CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA | OFICINA JURÍDICA

80112
Bogotá, D.C.,

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 31-07-2013 11:34
Al Contestar Cite Este No.: 2013IE0073601 Fol:3 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / LUCENITH MUÑOZ ARENAS
DESTINO 85111-CONTRALORIA DELEGADA PARA EL SECTOR INFRAESTRUCTURA / NELSON IZACIGA LEÓN
ASUNTO CONCEPTO
OBS
2013IE0073601

Doctor
NELSON IZÁCIGA LEÓN
Contralor Delegado para el Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional
Contraloría General de la República
Bogotá, D.C.

ASUNTO. GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA.- ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y FUNDACIÓN PARA EL BUEN GOBIERNO.- CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL.

1. ANTECEDENTE.

Esta Oficina conoce su oficio con el cual señala que la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, a través de los autos Nos. 00010 de 7 de enero de 2011 y 00159 de 16 de febrero del mismo año, admitió el control excepcional a la Gobernación de Antioquia.- entidades descentralizadas y Fundación para el Buen Gobierno, (esta última, hoy Fundación CUBO FUNDACUBO).

Así mismo, relaciona las indagaciones preliminares que en ejercicio del control fiscal posterior excepcional, viene adelantando, las cuales fueron comunicadas en forma oportuna a la Contraloría General de Antioquia, anota también, que se le ha señalado a ese ente de control, el objeto y el alcance del control fiscal posterior excepcional adelantado por la Contraloría General de la República. De igual manera detalla los procesos de responsabilidad fiscal que recibió por parte del Organismo de Control Territorial señalado.

En vista de lo anterior, solicita a este Despacho, que se adelanten las actuaciones, modificaciones o aclaraciones pertinentes a efectos de circunscribir el auto que admitió y autorizó el control excepcional a lo que efectivamente se ejecutó por parte de esa Delegada.

2. NORMATIVIDAD APLICABLE.

Constanza Julio 31/13 4 pm 11 fol. 21

AT

Constitución Política.
Ley 42 de 1993.
Ley 1474 de 2011.

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

3.1. CONCEPTOS DE LA OFICINA JURÍDICA. Alcance y competencia.

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[1], 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 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 Art.43, Numeral. 16[7] del D.L.267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3.2. Control fiscal posterior excepcional.

Sobre el tema, vale la pena recordar que la figura del control fiscal excepcional, es una herramienta o mecanismo de raigambre constitucional establecido para la protección del patrimonio del Estado y que se activa ante la duda en el ejercicio del control fiscal por parte del órgano territorial competente. Efectivamente y como bien Usted lo indica, el mismo obedece a circunstancias específicas que no tienen la virtualidad de sustraer de manera absoluta la competencia de la contraloría territorial.

Sobre las características del control fiscal excepcional, se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos.

"1.1. Según lo señala el artículo 26 en cita, es excepcional, quiere decir, en los casos taxativamente señalados en esta norma, o cualquier otra que la sustituya o modifique. Se explica esta excepcionalidad, porque se trata de una función que ordinariamente corresponde a organismos distintos de la Contraloría General de la República, como son las contralorías departamentales y municipales, atendiendo la previsión del artículo 268 de la Carta, a cuyo tenor a éstas les compete ejercer las funciones atribuidas al Contralor General en el ámbito de su jurisdicción.

1.2. Es posterior, como lo es el control fiscal por regla general, por expresa disposición de los artículos 267 y 272 de la Constitución Política.

1.3. Es rogado, por cuanto requiere solicitud de las autoridades señaladas en la ley, o de la ciudadanía, en la forma que allí se prescribe.

1.4. Aunque en el artículo 26 en comento se hace la salvedad de que la facultad excepcional se ejercerá sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, que no contempla la norma constitucional que la origina, **es menester entender que es prevalente o preferente sobre el control fiscal que, en el caso, corresponda a la respectiva contraloría territorial. No es posible entenderlo de otra manera, por cuanto de no ser así se presentaría una competencia concurrente sobre un mismo caso y, por lo tanto, la posibilidad de que se adelanten dos acciones de control fiscal por dos autoridades distintas**

[7] Art. 43. OFICINA JURIDICA. 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.

sobre el mismo, lo cual contraviene principios sustanciales como el del nom bis in idem y el del juez natural, entre otros, en cuanto a una misma acción y asunto se refiere. Es la interpretación más eficaz y razonable del precepto sobre el punto. (Resaltado fuera de texto).

1.5. Es amplio o general, en lo que se refiere al alcance del control fiscal de la cuenta respectiva, toda vez que no existe, en lo sustancial ni en lo procesal, restricción alguna, aparte de que deba ser posterior y a solicitud de quienes están autorizados para pedir la comentada intervención.

Lo anterior significa que el control fiscal así asumido, en tanto vigilancia de la gestión fiscal que se ejercerá conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley (artículo 267 de la Carta), conlleva todas las facultades que él implica, como son las de aplicar sistemas de control como el financiero, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno (artículo 9° de la ley 42 de 1.993), así como las de levantar el fenecimiento e iniciar el juicio fiscal (artículo 17 ibídem), cuando sea del caso establecer la responsabilidad fiscal a que haya lugar y ejercer la jurisdicción coactiva correspondiente.

Por lo tanto, comprende "la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control (involucrados en el caso precisa la Sala) y de los resultados obtenidos por los mismos", como lo definió el artículo 5° de la ley 42 de 1994."[8]

Ahora bien, no puede perderse de vista que el control fiscal realizado a las entidades territoriales con fundamento en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, modificado por el artículo 122 de la ley 1474 de 2011, es pro tempore, es decir mientras se revisan las cuentas de la entidad territorial y se ejecutan los procesos de responsabilidad fiscal si a ello hubiere lugar, pues los contralores en sus respectivos órdenes están facultados para vigilar los recursos del orden territorial de acuerdo con la competencia conferida en la Constitución y la ley. Así entonces, el control fiscal excepcional no implica el vaciamiento de la competencia de la contraloría territorial.

Tampoco puede olvidarse que el control fiscal es posterior y selectivo, como lo prescribe el artículo 267 de la Constitución Política y el mismo se adelanta de acuerdo con los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 42 de 1993 el control posterior se define como la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos y por control selectivo, la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control

[8] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa 6 de junio 2000, Radicación número: C-604.

fiscal. Para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes.

En este orden jurídico también, el control fiscal excepcional se ejerce sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías en sus respectivos órdenes, luego, de presentarse la fiscalización por parte del Organismo Superior de Control Fiscal y del Organismo de Control Territorial sobre un mismo caso, significaría una duplicidad de funciones, así lo indicó la Corte Constitucional, "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.[9]

De igual manera, este control fiscal debe ser ejercido por la CGR, a la mayor brevedad posible y el mismo debe programarse en el PGA más próximo, si las circunstancias del Organismo de Control Fiscal Superior, no permiten asumirlo de forma inmediata.

Bajo este entendido y en el caso que nos ocupa, el control excepcional a la Gobernación de Antioquia.- entidades descentralizadas y Fundación para el Buen Gobierno, (esta última hoy Fundación CUBO FUNDACUBO), como cualquier otra acción de fiscalización de esta índole, se caracteriza por que la competencia es ratione temporis, es decir es temporal o transitoria y la misma se refiere al período durante el cual la autoridad puede ejercer legalmente sus funciones.

Valga aclarar que la competencia constituye uno de los criterios más importantes de cualquier proceso, jurisdiccional o administrativo, toda vez que se torna en un presupuesto fundamental, por cuanto define la facultad para actuar de un funcionario frente a un caso concreto, en igual forma, asegura a las partes el derecho a conocer la autoridad a quien la Constitución y las leyes le han asignado el conocimiento de un determinado asunto.

Habida cuenta, que la competencia es considerada como un elemento articulador del derecho al debido proceso, las disposiciones legales han establecido los diferentes presupuestos para fijarla, definirla y asegurar su aplicación. Conviene precisar que la competencia es de orden público, es decir, la fija la Constitución y la Ley, y no puede suplirse por la convención de las partes, excepto en los casos taxativamente establecidos en los ordenamiento jurídicos.

[9] Sentencia C- 127 de 2002.

Consideramos así, que el control fiscal excepcional que aquí se consulta se agotó con las actuaciones de control adelantadas, y en consecuencia, se dio cumplimiento a la facultad de la Contraloría General de la República impulsada con la solicitud de fiscalización excepcional.

Así las cosas, las indagaciones preliminares, procesos de responsabilidad fiscal, procesos administrativos sancionatorios y demás actuaciones fiscales, que escapen del ámbito funcional establecido para el control fiscal excepcional, son de competencia de la Contraloría General de Antioquia, pues el control fiscal excepcional no puede prologarse en forma indefinida y el mismo se finiquita con las actuaciones de fiscalización correspondientes, pues una conclusión en otro sentido, sería sustraer a los organismos de control fiscal territorial de la competencia que les ha conferido la Constitución y la Ley.

Cordialmente,

LIGIA HELENA BORRERO RESTREPO
Directora Oficina Jurídica.

Proyectó. Lucenith Muñoz Arenas.
N.R. 2013IE0069171