



Radicado No: 20201100038391

Fecha: 24-12-2020

Bogotá,
110

Doctor
DELWIN JIMÉNEZ BOHÓRQUEZ
Contralor General
Contraloría General del Departamento del Cesar
jurídica@contraloriacesar.gov.co
notificacionesjudiciales@contraloriacesar.gov.co
despacho@contraloriacesar.gov.co

Referencia: Concepto 110.71.2020
 SIA-ATC. 012020000823
 1. *De la vigilancia y el control fiscal*
 2. *De la competencia de la Contraloría General de la República – CGR y de las contralorías territoriales en la vigilancia y el control fiscal*
 3. *Transito normativo - Aplicación del Decreto-Ley 403 de 2020*

Cordial saludo Contralor Jiménez Bohórquez:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el Oficio No. CGDC-D-25112020 del 25 de noviembre de 2020 allegado mediante correo electrónico de la misma fecha, radicado bajo el SIA-ATC. 012020000823, en el que hace la siguiente consulta:

“La Contraloría General del Departamento del Cesar ha venido realizando procesos de auditoría a los recursos propios de las Instituciones Educativas tal como se encuentra establecido en el Plan General de Auditorías de la entidad y en las disposiciones legales que anteceden el Decreto 403 de 2020, surgiendo después de la expedición de dicho decreto la duda si se mantiene o no la competencia absoluta en materia de control fiscal para realizar procesos de auditoría sobre los recursos propios o totales de las Instituciones Educativas del Departamento del Cesar, y, si además, dichas auditorías se encuentran revestidas de validez, esto, teniendo en cuenta el cambio normativa anteriormente expuesto.”

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicarle que, respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: *“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella*

en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...” (Negrilla fuera de texto).

Es de mencionar que no es competencia de la Auditoría General de la República indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal como lo son las contralorías y los fondos de bienestar social de las mismas, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Se precisa que la consulta en estudio corresponde a una situación particular y concreta referente al trámite, actuación y definición de un proceso de responsabilidad fiscal, lo cual es de manejo de la administración de la Contraloría Departamental del Cesar, por ello la consulta jurídica no es general ni abstracta; así las cosas y teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; debiendo abstenemos de emitir concepto sobre el asunto o situación individual y concreta planteada, que pueda llegar a ser sometida a vigilancia; por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 “*Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República*”, es función de la Oficina Jurídica “*Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo*”, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Finalmente, le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica*”, amplió el termino para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)

Por lo anterior, este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico frente al tema puesto a consideración, procede a traer a colación las normas referentes que se encuentra al alcance de todos, a exponer algunas consideraciones jurídicas y emitir concepto de manera general y abstracta respecto del tema contenido en su solicitud, pues como se expuso anteriormente, será la dependencia respectiva de dicha contraloría, la encargada de analizar la norma y darle aplicación al caso específico que ha sido planteado:

1. De la vigilancia y el control fiscal

El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

Artículo 267. 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. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El numeral 5 del artículo 268 superior modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, da al Contralor General de la República entre otras, las siguientes atribuciones:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

(...)

El artículo 272 de la carta, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019 referente a la vigilancia de la gestión fiscal en el nivel territorial, en su inciso sexto, determina las funciones de los contralores territoriales respecto de las dadas al Contralor General de la república, en los siguientes términos:

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

(...)

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 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)

Finalmente, el artículo 274 constitucional modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

*Artículo 274. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de todas las contralorías territoriales se ejercerá por el Auditor General de la República, elegido por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años.
(...)*

El Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, define en su artículo 2º, la vigilancia y el control fiscal en los siguientes términos:

Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Vigilancia fiscal. Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.

Control fiscal: Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.

El control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal, sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establece la Constitución Política y la ley.

Y en el mismo artículo, define quienes son sujetos de control y quienes son los órganos de control:

Sujeto de vigilancia y control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con éstos.

Órganos de Control Fiscal: Son la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales,

las contralorías distritales, las contralorías municipales y la Auditoría General de la República, encargados de la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal, en sus respectivos ámbitos de competencia.

De las normas constitucionales y legales referidas concluimos que, la vigilancia y el control fiscal son una función pública que, dentro del marco de sus competencias, ejercen las contralorías del país (nacional y territoriales) y la Auditoría General de la República (en adelante AGR), así como también establecen la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponen las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudan su monto y ejercen la jurisdicción coactiva con prelación.

2. De la competencia de la Contraloría General de la República – CGR y de las contralorías territoriales en la vigilancia y el control fiscal

La Constitución Política de Colombia en su artículo 267 de modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina la competencia de la vigilancia y el control fiscal de la Contraloría General de la República (en adelante CGR) y en el artículo 272 modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019, la correspondiente a las contralorías territoriales, en los siguientes términos:

Artículo 267. 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. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

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

La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

De la disposición constitucional del artículo 267 se tiene que por regla general, la competencia en materia de vigilancia y control fiscal, es de la CGR, siendo éste el órgano de control fiscal que ejerce la función pública de vigilancia y control fiscal los recursos públicos, independientemente del origen de los mismos; así mismo, que la ley determinaría, teniendo en cuenta los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, el ejercicio de estas competencias entre las diferentes contralorías: nacional y territoriales. De la disposición constitucional del artículo 272 se tiene que las contralorías territoriales tienen una competencia concurrente con la CGR en la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades territoriales, la cual sería igualmente regulada por la ley.

En desarrollo de estos mandatos constitucionales, el legislador extraordinario en el Título II del Decreto-Ley 403 de 2020, se ocupó de las competencias de la CGR y de las contralorías territoriales, determinando:

*Artículo 4. **Ámbito de competencia de las contralorías territoriales.** Las contralorías territoriales vigilan y controlan la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden territorial, así como a los demás sujetos de control dentro de su respectiva jurisdicción, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley; en forma concurrente con la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto Ley y en las disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.*

En todo caso, corresponde a la Contraloría General de la República, de manera prevalente, la vigilancia y control fiscal de los recursos de la Nación transferidos a cualquier título a entidades territoriales, así como las rentas cedidas a éstas por la Nación, competencia que ejercerá de conformidad con lo dispuesto en normas especiales, en el presente Decreto Ley en lo que corresponda, bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

De acuerdo al primer inciso de la norma transcrita, respecto de los recursos endógenos, es decir los recursos propios, y de los provenientes de contribuciones parafiscales de las entidades territoriales, su vigilancia y control corresponden a las contralorías territoriales de forma concurrente con la CGR, entendiéndose por concurrente, una competencia compartida, tal como lo indica el Decreto-Ley 403 de 2020 en los principios de la vigilancia y el control fiscal:

*Artículo 3. **Principios de la vigilancia y el control fiscal.** La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:*

(...)

*e) **Concurrencia:** En virtud de este principio, la Contraloría General de la República comparte la competencia de la vigilancia y control fiscal sobre los sujetos y objetos de control fiscal de las contralorías territoriales en los términos definidos por la ley.*

El inciso segundo del artículo 4º de la norma transcrita anteriormente, establece la competencia prevalente de la CGR sobre los recursos transferidos y/o cedidos por la nación a las entidades territoriales, es decir, de los recursos exógenos, entendiéndose como prevalente, que la competencia de la CGR prima sobre la competencia de la contraloría territorial, esto igualmente atendiendo el principio determinado en el literal o) del artículo 3º ibídem:

*Artículo 3. **Principios de la vigilancia y el control fiscal.** La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:*

(...)

*o) **Prevalencia.** En virtud de este principio, las competencias de la Contraloría General de la República **primarán respecto de las competencias de las contralorías territoriales**, en los términos que se definen en el presente Decreto Ley y demás disposiciones que lo modifiquen o reglamenten. En aplicación de este principio, cuando la Contraloría General de la República inicie un ejercicio de control fiscal, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso; así mismo, si la contraloría territorial inició un ejercicio de control fiscal y la Contraloría General de la República decide intervenir de conformidad con*

los mecanismos establecidos en el presente Decreto Ley, desplazará en su competencia a la contraloría territorial, sin perjuicio de la colaboración que las contralorías territoriales deben prestar en estos eventos a la Contraloría General de la República.
(Negrilla fuera de la norma)

El aparte resaltado en negrilla nos indica que las competencias de la CGR primarán sobre las de las contralorías territoriales, es decir, que la competencia de la CGR tiene primacía sobre la competencia de las territoriales. Tener primacía quiere decir, que tiene prelación, que es superior, tal como se desprende de la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

Primar:

Del fr. primer.

- 1. tr. Conceder primacía a algo.*
- 2. intr. Prevalecer, predominar, sobresalir.*

Primacía:

Del b. lat. primatia, y este der. del lat. primas, -ātis 'primero, principal'.

- 1. f. Superioridad, ventaja o excelencia que algo tiene con respecto a otra cosa de su especie.*
- 2. f. Dignidad o empleo de primado.*

De la norma y la gramática anotada, podemos observar que la competencia prevalente no es sinónimo de competencia absoluta o exclusiva, en este caso de la CGR, sino que coexiste la competencia de la CGR con la competencia de las contralorías territoriales, solamente que la de aquella predomina sobre la de éstas, no la excluye *per se*.

El mismo texto del principio normativo, nos trae dicha coexistencia al establecer que si la contraloría territorial ha iniciado el control fiscal respectivo (tiene competencia) y si la CGR decide intervenir, la territorial se debe apartar para que esta continúe ejerciendo su competencia (la desplaza); entendiéndose que si la CGR no decide intervenir, la territorial está habilitada para continuar hasta el final el ejercicio de control fiscal iniciado. Obsérvese que la competencia la pierde la contraloría territorial, solamente si la CGR decide intervenir en dicho control fiscal iniciado, conservándola en caso contrario.

Esta coexistencia también la vemos reflejada en otro aparte de cuerpo normativo relacionado, como es el inciso segundo *in fine* del artículo 4º, al establecer que para que la CGR ejerza esta competencia (prevalente) debe hacerlo bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad, que la misma norma nos los define así:

Artículo 3. Principios de la vigilancia y el control fiscal. La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:

(...)

e) Concurrencia: En virtud de este principio, la Contraloría General de la República comparte la competencia de la vigilancia y control fiscal sobre los sujetos y objetos de control fiscal de las contralorías territoriales en los términos definidos por la ley.

f) Coordinación. En virtud de este principio, el ejercicio de competencias concurrentes se hace de manera

Cra. 57C No. 64A - 29, Barrio Modelo Norte, Bogotá D.C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 - Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

[f](#) auditoriageneral [t](#) auditoriagen [i](#) auditoriagen [i](#) auditoriageneralcol

participacion@auditoria.gov.co

www.auditoria.gov.co

armónica y colaborativa, de modo que las acciones entre la Contraloría General de la República y los demás órganos de control fiscal resulten complementarias y conducentes al logro de los fines estatales y, en especial, de la vigilancia y el control fiscal.

(...)

q) Subsidiariedad. En virtud de este principio, el ejercicio de las competencias entre contralorías debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, sin perjuicio de que, por causas relacionadas con la imposibilidad para ejercer eficiente u objetivamente, la Contraloría General de la República pueda intervenir en los asuntos propios de las contralorías territoriales en los términos previstos en el presente Decreto Ley.

Esta competencia prevalente o de primacía o de predominio de la CGR sobre la de las contralorías territoriales, se materializa o ejerce sólo de acuerdo a los mecanismos que la misma norma trae de manera explícita en el artículo 6º, así:

Artículo 6. Del ejercicio prevalente de la vigilancia y control fiscal. La prevalencia en la vigilancia y el control fiscal de los departamentos, distritos y municipios y demás entidades del orden territorial, así como a los demás sujetos de control de las contralorías territoriales, por parte de la Contraloría General de la República, se ejercerá conforme a los siguientes mecanismos:

- a) Vigilancia fiscal concurrente integral o selectiva, transitoria o permanente.*
- b) Plan Nacional de Vigilancia y Control Fiscal.*
- c) Sistema Nacional de Control Fiscal -SINACOF-.*
- d) Acciones conjuntas y coordinadas entre contralorías.*
- e) Intervención funcional de oficio.*
- f) Intervención funcional excepcional.*
- g) Fuero de atracción.*
- h) Los demás que determine el Contralor General de la República, bajo criterios de necesidad, pertinencia, razonabilidad, proporcionalidad y especialidad, sin que, en ningún caso, implique el vaciamiento de competencias de las contralorías territoriales.*

Parágrafo. El ejercicio de los mecanismos establecidos en el presente artículo podrá ejercerse en cualquier tiempo desplazando las competencias de la contraloría territorial hacia la Contraloría General de la República cuando corresponda, sin que ello implique el vaciamiento de las competencias de aquella.

Cada uno de estos mecanismos se encuentran descritos y reglamentados en la norma ibídem. Para efectos del presente concepto, nos ocuparemos del mecanismo del literal g) *Fuero de atracción*, el cual se encuentra reglamentado en el Capítulo VIII del Título II del Decreto-Ley 403 de 2020.

Este fuero de atracción se establece por la confluencia de las fuentes de los recursos de financiación que sean objeto de la vigilancia y control fiscal (recursos endógenos o propios y recursos exógenos o transferidos por la Nación), determinando el artículo 29:

Artículo 29. Fuero de atracción por cofinanciación. Cuando en el objeto de control fiscal confluyan fuentes de financiación sujetas a la vigilancia y control fiscal por parte de diferentes contralorías, se seguirán las siguientes reglas de competencia:

- a) Cuando en el objeto de control fiscal confluyan fuentes de financiación sujetas a la vigilancia y control fiscal por parte de contralorías territoriales y la Contraloría General de la República, esta última ejercerá de manera prevalente la competencia en caso de que los recursos del orden nacional sean superiores al 50% de la financiación total, en caso de que los porcentajes de participación en la financiación sean iguales, la competencia se ejercerá a prevención por orden de llegada o de inicio del respectivo ejercicio de vigilancia y control fiscal.
- b) Cuando en el objeto de control fiscal confluyan fuentes de financiación sujetas a la vigilancia y control fiscal por parte de diferentes contralorías territoriales, tendrá competencia prevalente aquella de la jurisdicción que tenga mayor participación en la financiación total, en caso de que los porcentajes de participación en la financiación sean iguales, la competencia se ejercerá a prevención por orden de llegada o de inicio del respectivo ejercicio de vigilancia y control fiscal.

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo aplicará sin perjuicio de las demás actuaciones prevalentes que se ejerzan por parte de la Contraloría General de la República.

El literal a) se refiere a la prevalencia de la CGR sobre las contralorías territoriales y el literal b) se refiere a la prevalencia entre las contralorías territoriales.

En el caso del literal a) que es el que nos interesa en el presente concepto, es claro que en aquellos objetos (entiéndase: sujetos, procesos, contratos, etc., que sean objeto de la vigilancia y el control fiscal a realizar) cuya financiación mayoritaria (superior al 50%) provenga de la nación, la competencia que prima es la de la CGR.

El parágrafo deja a salvo de esta reglamentación, a aquellas actuaciones en que por mandato legal son de competencia prevalente de la CGR, tales como son la vigilancia y el control fiscal de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones (artículo 89 de la Ley 715 de 2001, corregido por el artículo 1º del Decreto 2978 de 2002), del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (artículo 95 de la Ley 1523 de 2012), del Sistema General de Regalías (artículo 152 de la Ley 1530 de 2012), recursos de las Regiones de Administración y Planificación - RAP y de la Región Entidad Territorial - RET (artículo 12 de la Ley 1962 de 2019), entre otras, así:

Ley 715 de 2001 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”:

Artículo 89. Seguimiento y control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones. Para efectos de garantizar la eficiente gestión de las entidades territoriales en la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, sin perjuicio de las actividades de control fiscal en los términos señalados en otras normas y demás controles establecidos por las disposiciones legales, los departamentos, distritos y municipios, al elaborar el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Presupuesto, programarán los recursos recibidos del Sistema General de Participaciones, cumpliendo con la destinación específica establecida para ellos y articulándolos con las estrategias, objetivos y metas de su plan de desarrollo. En dichos documentos, incluirán indicadores de resultados que permitan medir el impacto de las inversiones realizadas con estos.

(...)

El control, seguimiento y verificación del uso legal de los recursos del Sistema General de Participaciones es responsabilidad de la Contraloría General de la República. Para tal fin establecerá con las contralorías territoriales un sistema de vigilancia especial de estos recursos.

(...)

Ley 1523 de 2012 “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”:

Artículo 95. Control para Recursos de Desastres. Facúltese a la Contraloría General de la República, para ejercer control posterior excepcional sobre el manejo de los recursos propios del municipio o departamento, cuando estos provengan del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, los cuales estuviesen destinados para la atención de desastres.

Ley 1530 de 2012 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”:

Artículo 152. Vigilancia y control fiscales. En desarrollo de sus funciones constitucionales, la Contraloría General de la República ejercerá la vigilancia y el control fiscales sobre los recursos del Sistema General de Regalías. Con el fin de alcanzar una mayor eficacia de esta función, el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación incorporará las metodologías y procedimientos que se requieran para proveer información pertinente a la Contraloría General de la República, en los términos que señale el reglamento.

(...)

Ley 1962 de 2019 “Por la cual se dictan normas orgánicas para el fortalecimiento de la región administrativa de planificación, se establecen las condiciones para su conversión en Región Entidad Territorial y se dictan otras disposiciones, en desarrollo de los artículos 306 y 307 de la C. P.”:

Artículo 12. Control Fiscal. La Contraloría General de la República será la entidad encargada de efectuar la vigilancia de la gestión fiscal de las Regiones de Administración y Planificación (RAP) y de la Región Entidad Territorial (RET). En ninguna circunstancia se podrá crear estructura adicional para atender esta labor.

Ahora bien, el párrafo del artículo 6º del Decreto-Ley 403 establece un límite a la competencia prevalente de la CGR sobre la competencia de las contralorías territoriales, al establecer que ella no implica el “vaciamiento de la competencia” de éstas, es decir, que el desplazamiento que debe efectuar la territorial a favor de la General, no puede afectar el núcleo esencial de la competencia otorgada por la Constitución y la ley, no es absoluta, total ni permanente, sino que es para el caso específico, de manera transitoria y debidamente justificada.

En cuanto al tema del vaciamiento de competencias, la Corte Constitucional en sentencia C-149 del 4 de marzo de 2010, anotó:

Para la Sala, desplazar las competencias de los concejos en el proceso de adopción de los POTs dando prioridad a lo establecido en los MISN, significa desconocer las competencias que el constituyente asignó a las mencionadas corporaciones administrativas mediante el artículo 313, numerales 1 y 7 de la Carta

Política.

Por lo anterior, la Corte considera que la disposición atacada implica un vaciamiento de las competencias asignadas por el constituyente a los concejos, en la medida que estos no podrán participar en las etapas de formulación y adopción de los macroproyectos, quedando a expensas de las decisiones que el gobierno nacional incorpore en los MISN y a las cuales quedarán subordinados los POTs.

6.5. El vaciamiento de las competencias en los términos expuestos acarrea el desconocimiento de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad consagrados en el artículo 288 de la Constitución Política, con fundamento en los cuales deben ser ejercidas las atribuciones conferidas a los distintos niveles territoriales, toda vez que la norma demandada asigna al gobierno nacional competencias excluyendo de las mismas a los concejos municipales y distritales.

La Corte Constitucional en la sentencia C-105 del 6 de marzo de 2013, establece las pautas para determinar si se produce vaciamiento de competencias, así:

En la medida en que la Carta Política reconoce tanto el Estado unitario como la autonomía de las entidades territoriales, esta Corporación ha identificado una serie de pautas para establecer los casos en que se desconoce el núcleo fundamental de alguno de estos principios y, en particular, para identificar los casos de vaciamiento de las competencias de las entidades territoriales.

Así, se ha desarrollado lo que puede denominarse como un “test de vaciamiento”, que comprende las siguientes reglas:

- *En primer lugar, se produce un vaciamiento de competencias cuando el órgano del ente territorial pierde el control y el direccionamiento de la actividad administrativa que originalmente detenta por atribución constitucional o legal[21]. Así, existe una relación directamente proporcional entre la pérdida de control y dirección de los procesos decisorios relacionados con las competencias constitucionales y legales de las entidades territoriales y el vaciamiento de sus atribuciones.*
- *En segundo lugar, el análisis de vaciamiento debe estar encaminado a determinar si la limitación en las facultades y atribuciones del órgano territorial, repercute en el objeto institucional de la entidad[22]. A mayor restricción, mayor vaciamiento.*
- *Finalmente, la evaluación no solo debe estar encaminada a definir el nivel de restricción en las competencias de las autoridades públicas, sino también su justificación y razonabilidad. En este sentido, el desplazamiento o traslado de funciones puede tener mayor amplitud en cuanto responda a necesidades o a finalidades constitucionalmente legítimas[23].*

Pautas que la misma Corte Constitucional denomina como “test de vaciamiento de competencias” y que el Consejo de Estado ha recogido en sus sentencias, tal como se observa en la sentencia del 9 de diciembre de 2019 dentro de la Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01089-00(4824-15) y (0001-16), proferida por Subsección “A” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la dijo:

Ahora bien, para determinar los casos en que en las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales se desconoce el núcleo esencial del principio de autonomía que rige para estas últimas, la

jurisprudencia constitucional ha estructurado lo que se conoce como un test de vaciamiento de competencias[75].

El primer paso para realizar dicha evaluación consiste en identificar si el ente territorial ha sido despojado del control y manejo de la actividad administrativa que por disposición constitucional o legal le compete. Ahora bien, la pérdida del poder de direccionamiento propio de la entidad no basta para predicar un vaciamiento de competencias pues, en segundo lugar, será necesario establecer si la limitación impuesta al órgano respectivo tiene alguna repercusión en su objeto institucional y, por último, tendrá que definirse si el desplazamiento de funciones goza de justificación y razonabilidad, pues en caso de que se advierta que obedece a necesidades o finalidades constitucionalmente legítimas, la restricción resultará admisible.

3. Transito normativo - Aplicación del Decreto-Ley 403 de 2020

La Ley 153 de 1887 “Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887” referente a las “Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes”, establece:

Artículo 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicarán la ley posterior.

La Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, en su artículo 26, establecía la competencia excepcional que la CGR ejercía sobre las cuentas de las diferentes entidades territoriales, así:

Artículo 26. La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, en los siguientes casos:

a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

b) A solicitud de la ciudadanía a través de los mecanismos de participación que establece la ley.

Esta disposición fue expresamente derogada por el artículo 166 del Decreto-Ley 403 de 2020, así:

Artículo 166. Vigencia y derogatorias. El presente Decreto Ley rige a partir de su publicación(...), deroga las normas que le sean contrarias, especialmente(...); los artículos(...), 26(...) de la Ley 42 de 1993(...)

4. Conclusiones

- i) La competencia general de la vigilancia y control fiscal de cualquier tipo de recursos públicos, está en cabeza de la Contraloría General de la República.
- ii) La vigilancia y el control fiscal a las entidades territoriales corresponden a las contralorías territoriales de manera concurrente con la Contraloría General de la República respecto de los recursos endógenos o propios de dichas entidades territoriales; y de manera prevalente a la

- CGR respecto de los recursos exógenos o transferidos por la nación a dichas entidades territoriales.
- iii) La Contraloría General de la República ejerce competencia prevalente, superior o de primacía sobre la de las contralorías territoriales entre otros casos, en aquel en que los recursos de financiación del sujetos y/o objeto de control fiscal, provengan en más del 50% de transferencias de la nación.
 - iv) El ejercicio de la competencia prevalente de la Contraloría General de la República sobre la competencia de las contralorías territoriales, se da bajo los parámetros de los principios de concurrencia, coordinación y subsidiaridad.
 - v) El ejercicio de la competencia prevalente por parte de la Contraloría General de la República no se da *per se*, sino que debe mediar una decisión de intervención en el respectivo ejercicio de control de acuerdo a los mecanismos que la misma ley (Decreto-Ley 403 de 2020) ha establecido.
 - vi) De no existir decisión expresa de intervención por parte de la Contraloría General de la República en los términos de los mecanismos legales establecidos, la contraloría territorial conserva su competencia para la vigilancia y el control fiscal respectivo, hasta su culminación, dejando a salvo que si en el transcurso del ejercicio fiscal adelantado la Contraloría General de la República decide la intervención, la territorial se debe apartar para que ella asuma dicho control.
 - vii) Para el ejercicio de la competencia prevalente de vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República sobre recursos transferidos a las entidades territoriales por la Nación establecida por mandato legal, no es susceptible la aplicación de las disposiciones del artículo 29 del Decreto-Ley 403 de 2020, tal como lo determina el parágrafo del mismo.
 - viii) El ejercicio de la competencia prevalente de la CGR sobre las contralorías territoriales, no puede conllevar el vaciamiento de la competencia de éstas.
 - ix) Las actuaciones fiscales (auditorías) adelantadas por las contralorías territoriales sobre los objetos de control fiscal relacionados en el literal a) del artículo 29 del Decreto-Ley 403 de 2020 antes de la entrada en vigencia de éste, tienen plena validez al haberse ejecutado bajo normatividad anterior plenamente válida y vigente.
 - x) Las actuaciones fiscales (auditorías) que se encontraban en curso al momento de la entrada en vigencia del Decreto-Ley 403 de 2020 (16 de marzo de 2020), adelantadas por las contralorías territoriales sobre los objetos de control fiscal relacionados en el literal a) del artículo 29 del Decreto-Ley 403 de 2020, deberán culminarse por éstas, siempre y cuando no haya pronunciamiento expreso de la CGR en cada una de ellas para asumir su competencia prevalente, caso en el cual la contraloría territorial deberá apartarse del conocimiento.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”*, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’”

(Negrilla fuera de texto)



Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos jurídica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 89d22528, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		23/12/2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		24/12/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		24/12/2020

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.