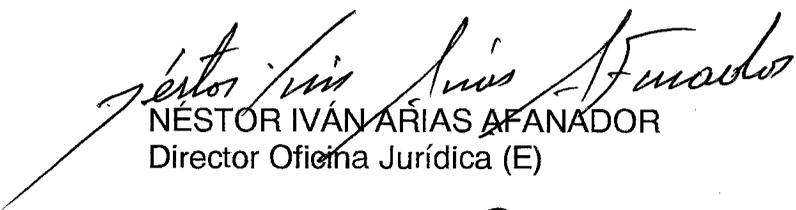
“El sentido unitario de la expresión **o con ocasión de ésta** sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de **gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 113 de 1999. M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. 24 de febrero de 1999. Bogotá D.C.

(...) Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa<sup>13</sup>.

En conclusión, los recursos públicos que se entreguen a particulares para la ejecución de un contrato de obra, serán objeto de vigilancia y control por la autoridad respectiva.

Cordialmente,

  
NÉSTOR IVÁN ARIAS AFANADOR  
Director Oficina Jurídica (E)

Proyectó: Erika Cure *EL*  
Revisó: Pedro Pablo Padilla Castro *P*

Radicado: 2017ER0120541/2017-128477-82110-CO  
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería. 9 de agosto de 2001. Bogotá D.C.