

CGR – OJ- 101 - 2019

Contraloría General de la República :: SGD 28-12-2019 08:56
Al Contestar Cite Este No.: 2019EE0161904 Folio Anexo: 0 FA: 0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / JULIAN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
DESTINO ESPERANZA RICO DIAZ / FISCALIA GENERAL DE LA NACION
ASUNTO CONCEPTO
OBS

Doctora
Esperanza Rico Díaz
Fiscal 02 Seccional,
Dirección Seccional Guainía -Vaupés
Sección de Fiscalía y de Seguridad Ciudadana
Fiscalía 02 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito
Carrera 14 N° 10- 199 Barrio Centro –
Mitú - Vaupés
Teléfono: 3182578204 - 3166912920

2019EE0161904  CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

30 DIC 2019

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN Y
LOGÍSTICA

Referencia: RADICADO NO. 2019ER0135157. SU SOLICITUD
970016000645201600039
Asunto: PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN B ESCOLAR.- PAE.-
CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE URGENCIA MANIFIESTA.

Respetada Señora Esperanza:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la comunicación citada en la referencia, la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente

Mediante su oficio, consulta:

¿1 Es viable que los contratos que celebre el departamento de Vaupés dentro del Programa de Alimentación Estudiantil - PAE, se realice mediante declaratoria de urgencia manifiesta teniendo en cuenta que en el mes de enero de 2016 la gobernación de Vaupés declaró la urgencia manifiesta y realizó contratación directa en el PAE de esa anualidad?

¿2. Para ese efecto era obligatorio hacer provisión presupuestal, o iniciar la contratación del PAE para el año 2016 cuando existe cambio de administración?

¿3. Cuál es el procedimiento normal para la contratación, cuando inicial (sic) un periodo de nueva administración gubernamental.

¿4. La declaratoria de Urgencia Manifiesta, es una figura que se acude de manera excepcional, o al contrario no debe acudir a la misma si no realizar un contrato administrativo con sus fases de convocatoria y o licitación, selección etc?

¿5. En caso de que se pueda realizar a través de urgencia manifiesta se nos explique si la misma se debe declarar solamente en determinados casos, o cuándo procede, por qué razón, y si para esa declaratoria, es prerequisite y cumplir los pasos o el procedimiento legal para cualquier declaratoria de urgencia manifiesta?

¿6. En qué momento en el departamento se estipula cual es el presupuesto para el programa de alimentación estudiantil, quién lo administra, si ese es un rubro anual y de dónde provienen esos recursos?

¿7. Los departamentos tienen libertad para ejecutar el presupuesto o el Ministerio supervisa el buen uso del mismo y cómo se determina que en realidad se cumpla el programa de alimentación estipulado dentro del mismo?

8. ¿El contralor puede dar aval para una declaratoria de urgencia manifiesta, sin que se cumpla el requisito de autorización por parte de la asamblea departamental?

2. Alcance del concepto

Los conceptos emitidos por la Oficina 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 ejecución¹, 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 CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”², 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”³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”⁴.

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”⁵ 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”⁶.

¹ Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

² art. 43, numeral 4 del Decreto ley 267 de 2000.

³ art. 43, numeral 5 del Decreto ley 267 de 2000.

⁴ art. 43, numeral 12 del Decreto ley 267 de 2000.

⁵ art. 43, numeral 11 del Decreto ley 267 de 2000.

⁶ art. 43, numeral 14 del Decreto ley 267 de 2000.

Finalmente se aclara que no todos los conceptos de esta Oficina Jurídica 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 16⁷ del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Consideraciones Jurídicas

3.1. Programa de Alimentación Escolar –PAE. Control fiscal

De acuerdo con los ordenamientos legales, el Programa de Alimentación Escolar PAE, tiene diversas fuentes de financiación como son recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación apropiados anualmente por el Ministerio de Educación, del Sistema General de Participaciones, del Sistema General de Regalías, del sector privado cooperativo o no gubernamental del nivel nacional o internacional y los recursos propios de las entidades territoriales. Recuérdese también que para la ejecución de estos recursos se hace una bolsa común con los diferentes dineros que concurran en el desarrollo del Programa.

Para efectos del control fiscal a los recursos del Programa de Alimentación Escolar – PAE, en razón a la mixtura de dineros que en él se presentan, respecto de los recursos de origen nacional, de acuerdo con la normatividad legal y las reglamentaciones existentes en la CGR, existe prevalencia del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

Así lo determinan los actos administrativos expedidos por el Contralor General de la República en los cuales se ha conferido la competencia a la Contraloría Delegada para el Sector Social, como la Resolución Reglamentaria Ejecutiva 048 de 2019, para ejercer el control fiscal a los recursos el Sistema General de Participaciones⁸, recursos que son una fuente de financiación del Programa de Alimentación Escolar PAE.

Así mismo, se ha asignado la competencia a esta Contraloría Delegada Sectorial, para ejercer el control fiscal al PAE cuando los recursos tienen su origen en el Sistema

⁷ art. 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.

⁸ Resolución Reglamentaria Ejecutiva No. 034 de 2017. ARTÍCULO 12. La Contraloría Delegada para el Sector Social ejercerá la vigilancia y el control fiscal a los recursos del Sistema General de Participaciones que se transfieren a las entidades territoriales.

General de Regalías, como lo establecen las Resoluciones Organizacionales OGZ 361 de 2015, OGZ 543 de 2017⁹ y OGZ 645 de 2018¹⁰.

En este orden jurídico, y dadas las facultades conferidas a la Contraloría Delegada para el Sector Social, en materia de los recursos del orden nacional correspondientes al Sistema General de Participaciones y Sistema General de Regalías, se considera que la competencia es expresa para auditar el Programa de Alimentación Escolar PAE.

Como lo denotan las Resoluciones Reglamentaria Ejecutiva y Organizacionales antes señaladas, no existe una normatividad específica que reglamente en la CGR, la fiscalización del Programa de Alimentación PAE en forma concurrente.

Finalmente es importante anotar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 267 de 2000 y los actos reglamentarios expedidos por el Contralor General de la República, la competencia para ejercer el control fiscal a los recursos correspondientes al Sistema General de Participaciones y al Programa de Alimentación Escolar PAE está radicada en la Contraloría Delegada para el Sector Social, en tal razón las decisiones que a ese respecto deban tomarse corresponde a esta Contraloría Delegada.

3.2. Urgencia manifiesta

El artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 establece que la escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. De conformidad con las modalidades de selección del contratista establecidos en la Ley 1150 de 2007, excepto en la modalidad de contratación directa. No se realiza la convocatoria pública cuando la causal de contratación para la escogencia del contratista sea de contratación directa.

En el numeral 4° de la disposición antes citada se determina como una modalidad de selección de contratación directa la urgencia manifiesta.

⁹ Resolución Organizacional 0543 de 2017. ARTÍCULO PRIMERO: ASIGNAR de manera específica a la Contraloría Delegada para el Sector Social, la vigilancia fiscal al Programa de alimentación Escolar PAE durante la vigencia 2017, en relación con los contratos financiados con los recursos del Sistema General de Regalías asignados al PAE, celebrados por las entidades territoriales, cuyo objeto consista en la ejecución del Programa de Alimentación PAE, así como de los contratos para la adquisición de paquetes nutricionales para niños de 0 a 5 años de edad y madres gestantes y lactantes, todos ellos financiados con recursos del Sistema General de Regalías.

¹⁰ Resolución Organizacional 645 de 2018.

ARTÍCULO PRIMERO: ASIGNAR de manera específica a la Contraloría Delegada para el Sector Social, la vigilancia fiscal al Programa de alimentación Escolar PAE durante la vigencia 2018, en relación con los contratos financiados con los recursos del Sistema General de Regalías asignados al PAE, celebrados por las entidades territoriales, cuyo objeto consista en la ejecución del Programa de Alimentación PAE, así como de los contratos para la adquisición de paquetes nutricionales para niños de 0 a 5 años de edad y madres gestantes y lactantes, todos ellos financiados con recursos del Sistema General de Regalías.

El artículo 42 de la Ley 80 de 1993 señala que existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección. La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado. Cuando se declare la urgencia manifiesta se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.

Nótese que la norma privilegia el interés general por encima de las formalidades, pues al prescindirse del proceso de selección del contratista, lo primordial es evitar la paralización del servicio público o restablecerlo en forma inmediata.

Es procedente indicar que esta figura no sólo fue instituida para remediar hechos ya acaecidos y que afectan la prestación de los servicios públicos, sino también para evitar situaciones que pondrían en grave riesgo a la comunidad, sin que esto último implique la utilización de la figura para amparar la negligencia de la administración y eludir así los procedimientos de selección del contratista legalmente establecidos para ello.

En este orden y de presentarse una situación que implique grave peligro para la población u otra situación que involucre la utilización de la medida, ello debe hacerse, a fin de evitar un mal mayor, pues no puede exponerse a la comunidad a sufrir la desidia de la administración al no haber realizado las actuaciones correspondientes en su momento, lo que no es óbice para establecer la responsabilidad que de tal actuación pueda derivarse.

Sobre los requisitos que deben observarse para que proceda la declaratoria de urgencia manifiesta se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

"(...) la Ley 80 de 1993, obrando con criterio descentralizador e interpretando de manera más realista las necesidades de la Administración, autoriza al jefe o representante legal de la entidad estatal para hacer la declaración de urgencia, con el carácter de "manifiesta", cuando se presenten situaciones excepcionales relacionadas con calamidades, desastres, hechos de fuerza mayor, guerra exterior o conmoción interior, emergencia económica, social o ecológica o vinculadas a la imperiosa necesidad de impedir la paralización de un servicio público y, como consecuencia, para prescindir del procedimiento de licitación o concurso públicos que es el que ordinariamente rige cuando se trata de escoger al contratista, de manera que pueda hacerlo directamente y de manera inmediata. (Subrayado fuera de texto).¹¹

De conformidad con lo expuesto por la Corporación la declaratoria de urgencia manifiesta es viable siempre que se trate de conjurar crisis, restablecer el servicio o

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CE-SEC3-Exp. (2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

evitar su paralización. En este contexto es una figura que aplica siempre y cuando se presenten los elementos que la configuran.

3.3. Control fiscal a la urgencia manifiesta.

En términos generales se procede a atender la pregunta del numeral 7 relacionada con el control fiscal a la urgencia manifiesta.

El Artículo 43 de la Ley 80 de 1993 establece el control a la urgencia manifiesta, al señalar que inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declara, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

De acuerdo con la norma señalada las contralorías poseen la competencia para realizar el control fiscal a la declaratoria de urgencia manifiesta, así: La General de la República a los recursos del Orden Nacional, las Contralorías departamentales, a los recursos de dicho orden y las contralorías municipales cuando el recurso utilizado en la declaratoria de urgencia manifiesta corresponde a dineros del orden municipal.

En este contexto, el control a la urgencia manifiesta lo ejercen los organismos de control fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la ley 80 de 1993. Ahora bien, puede suceder que otros organismos en ejercicio de sus funciones, como la Procuraduría General de la Nación, conozca de los hechos de la urgencia manifiesta, pero se reitera el control fiscal, es de competencia de las contralorías.

Con fundamento en dicha facultad, el ente fiscalizador debe examinar, en primer término la viabilidad de la utilización de la figura. En este entendido ha de efectuarse un análisis de la necesidad de la entidad y en tal virtud verificar si se trató de conjurar una crisis, o restablecer o evitar la paralización del servicio público, en fin confrontar los elementos fácticos que le dieron origen con la norma que la regula.

4. Argumentos jurídicos sobre la asignación de la competencia a la CGR

Analizado el asunto sometido a nuestra consideración, es procedente señalar que a esta oficina no le es dable preferir pronunciamiento sobre el mismo, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales de este ente de control.

Al respecto, se señala que la Contraloría General de la República -CGR- ejerce sus funciones a partir de los mandatos de rango constitucional¹², lo cual conlleva que se encuentran vedadas a la CGR las acciones de coadministración.

En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política modificado por el acto Legislativo No. 04 de 2018, la vigilancia y el control fiscal son 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 públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos.

Indica también la mencionada disposición que la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal y que no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión institucional.

Determina esta previsión constitucional la imposibilidad de la participación de la CGR en la toma de decisiones de la administración, en el manejo de sus recursos, fondos, bienes o valores.

A la luz de estos criterios jurídicos, es evidente que el asunto objeto de consulta implica sopesar distintas posibilidades de acción, reservadas al ámbito de decisión del gestor fiscal, sobre las cuales a la Contraloría General de la República no le es dable pronunciarse.

4.1. Facultad consultiva de la Oficina Jurídica de la CGR

La consulta formulada por usted, mediante documento radicado con el n° 2019ER0135157, se refiere a distintas preguntas relacionadas con la figura la urgencia manifiesta y los requisitos legales que deben cumplirse para que resulte aplicable en un caso determinado, esa Oficina advierte que la absolución de dichas preguntas es un asunto que se encuentra fuera de su órbita de competencia.

En efecto, los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En esas condiciones y dado que su consulta no guarda ninguna relación con las normas que rigen el ejercicio del control fiscal, ni con el cumplimiento de las funciones asociadas al mismo, esta Oficina carece de competencia para atender las preguntas numeradas del 1 al 7.

4.2. Informe traslado consulta

Como quiera que, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011 y en el numeral 8° del artículo 11 del mismo Decreto, Colombia Compra Eficiente es competente para “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y

¹² Constitución política, artículos 119, 267, 268 y 354

contratación pública” y para “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”, se ha dado traslado de los puntos 1 a 7 de su petición a la referida entidad, mediante el oficio que se adjunta a la presente.

Cordialmente,



JULIÁN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica.

Anexo:	Lo anunciado en 1 folio
Proyectó.	Catalina Flórez, Contratista Oficina Jurídica
Revisó.	Lucenith Muñoz A.
N.R.	2019ER0135157
TRD.	Conceptos jurídicos

