



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera ponente: Ana María Charry Gaitán

Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 11001-03-06-000-2024-00002-00

Referencia: conflicto negativo de competencias administrativas

Partes: Contraloría General de la República – Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá y la Contraloría General de Boyacá

Asunto: autoridad competente para conocer el proceso de responsabilidad fiscal núm. 140-2019. Fuero de atracción por cofinanciación.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en los artículos 39 y 112, numeral 10.º, de la Ley 1437 de 2011¹, modificados por los artículos 2 y 19, respectivamente, de la Ley 2080 de 2021², procede a resolver el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de abril de 2018³, fue presentada denuncia por la Dra. Claudia Yaneth Ávila Castillo, en calidad de personera municipal de San Luis de Gaceno – Boyacá, en la cual solicita a la Contraloría General de Boyacá – Secretaria General investigar posibles irregularidades relacionadas con el contrato de obra pública núm. LP-COP006-2014, celebrado entre el municipio de San Luis de Gaceno y la Unión Temporal A.G.S. 2014.

2. En certificado del 03 de mayo de 2018⁴, solicitado al municipio de San Luis de Gaceno por la Contraloría General de Boyacá – Secretaria General, consta que los

¹ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

³ Expediente digital, 002_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 37

⁴ Expediente digital, 002_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 33

recursos son provenientes en un 60% de Desahorro FONPET-Recursos Fondo Nacional de Regalías y el restante 40% son recursos propios del municipio.

3. Mediante Auto 163 del 30 de mayo de 2018⁵, la Contraloría General de Boyacá – Secretaria General, avocó conocimiento de los hechos puestos en conocimiento por la Dra. Claudia Yaneth Ávila Castillo, en calidad de personera municipal de San Luis de Gaceno – Boyacá, y requirió información relacionada a la etapa pre-contractual, contractual y poscontractual del contrato de obra pública núm. LP-COP-006-2014.

4. El 5 de noviembre de 2019⁶, la Contraloría General de Boyacá – Secretaria General- expidió Auto 328, a través del cual determinó la existencia de un hallazgo con incidencia fiscal para el municipio de San Luis de Gaceno, por el valor de cuatrocientos noventa y nueve millones novecientos noventa y un mil sesenta y ocho pesos (\$499.991.068,00) moneda cte.

5. Por medio del Auto 733 del 18 de diciembre de 2019⁷, la Contraloría General de Boyacá ordenó la apertura de proceso de responsabilidad fiscal, por los hechos investigados dentro del expediente núm. 140-2019, siendo presunto responsable el señor Milton Oswaldo Fernández Alfonso, en calidad de alcalde del municipio de San Luis de Gaceno, durante la vigencia 2016-2019, por un presunto detrimento patrimonial, como parte de la apertura de responsabilidad fiscal, se tiene como tercero civilmente responsable a la Aseguradora Seguros del Estado.

6. Mediante Autos 159 del 24 de marzo de 2022⁸, 460 del 7 de septiembre de 2023⁹, 517 del 5 de octubre de 2023¹⁰ y 549 del 2 de noviembre de 2023¹¹, la Contraloría General de Boyacá ordenó pruebas dentro del proceso de responsabilidad fiscal núm. 140-2019.

7. El 9 de noviembre de 2023¹², la Contraloría General de Boyacá expidió el Auto 561 por medio del cual remitió por competencia funcional el expediente núm. 140-2019 que se adelanta contra el Municipio de San Luis de Gaceno a la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental de Boyacá.

⁵ Expediente digital, 002_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 38

⁶ Expediente digital, 002_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 122

⁷ Expediente digital, 004_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 4

⁸ Expediente digital, 004_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 50

⁹ Expediente digital, 005_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 48

¹⁰ Expediente digital, 005_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 66

¹¹ Expediente digital, 005_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 76

¹² Expediente digital, 005_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf, pg. 90

8. Mediante Auto 875 del 11 de diciembre de 2023¹³, la Contraloría General de la República- Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá se abstuvo de ejercer el control prevalente sobre el asunto que se conoce en el proceso de responsabilidad fiscal núm. 140-2019, y propuso colisión negativa de competencias para que se resuelva por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con el fin de se determine la entidad competente para continuar con el trámite del referido proceso de responsabilidad fiscal.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, modificado en su inciso 3° por el artículo 2° de la Ley 2080 de 2021, se fijó el edicto 002 del 26 de enero de 2024 en la Secretaría de esta Sala, por el término de 5 días, para que las autoridades involucradas y las personas interesadas presentaran sus alegatos o consideraciones en el trámite del conflicto¹⁴.

Consta que la Secretaría comunicó el presente conflicto a la Contraloría General de la República a través de la Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá, a la Contraloría General de Boyacá, al Señor Milton Oswaldo Fernández y a la Señora Claudia Yaneth Ávila Castillo¹⁵.

En informe secretarial del 2 de febrero de 2024¹⁶ se precisó que, dentro del término de fijación, la Contraloría General de Boyacá presentó consideraciones. Las demás autoridades involucradas y particulares interesados guardaron silencio.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES E INTERVINIENTES

1. Contraloría General de Boyacá

En su escrito de consideraciones hizo referencia a: (i) la competencia en materia de control fiscal; (ii) la competencia sobre las contralorías; (iii) la competencia prevalente en el ejercicio del control fiscal sobre los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías; y a las (iv) actuaciones procesales adelantadas por la Contraloría General de Boyacá.

En síntesis, se destacan como los argumentos que fundamentan su rechazo de competencia los siguientes:

¹³ Expediente digital, 001_DemandaWeb_EXPEDIENTEDIGITAL.pdf

¹⁴ Expediente digital, 014POREDICTO_05EDICTO.pdf.

¹⁵ Expediente digital, 014REPARTOYRADICACION_07INFORMEDECOMUNI.pdf.

¹⁶ Expediente digital, 018ALDESPACHOPORREPARTO_INFORMESECRETARIAL.pdf

Después de presentar de forma general la modificación introducida por el Acto Legislativo 4 de 2019 y el Decreto 403 de 2020¹⁷ que lo reglamentó, señaló que las contralorías departamentales, distritales y municipales ejercen las mismas funciones atribuidas al Contralor General de la República, pero en el ámbito de su jurisdicción y de conformidad con el origen de los recursos.

En este sentido se refirió a la competencia prevalente en el ejercicio del control fiscal sobre los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías, e hizo mención, en específico, al fuero de atracción por cofinanciación, que se establece en el artículo 29 del citado decreto. En este sentido adujo que:

[...] La Corte Constitucional se pronunció al respecto, mediante la Sentencia No. C-127 de febrero 26 de 2002 con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, llegando a la conclusión que la disposición demandada era exequible porque en ningún momento se estaba desplazando a las contralorías territoriales de su función constitucional señalada en el artículo 272, para lo cual, explicó que existen dos fuentes con las que se conforman los presupuestos de las entidades territoriales: por una parte están los recursos endógenos que corresponden a los recursos propios, producidos o devengados al interior de la misma entidad territorial y por otra parte están los recursos exógenos correspondientes a fuentes de financiación externa a la entidad territorial, como ocurre con los recursos del Sistema General de Participaciones y de Regalías.

Frente a estos últimos (recursos exógenos), es que el legislador habilitó a la CGR para que de manera prioritaria (CONTROL PREVALENTE) ejerza el control fiscal, sin desconocer, que las contralorías territoriales tienen la facultad complementaria de efectuar esa función pública de acuerdo a la coordinación previa con la CGR (CONTROL CONCURRENTE).

[...] no se discute que la Contraloría General de República sea competente para ejercer la vigilancia y el control fiscal sobre los recursos transferidos a las entidades territoriales a título de regalías, incluso después de que tales sumas de dinero son recibidas y apropiadas por las entidades en sus presupuestos, pues así lo establece expresamente la ley. El problema jurídico que se plantea en el caso que hoy nos ocupa, consiste en determinar si dicha competencia es privativa o exclusiva de la Contraloría General de la República. No obstante, es preciso | señalar que a este respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado, ha dilucidado el tema concluyendo que la competencia es concurrente o compartida entre el órgano de control nacional y las respectivas contralorías territoriales, sin perjuicio de la facultad prevalente otorgada

¹⁷ Decreto Ley 403 de 2020 (marzo 16), «[P]or el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal».

a la Contraloría General de la República, conforme a las reglas del artículo 29 el Decreto Ley 403 de 2020.

[...] Resalta la Sala.

Aplicado lo anterior al caso concreto, referido al proceso de responsabilidad fiscal núm. 140-2019 - municipio de San Luis de Gaceno, por un presunto daño patrimonial en la suma de cuatrocientos noventa y nueve millones novecientos noventa y uno mil sesenta y ocho pesos (\$499.991.068,00), señaló que de acuerdo a la certificación expedida por el Secretario de Hacienda del mencionado municipio:

(...) el origen de los recursos del contrato de obra pública LP-COP-006-2014, cuyo objeto es "construcción obras de urbanismo (redes hidrosanitarias) proyecto de vivienda social barrio el progreso del Municipio de San Luis de Gaceno – Boyacá celebrado entre el Municipio de San Luis de Gaceno y el Consorcio Unión Temporal A.G.S. 2014 son provenientes de:

DESAHORRO FONPET – RECURSOS FONDO NACIONAL DE REGALÍAS (60%)

RECURSOS PROPIOS (40%)

(...)

De manera que, de conformidad con el fuero de atracción el órgano de control competente para continuar adelantando las actuaciones, es la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental de Boyacá, aunado este criterio al de la competencia prevalente, que le ha sido atribuida cuando se trata de regalías y, en general, de recursos de la Nación o transferidos por ella, como sucede en el presente caso.

2. Contraloría General de la República- Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá

Esta autoridad no presentó alegatos, sin embargo, del Auto núm. 875 del 11 de diciembre de 2023, mediante el cual propuso el conflicto de competencias, se pueden extraer los argumentos que sustentan su posición respecto de este asunto.

Consideró que la contraloría territorial hace errónea Interpretación del artículo 4° del Decreto Ley 403 de 2020 pues, si se aceptara el planteamiento de la Contraloría General de Boyacá, de acuerdo con el cual por el solo hecho de que las entidades territoriales reciban recursos del SGR, la competencia para hacer el control fiscal recaería en la CGR, se haría inane el control fiscal territorial porque absolutamente todas las entidades territoriales del país reciben recursos del SGR y bajo el planteamiento expuesto por la contraloría territorial se dejaría sin significado alguno,

lo dispuesto en el inciso primero del artículo 4° en comento, lo cual sería desproporcional con el sistema de control dispuesto constitucionalmente.

A su juicio, también es errónea la interpretación que la contraloría territorial hace del artículo 29 del Decreto Ley 403 de 2020. Lo anterior por cuanto, si bien se prescribe el fuero de atracción, que implica que si hay más del 50% de recursos nacionales, le corresponderá a la Contraloría General de la República el ejercicio del control fiscal, hay en todo caso una competencia concurrente, sin perjuicio de la potestad prevalente que sin embargo, en esta ocasión no se aplicará.

Manifestó que en este proceso se ordenó la remisión del expediente a la Contraloría General de la República por competencia funcional, a un año de que suceda el fenómeno de la prescripción de la acción (art, 9° de la ley 610 de 2000); situación que hace nugatorio el principio de eficacia y va en perjuicio de la protección de los recursos públicos del municipio de San Luis de Gaceno.

Adicionalmente, consideró que ejercer el control prevalente en el sub lite, causaría un perjuicio mayor a la investigación pues, aunque existen serios presupuestos de un detrimento patrimonial que ameritarían la aplicación del control prevalente, asumirlo, dado el tiempo considerable que ya ha transcurrido entre la fecha de los hechos (en el 2015 se liquidó el contrato de obra LP-COP-006-2014) y el momento en que se tiene conocimiento del mismo, conllevaría que al avocar conocimiento el proceso ya esté afectado de caducidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de la Ley 610 de 2000, es imperioso decretar la nulidad de todo lo actuado por parte de la Contraloría General de Boyacá, desde el auto de apertura de la investigación inclusive, sin que se pueda volver a abrir un nuevo proceso pues ya han transcurrido más de 9 años desde la fecha de los hechos, superándose el término de caducidad de 5 años indicados en el artículo 9 de la misma ley.

IV. CONSIDERACIONES

1. Regla general de competencia para resolver conflictos de competencia administrativos. Reiteración¹⁸

La parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) regula el «procedimiento administrativo». Su título III se ocupa del «procedimiento administrativo general», cuyas «reglas generales»

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto, radicación 11001030600020220021100 del 25 de enero de 2023.

están integradas en el capítulo I, del que forma parte el artículo 39, modificado, en su inciso 3, por el artículo 2 de la Ley 2080 de 2021, que dispone:

Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.
[...].

En el mismo sentido, el artículo 112, numeral 10°, del código en cita, modificado por el artículo 19 de la Ley 2080, señala que una de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil es:

10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo [...].

Con base en las disposiciones mencionadas, la Sala ha precisado los elementos que la habilitan para dirimir los conflictos de competencias administrativas, a saber:

i) Que se trate de una actuación de naturaleza administrativa, particular y concreta.

El presente asunto es de naturaleza administrativa y versa sobre un asunto particular y concreto, en tanto se trata del proceso de responsabilidad fiscal expediente núm. 140-2019, que se adelanta contra el señor Milton Oswaldo Fernández Alfonso en calidad de alcalde del Municipio de San Luis de Gaceno durante la vigencia 2016-2019, por un presunto detrimento patrimonial por la suma de \$499.991.068,00 derivado de la suscripción y ejecución del contrato de obra pública núm. LP-COP-006-2014.

ii) Que, simultánea o sucesivamente, las autoridades concernidas nieguen o reclamen competencia para conocer de la actuación administrativa particular.

En este caso, las dos autoridades involucradas, esto es, la Contraloría General de la República- Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá y la Contraloría General de Boyacá, han negado tener la competencia para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal núm. 140-219.

iii) Que una de las autoridades inmersas en el conflicto de competencia administrativa sea del orden nacional; o que, si se trata de autoridades del orden territorial, no estén sometidas en ejercicio de la jurisdicción de un solo tribunal administrativo.

Este conflicto negativo de competencias fue planteado entre una autoridad de orden nacional, la Contraloría General de la República- Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá, y otra del orden territorial, la Contraloría General de Boyacá.

2. Términos legales

El inciso final del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 ordena que «[m]ientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán».

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, modificado en su inciso 3 por el artículo 2 de la Ley 2080 de 2021, para el examen y la decisión de los asuntos que se plantean a la Sala como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

3. Aclaración previa

El artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, modificado, en su inciso 3º, por el artículo 2º de la Ley 2080 de 2021, le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto, decisión que adopta la Sala con fundamento en los supuestos fácticos puestos a su consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del

expediente del conflicto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las eventuales alusiones que se hagan a los aspectos jurídicos o fácticos propios del caso concreto serán exclusivamente las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente verificar los fundamentos de hecho y de derecho de la petición o del asunto de que se trate, así como las pruebas que obren en el respectivo expediente administrativo, para adoptar la decisión de fondo que sea procedente.

4. Problema jurídico y síntesis del conflicto

4.1. Síntesis del conflicto

La Sala estudia un conflicto negativo de competencias administrativas, que tuvo origen en la decisión de la Contraloría General de Boyacá de remitir por competencia a la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental de Boyacá el expediente núm. 140-2019, con fundamento en el fuero de atracción por cofinanciación, establecido en el artículo 29 del Decreto Ley 403 de 2020, al señalar que la fuente de los recursos para suscribir el contrato núm. LP-COP-006-2014 son en un 60% de Desahorro FONPET-Recursos Fondo Nacional de Regalías frente a los que la Contraloría General de la República «ejerce competencia prevalente».

Por su parte, la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá manifestó que, no ejercerá su competencia prevalente dentro del citado proceso de responsabilidad fiscal pues, prevalece la competencia concurrente respecto del fuero de cofinanciación y se causaría un perjuicio mayor a la investigación considerando que hay un riesgo inminente de que operen tanto la prescripción como la caducidad, razón por la cual, le corresponde a la Contraloría General de Boyacá continuar conociendo de dicho trámite.

4.2 Problema jurídico

En el presente asunto, le corresponde a la Sala determinar cuál es la autoridad competente para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal núm. 140-2019, adelantado contra el señor Milton Oswaldo Fernández Alfonso, en calidad de alcalde del municipio de San Luis de Gaceno, durante la vigencia 2016-2019, por un presunto detrimento patrimonial por la suma de \$499.991.068,00, derivado de la suscripción y ejecución del contrato de obra pública núm. LP-COP-006-2014.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá a lo siguiente: **i)** proceso de responsabilidad fiscal, definición, finalidad y características. Reiteración;

ii) control prevalente (ahora preferente) sobre los recursos nacionales transferidos a las entidades territoriales a cualquier título. Reiteración; y iii) el caso concreto.

5. Análisis de la normativa aplicable

5.1. Proceso de responsabilidad fiscal, definición, finalidad y características. Reiteración¹⁹

El artículo 1° de la Ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal causen un daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, en forma dolosa o culposa.

Asimismo, el artículo 4° *ibidem* establece que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Los fundamentales propósitos del proceso de responsabilidad fiscal son: (i) proteger el patrimonio público; (ii) garantizar la transparencia y el acatamiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y recursos públicos; y (iii) verificar la eficiencia y eficacia de la administración para cumplir los fines del Estado.

Las características del proceso pueden enunciarse así: (i) es netamente administrativo; (ii) es esencialmente indemnizatorio o resarcitorio, y no sancionatorio; (iii) está regulado en la Ley 610 de 2000²⁰ y las leyes que la modifican o complementan; y, (iv) debe observar en su desarrollo las garantías sustanciales y procesales propias de los procedimientos administrativos.

Como cualquier tipo de actuación administrativa o judicial en un Estado de Derecho, el proceso de responsabilidad fiscal debe estar guiado por la observancia del debido proceso, lo que implica que en su desarrollo, se deben respetar las garantías

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 24 de enero de 2024, conflicto con radicado No. 11001-03-06-000-2023-00687-00. Ver además, Decisión del primero de diciembre de 2023, conflicto con radicación núm. 11001-03-06-000-2023-00517-00; Decisión del 18 de junio de 2019, conflicto con radicación No. 11001-03-06-000-2019-00047-00; y Decisión del 7 de diciembre de 2022, conflicto con radicación No. 11001-03-06-000-2022-00010-00.

²⁰ Modificada por 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”, publicado en el Diario Oficial No. 51.258 de 16 de marzo 2020.

sustanciales y procesales que integran ese derecho, como son, la legalidad, el juez natural (autoridad competente), la presunción de inocencia, el derecho de defensa (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o por medio de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a interponer recursos contra la decisión condenatoria o sancionatoria, salvo las excepciones legales, etc.), y la cosa juzgada (derecho a no ser investigado dos veces por el mismo hecho), entre otras garantías.

5.2. El control prevalente (ahora preferente) de la Contraloría General de la República. Reiteración²¹

El Acto Legislativo 04 de 2019, modificó el artículo 267 constitucional, el cual radicó en la Contraloría General de la República la vigilancia y el control fiscal de quienes manejen «fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos». Además, previó que la ley debía reglamentar el ejercicio de las competencias entre las contralorías «con observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad»; y ordenó que el control que ejerce la Contraloría General de la República «será preferente en los términos que defina la ley». En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el parágrafo transitorio del artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019²², fue expedido el Decreto 403 de 2020²³.

El artículo 3º enumeró y definió los «principios de la vigilancia y el control fiscal». En el literal o) se refirió a la prevalencia así:

[...]

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 24 de enero de 2024, conflicto con radicado No. 11001-03-06-000-2023-00687-00. Ver además, Decisión del primero de diciembre de 2023, conflicto con radicación núm. 11001-03-06-000-2023-00517-00; y Decisión del 14 de diciembre de 2020, conflicto con radicación No. 11001-03-06-000-2010-00034-00.

²² A.L. 04/19, artículo 2º. El artículo 268 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:[...] Parágrafo transitorio. La asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República y su planta transitoria será equiparada a los de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional. Para la correcta implementación del presente acto legislativo, y el fortalecimiento del control fiscal, la ley determinará la creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales, la ampliación de la planta de personal, la incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y la modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas. Exclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo, otórguense precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley. (Subraya la Sala)

²³ Decreto Ley 403 de 2020 (marzo 16), «[P]or el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal».

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.

[...]

De acuerdo con la norma transcrita, la prevalencia significa primacía de las competencias de la Contraloría General de la República sobre las competencias de las contralorías territoriales, en dos hipótesis: *i)* el inicio por la Contraloría General de un ejercicio de control fiscal, caso en el cual la contraloría territorial tiene el deber de abstenerse de ejercer sus funciones; y *ii)* cuando la territorial ha iniciado un ejercicio de control fiscal, será desplazada, si la Contraloría General de la República decide intervenir.

El ejercicio de las competencias de las contralorías General y territoriales está regulado en el Título II del Decreto Ley 403 de 2020, artículo 4, en los siguientes términos:

Artículo 4o. 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 estas 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. (Subraya la Sala).

Hace notar la Sala la expresa referencia de la norma legal a los recursos de la Nación transferidos a cualquier título a la entidad territorial, como ámbito de aplicación de la competencia prevalente de la Contraloría General de la República. Así como las

competencias de las contralorías territoriales referidas a los recursos endógenos, en concurrencia con la Contraloría General de la República, pero de acuerdo con las disposiciones del mismo decreto ley.

Ahora bien, sin perjuicio de las reformas introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019, siguen siendo pertinentes las consideraciones de la Sala, anteriores a dicho acto legislativo, sobre la distribución de competencias entre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales (las normas en el texto transcrito corresponden al texto constitucional anterior a la reforma)²⁴:

a. A la Contraloría General de la República le compete, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, ejercer el control sobre la gestión fiscal de las entidades y órganos públicos del orden nacional, inclusive aquellos de carácter autónomo (en la medida en que realicen gestión fiscal), así como sobre los particulares y las demás entidades públicas que administren o manejen bienes o fondos de la Nación.

b. El control sobre la gestión fiscal que realicen las entidades territoriales y sus descentralizadas compete a las respectivas contralorías locales, con la precisión de que el control fiscal en los municipios corresponde, en principio, a las contralorías departamentales, salvo lo que disponga la ley sobre las contralorías municipales (artículo 272, inciso 2º de la C.P.).

c. Sin perjuicio de lo anterior, la Contraloría General de la República puede ejercer, en forma excepcional, el control fiscal sobre los bienes y recursos propios de cualquier entidad territorial (artículo 267, inciso 3º de la Carta).

d. Respecto de los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, a cualquier título, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales tienen una competencia concurrente, es decir, que cualquiera de ellas puede ejercer, en principio, el control fiscal. **Sin embargo, la competencia de la Contraloría General de la República es prevalente**, lo cual implica, a juicio de la Sala, que, una vez iniciada una actuación por la Contraloría General, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso, **y, por el contrario, si después de empezada una investigación o proceso por la contraloría territorial, la Contraloría General de la República decide intervenir, su efectiva participación desplaza a la contraloría territorial**. Este tipo de control prevalente es diferente del control excepcional mencionado en el punto anterior.

e. Cuando las competencias de control fiscal de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales son concurrentes, dispone la Constitución y la ley que la primera pueda ejercer el control en forma prevalente. Dada la

²⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del primero de diciembre de 2023, conflicto con radicación núm. 11001-03-06-000-2023-00517-00; y Decisión del 15 de octubre de 2013, conflicto de competencias administrativas 11001-03-06-000-2013-00426-00.

naturaleza potestativa de esta función, la Contraloría General de la República no puede ser obligada a ejercerlo, y mal podrían las contralorías territoriales exigirle que lo haga²⁵. [Se destaca].

5.3. Fuero de atracción por cofinanciación. Reiteración²⁶.

El artículo 29 del decreto determinó la regla de competencia cuando confluyen varias contralorías:

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. (Subrayado de la Sala).

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.

La anterior norma delimita la competencia de las contralorías territoriales cuando existen varias fuentes de financiación, respecto a la Contraloría General y frente a las demás contralorías, así:

- i) Cuando hay varias fuentes de financiación objeto de vigilancia y las del orden nacional son superiores al 50%, la competencia será de manera prevalente de la Contraloría General.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2023 Decisión del primero de diciembre de 2023, conflicto con radicación núm. 11001-03-06-000-2023-00517-00; Decisión del 15 de octubre de 2013, conflicto con radicación 11001-03-06-000-2013-00426-00; y Decisión del 11 de diciembre de 2018, conflicto con radicación 11001-03-06-000-2018-00216-00.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 28 de febrero de, conflicto con radicación núm. 11001-03-06-000-2022-00246-00

- ii) Cuando los porcentajes de participación son iguales la competencia se ejercerá a prevención por la contraloría territorial por orden de llegada o inicio del proceso.
- iii) Cuando confluyan fuentes de financiación sujetas a la vigilancia y control fiscal por parte de diferentes contralorías territoriales, tendrá competencia prevalente la jurisdicción que tenga mayor participación en la financiación.
- iv) Cuando los porcentajes de participación en la financiación sean iguales, la competencia se ejercerá a prevención por orden de llegada o de inicio del respectivo proceso.

6. Caso concreto

Con base en las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado declarará competente a la Contraloría General de la República para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal núm. 140-2019, adelantado contra el señor Milton Oswaldo Fernández Alfonso, en calidad de alcalde del Municipio de San Luis de Gaceno, durante la vigencia 2016-2019, teniendo en cuenta las siguientes razones:

1. El proceso de responsabilidad fiscal que originó el presente conflicto negativo de competencias administrativas versa sobre un presunto detrimento patrimonial por la suma de \$499.991.068,00, derivado de la suscripción y ejecución del contrato de obra pública núm. LP-COP-006-2014.

2. De acuerdo con la información que obra en el expediente, se observa que dicho negocio jurídico se ejecuta con los siguientes recursos:

a.) *DESAHORRO FONPET – RECURSOS FONDO NACIONAL DE REGALÍAS (60%)*

b.) *RECURSOS PROPIOS (40%)*

3. De la anterior certificación del porcentaje y la fuente de los recursos de cofinanciación se tiene que es aplicable la regla de competencia establecida en el literal a) del artículo 29 del Decreto Ley 403 de 2020, que prescribe que cuando confluyan fuentes de financiación que involucren la vigilancia y control fiscal por parte de diferentes contralorías, debe aplicarse el fuero de atracción, en los siguientes términos:

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.

4. En ese orden, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la presente decisión, la Sala encuentra que se verifica en el supuesto fáctico que:

i) El contrato está financiado con recursos propios del municipio y recursos de la Nación, es decir, confluyen fuentes de financiación.

ii) El porcentaje de financiación con recursos de la Nación es del 60%. Esto conforme con la certificación expedida por el secretario de Hacienda del mencionado municipio al señalar que ese porcentaje proviene de la fuente denominada DESAHORRO FONPET – RECURSOS FONDO NACIONAL DE REGALÍAS (60%). Estos recursos según lo ha señalado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado son de fuente exógena o provenientes de la Nación.

En el primer caso, se puede citar la Sentencia C-127/02 al señalar que los recursos exógenos corresponden a fuentes de financiación externa a la entidad territorial, como ocurre con los recursos del Sistema General de Participaciones y de Regalías. En el segundo, se tiene como precedente el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del trece de junio de 2013 conflicto con radicación núm. 11001-03-06-000-2013-00205-00 en el que se refirió lo siguiente:

[...] En esa medida, observa la Sala que ninguna de las normas constitucionales y legales mencionadas en el numeral 1o de este acápite, referentes a la competencia de las contralorías territoriales, ha perdido su vigencia, ni su aplicación ha sido exceptuada con respecto a las regalías, por otras disposiciones del mismo rango y fuerza vinculante. Por el contrario, tales preceptos y las conclusiones obtenidas de los mismos por la jurisprudencia y la doctrina, son igualmente aplicables al control fiscal de las regalías, en la medida en que estas son recursos que pertenecen al Estado (en su totalidad) y que son transferidos por este a las entidades territoriales, constituyendo para los departamentos, distritos y municipios ingresos de fuente externa o “exógena”, como son también, entre otros, los que reciben de la Nación dentro del sistema general de participaciones.

[...] Resalta la Sala.

En consecuencia, el control y vigilancia fiscal corresponden a la Contraloría General de la República, en aplicación del fuero de atracción, contenido en el artículo 29 del Decreto 403 de 2020.

5. Ahora bien, la sala no comparte el argumento de la Contraloría General de la República en el sentido de considerar que, si bien existe la verificación de un

porcentaje superior al 50% de recursos nacionales en la financiación del contrato objeto de control fiscal, hay en todo caso una competencia concurrente que a su juicio prima, pues, el fuero de atracción por cofinanciación es la regla de competencia más precisa, de mayor especialidad y especificidad en relación con el control fiscal que reduce drásticamente el margen de incertidumbre y que, como regla, es ciertamente un mandato definitivo. No hay lugar entonces a excluir su aplicación una vez se ha constatado la premisa fáctica, en primer lugar, por cuanto desde los cánones clásicos de interpretación del derecho es claro que la norma especial y concreta prevalece sobre la norma general y abstracta. Y en segundo, porque ello constituiría una decisión *contra legem* o una vía de hecho por defecto sustantivo, siguiendo las categorías conceptuales de la doctrina constitucional, al exceder el operador jurídico su competencia interpretativa.

Tampoco está de acuerdo con el argumento de conveniencia esbozado para el rechazo de competencia según el cual, al ejercer el control prevalente se causaría un perjuicio mayor a la investigación considerando que, aunque existen serios presupuestos de un detrimento patrimonial que ameritarían la aplicación de dicho control prevalente, hay un riesgo inminente de que operen tanto la prescripción como la caducidad. Lo anterior por cuanto, se trata de una apreciación subjetiva, en relación con los efectos de aplicación de la norma, que es propia de estudios de eficacia normativa que exceden el ámbito de la dogmática jurídica en general y del análisis de competencia en particular.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR competente a la Contraloría General de la República a través de la Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal núm. 140-2019, adelantado contra el señor Milton Oswaldo Fernández Alfonso, en calidad de alcalde del Municipio de San Luis de Gaceno durante la vigencia 2016-2019.

SEGUNDO. REMITIR el expediente a la Contraloría General de la República-Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá, para el ejercicio de la competencia correspondiente.

TERCERO. COMUNICAR esta decisión a la Contraloría General de la República-Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá, a la Contraloría General de Boyacá, al Señor Milton Oswaldo Fernández y a la Señora Claudia Yaneth Ávila Castillo.

CUARTO. RECONOCER personería, de acuerdo con los poderes y los documentos anexos que obran en el expediente, a la abogada Ana Milena Núñez Peralta, como apoderada de la Contraloría General de Boyacá.

QUINTO. ADVERTIR que los términos legales a los que esté sujeta la actuación administrativa de la referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en el cual se comunique la presente decisión.

SEXTO. ADVERTIR que contra la presente decisión no procede recurso alguno, por disposición expresa del artículo 39, inciso 3º, de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 2 de la Ley 2080 de 2021.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Comuníquese y cúmplase

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejera de Estado

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Consejera de Estado

JOHN JAIRO MORALES ALZATE
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala

CONSTANCIA: La presente decisión fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI, con el fin de garantizar su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.