CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

CR-OJ 258 -2017
80112 -

Contraloria General de la Republica :: SGD 22-12-2017 12:49
Al Contestar Cite Este No.: 2017IE0105262 Fol:4 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / IVAN DARIO GUAUQUE TORRES
DESTINO 80133-GRUPO DE INVEST.,JUICIOS Y JURISD. COACTIVA DE BOLIVAR / JOSÉ FERNANDO ZULUAGA MARÍN
ASUNTO CONTROL FISCAL CONCURRENTE Y PREVALENTE
OBS
2017IE0105262

Bogotá, D.C.

Doctor
JOSÉ FERNANDO ZULUAGA MARÍN
Profesional Universitario 02
Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva
Gerencia Departamental Colegiada de Bolívar
Edificio Concasa Piso 18 Sector la Matuna
Cartagena de Indias - Bolívar

Asunto: Control fiscal concurrente y prevalente.- Competencia para ejercer el control prevalente. –

1. ANTECEDENTES.

Se ha recibido su comunicación radicada bajo el número 2017IE0088592 del 30 de octubre del año en curso, mediante la cual consulta sobre la competencia para asumir por parte de la CGR el control prevalente y pregunta qué tipo de acto administrativo oficio, auto y/o resolución se realiza.

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 ejecución, 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"[1], 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

[1] Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

Contraloría General"[2] y las presentadas por la ciudadanía respecto de "la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"[3]. 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"[4] 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"[5].

Finalmente se aclara que no todos los 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 lo dispuesto en el artículo 43, numeral 16[6] 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. Ámbito de competencias de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales

El artículo 267 de la Constitución Política establece que el control fiscal es una función pública ejercida por la Contraloría General de la República; se circunscribe, en principio y por regla general, a la vigilancia de la gestión de los **recursos públicos de la Nación** o que tengan origen en ésta, sea que la misma esté a cargo de entidades públicas del sector nacional, territorial o de particulares. Este control es ejercido de manera posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la Ley.

Asimismo, la Carta Política señala que en los casos excepcionales establecidos por la Ley, la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Por su parte, el artículo 272 ibídem establece que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, municipios o distritos, en los que existan contralorías, corresponderá a éstas; dicha vigilancia recae sobre el manejo fiscal de los recursos

2 Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.
3 Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.
4 Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.
5 Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.
6 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.

propios (recursos endógenos) de la entidad territorial de que se trate y sobre los recursos transferidos desde la Nación (recursos exógenos).

En el plano legal, las disposiciones constitucionales fueron reproducidas por los artículos 49[7] y 65[8] de la Ley 42 de 1993, "sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen".

Ahora bien, es preciso señalar que conforme a la preceptiva del artículo 288 de la Constitución Política las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, serán ejercidas con sujeción a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Estas disposiciones constitucionales son plenamente aplicables a las relaciones que se presentan entre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales en virtud de la facultad armonizadora de que goza el Contralor General de la República en lo atinente a los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial[9].

3.2. Competencia concurrente y prevalente de la Contraloría General de la República para realizar el control fiscal de los recursos de la Nación

Tal como se indicó, por disposición constitucional y desarrollo legal, la Contraloría General de la República podrá ejercer control fiscal de los recursos de la Nación en forma concurrente y prevalente. Veamos:

Control concurrente: La Resolución Orgánica 5678 de 2005, "por medio de la cual fijó la metodología aplicable al sistema de vigilancia especial de los recursos del Sistema General de Participaciones, por la Contraloría General de la República en concurrencia con las contralorías territoriales", artículo 5º, define el control concurrente como la atribución de que gozan tanto la Contraloría General de la República como las contralorías territoriales para la vigilancia y control fiscal a los recursos del Sistema General de Participaciones, sin que la misma pueda interpretarse como la simultaneidad en su ejercicio, para lo cual se establecerán los procedimientos de coordinación...".

[7] Ley 42 de 1993, artículo 49: "Artículo 49º.- La Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Excepcionalmente y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la presente ley, ejercerá control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial."
[8] Ley 42 de 1993, artículo 65: "Artículo 65º.- 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.
Les corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales la organización y funcionamiento de las contralorías que haya creado la ley."
[9] Constitución Política artículo 268, numeral 12.

La concurrencia es un principio constitucional que ha de guiar la acción estatal en los distintos niveles de la organización estatal, conforme lo establece el artículo 288 de la Constitución Política. La Corte Constitucional en Sentencia C-149 de 2010 definió el principio de concurrencia como aquel que reconoce, "*en determinadas materias, [que] la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad*". Este principio se complementa también con el principio de coordinación que "*tiene como presupuesto la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas*".[10]

Se denomina, entonces, control concurrente la facultad que tiene la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales para vigilar la gestión fiscal de los recursos nacionales, que realizan las entidades territoriales, en lo cual coinciden una (la Contraloría General de la República) y otras (las contralorías territoriales), en tanto y cuanto ambas contralorías son titulares de la función de control fiscal de esos recursos. Si bien esa coincidencia de competencia no puede ser interpretada como simultaneidad en su ejercicio, como claramente lo determina el artículo 5 de la Resolución antedicha.

Control prevalente: Se entiende por tal el que ejerce la Contraloría General de la República para avocar las acciones de vigilancia y control fiscal a los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, en los casos a que se refieren los artículos 6 y 7 de la Resolución 5678 ibídem, que a la letra dicen:

> "ARTÍCULO 6º. COMPETENCIA PREVALENTE. La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para avocar las acciones de vigilancia y control fiscal a los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, respecto de las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales en el ámbito de su jurisdicción; conforme a las reglas que bajo criterios de coordinación se establecen en esta Resolución.
>
> PARÁGRAFO. En ejercicio de esta competencia, la Contraloría General de la República podrá asumir las diferentes acciones de vigilancia y control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones a partir de la adopción de su Plan

[10] Corte Constitucional, Sentencia C-149 de 4 de marzo de 2010. Expedientes D-7828 y D-7843. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

General de Auditoría para cada vigencia; el cual será comunicado en oportunidad a la Contraloría Territorial correspondiente, para que se abstenga de hacer lo propio."

"ARTÍCULO 7º. CRITERIOS PARA DISPONER LA COMPETENCIA PREVALENTE POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. En el ejercicio de la competencia prevalente para la vigilancia y el control fiscal a los recursos del Sistema General de Participaciones, la Contraloría General de la República podrá asumir el conocimiento de las acciones de control fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo anterior; con sujeción a los siguientes criterios:

1. Por falta de capacidad para el ejercicio de la competencia concurrente por una Contraloría Departamental, Distrital o Municipal.
2. Cuando la Contraloría General de la República tenga graves indicios de la falta de efectividad u objetividad de la auditoría que se haya practicado para vigencia anterior.
3. En el evento de presentarse incumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Resolución por parte de las Contralorías Territoriales, respecto de la Contraloría General de la República, que impidan el seguimiento, control y verificación a los recursos del Sistema General de Participaciones."

En virtud del control prevalente, la Contraloría General de la República desplaza a la contraloría territorial respectiva y asume plena competencia sobre el control fiscal de los recursos transferidos desde la Nación, por cuanto en los supuestos de hecho que dan lugar a este (artículo 7 de la Resolución en comento), la competencia de la Contraloría General de la República tiene primacía o superioridad sobre la competencia de la contraloría territorial.

De otro lado, el numeral 6 del artículo 5º del Decreto Ley 267 de 2000, "por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones", determina:

"Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República:
"(...)"

"6. **"Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales.**" (Negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del mencionado artículo dijo que:

"Con todo, como las entidades territoriales participan de los ingresos nacionales en la forma prevenida en la Constitución y la ley, nada se opone a que la Contraloría General de la República desde el punto de vista material, ejerza el control fiscal sobre los fondos o bienes de la Nación que les sean transferidos a aquellas a cualquier título, como quiera que el artículo 267 de la Carta, sin distingo alguno atribuye a la Contraloría General de la República esa vigilancia.

De esta suerte, con fundamento en los artículos 272 y 267 de la Constitución, tanto las contralorías de las entidades territoriales como la Contraloría General de la República pueden ejercer el control de la gestión fiscal cuando se manejan o administran fondos o bienes de origen nacional.

Sin embargo, es claro que el ejercicio simultáneo del control fiscal por la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales en relación con la gestión pública que se cumple por las entidades territoriales, constituiría una innecesaria duplicidad de funciones, que además de multiplicar su costo en nada contribuiría a la eficacia ni a la eficiencia y celeridad de la función administrativa, por lo que se impone admitir que la Constitución no puede ser interpretada para conducir a ese resultado.

Por otra parte, no resulta admisible una interpretación según la cual cuando se trate de la administración y manejo de fondos o bienes de origen nacional la Contraloría General de la República ejerza de modo privativo, exclusivo y excluyente, el control y la vigilancia de la gestión fiscal aún cuando esos fondos o bienes hubieren sido transferidos por la Nación a las entidades territoriales, pues ello equivaldría a ignorar la existencia del artículo 272 de la Carta, como si existiera tan sólo el artículo 267, inciso primero de la misma. Y, del mismo modo, resulta igualmente inadmisible la interpretación contraria, que llevaría entonces a aceptar que transferidos fondos o bienes de la Nación a las entidades territoriales, en la vigilancia de la gestión fiscal de estas no podría tener ninguna competencia la Contraloría General de la República.

Así, se impone entonces una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 267, inciso primero, 272 y 286 de la Carta, de la cual se desprende como conclusión la existencia de una competencia concurrente, para desechar la pretendida competencia privativa sobre el control de la gestión fiscal en este caso y, en tal virtud, ha de aceptarse que no pueden ejercerse simultáneamente esas funciones por la Contraloría Territorial y la Contraloría General de la República. Es pues, claro que el fundamento de la exequibilidad de la norma acusada no lo es el control excepcional sino, en forma directa, el que se desprende de los artículos 267 inciso primero, 272 y 286 de la Carta."

En este orden de ideas, no se suscita un conflicto de competencias con los diferentes niveles territoriales porque *"en tratándose de recursos transferidos por la Nación a un ente territorial, la Contraloría General de la República puede ejercer competencia concurrente y prevalente sobre dichos recursos cuando las circunstancias lo demanden, es decir cuando se presenten indicios que permitan*

establecer que existen presuntos manejos irregulares de los dineros correspondientes al situado fiscal.". La Corte apoya su afirmación con la transcripción *in extenso* del concepto No. 0349 de febrero 19 de 1999, proveniente de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, en el cual concluyó que: *"Una interpretación sistemática y teleológica de la normatividad Constitucional y legal y una lectura detenida de la jurisprudencia de la Corte Constitucional permite dilucidar competencias concurrentes, prevalentes y coordinadas, entre la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales, en la vigilancia de la gestión fiscal de los bienes y recursos territoriales de origen nacional".*

De igual forma, en relación con la competencia concurrente que ejerce la Contraloría General de la República, la Corte Constitucional puntualizó en la Sentencia C-403 de 1999 que: *"(...) se observa que existe un control concurrente del nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la administración* (...)".

3.3 Sistema de vigilancia especial de los recursos del Sistema General de Participaciones

Atendiendo lo anterior, y para procurar la adecuada coordinación entre los distintos entes de control fiscal territorial y evitar la duplicidad de funciones, la Contraloría General de la República expidió la Resolución Orgánica 5678 de 2005, por medio de la cual fijó la metodología aplicable al sistema de vigilancia especial de los recursos del Sistema General de Participaciones, por la Contraloría General de la República en concurrencia con las contralorías territoriales, sobre la base de las competencias determinadas por la Constitución y la Ley.

La mencionada Resolución Orgánica 5678 de 2005, regula en los artículos 6° y 7°, lo relacionado con la competencia concurrente y prevalente y señala los criterios para poder disponer de esta última, cuyo contenido fue transcrito anteriormente.

De otra parte, los artículos 4 y 11 de la Resolución Orgánica 5678 de 2005, preceptúan:

> "Artículo 4°. Coordinación general del sistema. La Coordinación General del Sistema Especial de Vigilancia, la recepción de la información, su consolidación, verificación, seguimiento, implementación de directrices, procedimientos y labor de asesoría respecto de las contralorías territoriales, conforme a lo dispuesto en la presente Resolución, estará a cargo y bajo la responsabilidad de la Contraloría Delegada para la Vigilancia Fiscal del Sector Social de la Contraloría General de la República; dependencia que designará un funcionario como líder del Grupo del Sistema Especial de Vigilancia."

"Artículo 11. Reportes e informes periódicos y eventuales por las Contralorías Territoriales a la Contraloría General de la República para el Sistema Especial de Vigilancia. En desarrollo de la coordinación que existe entre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, estas deberán reportar a la Contraloría General de la República, en los términos que se establezca, acerca del inicio de auditorías, destinación de los recursos del Sistema General de Participaciones auditados, hallazgos determinados y trasladados, procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva, administrativos sancionatorios fiscales y demás actuaciones derivadas de actividades de vigilancia y control fiscal a los recursos del Sistema General de Participaciones que se determinen como necesarias para la coordinación del Sistema de Vigilancia Especial que se crea, las cuales se consolidarán y pondrán a disposición de las contralorías a través de un medio idóneo.
Parágrafo 1º. No obstante lo dispuesto en este artículo, para efecto de seguimiento, verificación y control, la Contraloría Delegada para la Vigilancia Fiscal del Sector Social, en cualquier momento podrá solicitar información parcial sobre las acciones de vigilancia y control fiscal que hayan ejecutado o estén en ejecución por parte de las contralorías territoriales, para el cabal cumplimiento por la Contraloría General de la República de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 715 de 2001.
Parágrafo 2º. La Contraloría Delegada para la Vigilancia Fiscal del Sector Social de la Contraloría General de la República, será la encargada de consolidar la información comprendida en este artículo. Esta misma dependencia, recibirá y tramitará las sugerencias y recomendaciones que las Contralorías Territoriales realicen para la coordinación y optimización de las actividades del Sistema de Vigilancia Fiscal."

Por consiguiente, corresponde a la Contraloría Delegada para el Sector Social la función de impartir las directrices y adoptar los procedimientos necesarios para ejercer el control prevalente y, por ende, a esa dependencia habrá que acudir para que defina la forma del acto mediante el cual se asume aquel.

Atentamente,

IVÁN DARÍO GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica

Copia: Dr. Carlos Alberto Muñoz Aguirre, Gerente Departamental Bolívar
Proyectó: Cielo Eslava B.
Revisó: Pedro Pablo Padilla Castro
Radicado: 2017IE0088592