



Radicado No: 2021100019871

Fecha: 22-06-2021

Bogotá,
110

Doctor

EDWARD A. HOWARD VALIENTE

Profesional Universitario

Dependencia de Auditorías

Contraloría General del Departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina

ehoward@contraloriasai.gov.co

San Andrés Islas

Referencia: Concepto 110.039.2021
 SIA-ATC. 012021000404

Doctor Howard,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento a través del correo electrónico de fecha 20 de mayo de 2021, radicado en el No. 20212330008382 de la misma fecha y bajo el SIA ATC 012021000404 relacionado con la siguiente consulta:

“Si durante la fase de ejecución y al cierre de la misma (sic) de una auditoría realizada a una entidad territorial, esta no suministra un contrato que fue solicitado antes y durante la fase de ejecución, lo que entorpeció el proceso auditor, al no poder pronunciarse sobre el mismo, y en respuesta al informe preliminar de auditoría, la entidad suministró el contrato para su revisión, contradiciendo la carta salvaguarda entregada en el cierre de la fase de ejecución, es posible que se considere lo anterior como un presunto hallazgo administrativo con connotación sancionatoria o solo como un hallazgo administrativo con mejora a través de un plan de mejoramiento.”

Antes de proceder a dar respuesta sobre el tema planteado, debemos indicar que, 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, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. 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; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

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:

*“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).*

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico frente a la consulta realizada, 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 respecto del tema contenido en su solicitud, pues como se expuso, será la dependencia respectiva de dicha contraloría, la encargada de analizar la norma y darle aplicación al caso específico.

Así mismo, le informamos 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.

De otra parte, es importante tener en cuenta 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.

(...)

A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución No. 0738 del 26 de mayo de 2021, determinó:

“Artículo 1. Prorrogar hasta el 31 de agosto de 2021, la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional declarada mediante Resolución 385 de 2020 y prorrogada a su vez por las Resoluciones 844, 1462 y 2230 de 2020 y 222 de 2021.”

En consecuencia, para la atención de peticiones se continúa con los términos señalados en el Decreto Legislativo 491 de 2020.

1. EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL

La Constitución Política de Colombia, con las modificaciones contenidas en el Acto Legislativo 04 de 2019, dispuso:

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

- 1. 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.
(...)*
- 2. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos.*
- 3. 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 Constitucional, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019, sobre la vigilancia de la gestión fiscal en el nivel territorial, en su inciso sexto, determina las funciones de los contralores territoriales, teniendo en cuenta las establecidas para el Contralor General de la República:

“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. (...).” (Resaltado fuera de texto)

2. COMPETENCIA DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Auditoría General de la República al auditar los procesos de competencia de las contralorías del país evalúa gestión y resultados más no es instancia de revisión, teniendo en cuenta lo dispuesto

en el Concepto No. 1392 de 2002 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“(...)

Una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, deberá asumir que el control de legalidad que se realiza por los organismos de control fiscal no es genérico y universal y solo está referido a la “gestión fiscal”, pues de lo contrario, se invadirían órbitas propias del control judicial sobre los actos, es decir, sobre la labor del juez administrativo y de los organismos con competencias disciplinarias y aún de la propia administración.

Por ello, el control de legalidad que le corresponde efectuar a la Auditoría General de la República, está claramente limitado a la verificación de las normas aplicables en la administración del patrimonio público, en cuanto a la utilización del mismo en el cumplimiento de las funciones atribuidas a las entidades por ella vigiladas, sin que pueda hacerse extensivo al control de legalidad de las actuaciones de las autoridades administrativas vigiladas por las contralorías Nacional, departamentales y municipales; tampoco se extiende al control de legalidad que compete constitucionalmente a la jurisdicción contencioso administrativa.”

3. CONTROL POSTERIOR Y SELECTIVO

El Decreto Ley 403 de 2020, artículo 53, en cuanto al Control Posterior y Selectivo dispone:

“Se entiende por control posterior la fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, con el fin de determinar si las actividades, operaciones y procesos ejecutados 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. Este tipo de control se efectuará aplicando el principio de selectividad.

Para el ejercicio del control fiscal posterior y selectivo, la vigilancia fiscal podrá realizarse a través del seguimiento permanente del recurso público por parte de los órganos de control fiscal, mediante el acceso irrestricto a la información por parte de estos.” (Resaltado fuera de texto).

Con fundamento en la norma antes transcrita, precisamos que al ser el control fiscal posterior y selectivo, las contralorías en el marco de su competencia ejercen la vigilancia fiscal respecto actividades, operaciones y procesos ya ejecutados y sus resultados generalmente corresponden a vigencias anteriores.

4. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO FISCAL

El Decreto Legislativo 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”, el título IX se denomina “Procedimiento Administrativo Sancionatorio Fiscal”, que debe ser aplicado por la Auditoría General de la República y las contralorías del país y el artículo 166 del citado Decreto derogó entre otras disposiciones los artículos 99 a 104 de la Ley 42 de 1993, relacionado con las sanciones.

Es de precisar que, si bien el título IX, alude al procedimiento no lo desarrolla y en lo no previsto nos remite al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Capítulo III Procedimiento administrativo sancionatorio

Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. **Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.”**

El Decreto Legislativo 403 de 2020 sobre el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal determina en los artículos: 78 naturaleza del proceso, 79 los funcionarios competentes, 80 campo de aplicación, 81 y 82 conductas sancionables, 83 tipos de sanciones, 84 criterios para imponer las sanciones, 87 graduación de la sanción (art. 87) y 88 trámite del proceso.

Puntualmente y teniendo en cuenta la consulta realizada, el citado Decreto Legislativo sobre las conductas sancionables determinó:

ARTÍCULO 81. (...) Serán sancionables las siguientes conductas:

- a) *Incurrir en violación de los principios constitucionales y legales del control o de la gestión fiscal, cuando así se concluya de los resultados de la vigilancia y del control fiscal.*
- b) *Omitir o no asegurar oportunamente fondos, valores o bienes o no lo hicieren en la cuantía requerida, teniendo el deber legal, reglamentario, contractual o estatutario de hacerlo*
- c) *Omitir adelantar las acciones tendientes a subsanar las deficiencias asociadas a la gestión fiscal previamente señaladas por los órganos de control fiscal.*
- d) *No cumplir con las obligaciones fiscales, entre ellas las previstas en las normas orgánicas del presupuesto y las asociadas a la destinación y entrega oportuna de los recursos fiscales o parafiscales recaudados con un fin legal específico.*
- e) *Dar utilización diferente a la prevista en la Ley, los reglamentos o la regulación a los bienes, fondos o recursos fiscales, o parafiscales, incluidos los bienes adquiridos con recursos públicos.*
- f) *Incurrir en errores relevantes que generen glosas en la revisión de las cuentas y que afecten el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal.*
- g) *No rendir o presentar las cuentas e informes exigidos ordinariamente, o no hacerlo en la forma y oportunidad establecidas por los órganos de control fiscal en desarrollo de sus competencias.*
- h) Omitir o no suministrar oportunamente las informaciones solicitadas por los órganos de control incluyendo aquellas requeridas en el procedimiento de cobro coactivo.**
- i) *Reportar o registrar datos o informaciones inexactas, en las plataformas, bases de datos o sistemas de información de los órganos de control o aquellos que contribuyan a la vigilancia y al control fiscal.*
- j) *No comparecer oportunamente a las citaciones que hagan los órganos de control fiscal.*
- k) No atender los requerimientos o solicitud de documentos, libros registrados, contabilidad o información en el marco de ejercicios de vigilancia y control fiscal, de las indagaciones preliminares o procesos de responsabilidad fiscal. La sanción para esta conducta también aplicará en tratándose de contratistas, proveedores, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación.**
- l) *No atender, en el caso de personas o entidades dedicadas a actividades industriales, comerciales o de servicios, los requerimientos de los órganos de control fiscal para el suministro de copias o la exhibición de libros, comprobantes y documentos de contabilidad, o cualquier información que permita realizar estudios de mercado que sirvan como prueba para la determinación de sobre costos en la venta de bienes y servicios a las entidades públicas o privadas que administren recursos públicos, o que desconozcan la inoponibilidad de la reserva de la información a órganos de control fiscal, en el debido ejercicio de sus*

funciones.

m) Obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten los órganos de control fiscal, sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos.

n) No permitir el acceso a la información en tiempo real por parte de la Contraloría General de la República y demás órganos de control fiscal en las condiciones previstas en la ley, o reportar o registrar datos e informaciones inexactas, en las plataformas, bases de datos o sistemas de información.

o) El no fenecimiento de las cuentas o concepto o calificación favorable en los procedimientos equivalentes para aquellas entidades no obligadas a rendir cuenta, durante dos (2) períodos fiscales consecutivos, bajo el entendido que se trate de un mismo representante legal que haya actuado con dolo o culpa grave.

p) Las demás que defina la ley como conducta sancionable.

“Artículo 82 Otras conductas. Los titulares de los órganos de control fiscal, ante la renuencia en la presentación oportuna de las cuentas o informes, o su no presentación por más de tres (3) períodos consecutivos o seis (6) no consecutivos dentro de un mismo período fiscal, solicitarán ante las autoridades disciplinarias competentes adelantar el proceso disciplinario para la remoción o la terminación del contrato por justa causa del servidor público, según fuere el caso y previo proceso disciplinario, cuando la mora o la renuencia hayan sido sancionadas previamente con multas o suspensión.” (Resaltado fuera de texto)

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta la normatividad y el análisis realizado sobre el tema objeto de consulta, es dable concluir que le corresponde a la respectiva entidad determinar la acción jurídica a seguir, en el marco de la autonomía y bajo los parámetros del ejercicio del control fiscal que sobre el hecho particular se materializa.

Al respecto, es preciso que se determine si con dicha actuación los funcionarios de la respectiva entidad auditada pudieren verse incurso en conductas de alcance sancionatorio o incluso disciplinario, razón por la cual al momento de valorar lo correspondiente la entidad conforme las reglas establecidas para el efecto procederá tomar las decisiones que le correspondan según sus competencias.

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

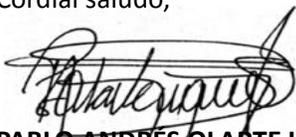
dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

"...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)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

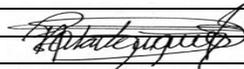
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjuntamos un formato de encuesta para diligenciarlo y remitirlo a la dirección de correspondencia Avenida Calle 26 N° 69 76 Torre 4 piso 18 de Bogotá, o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y gcalosma@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 ingrese por el botón SIA, seleccione la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, escoja 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 a506bdce, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA ATC y contraseña.

Cordial saludo,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Genith Carlosama Mora		18-06-2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		18-06-2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		18-06-2021

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.