

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Control fiscal posterior excepcional. Competencia prevalente

Observa la Sala que la legislación y la jurisprudencia le otorgaron a la Contraloría General de la República, además del control excepcional sobre las cuentas de las entidades territoriales, una competencia prevalente para adelantar el procedimiento fiscal asumido como consecuencia de dicho control excepcional, precisamente por la necesidad de garantizar la objetiva e imparcial investigación fiscal, que a nivel territorial puede resultar más proclive y susceptible de intromisión. Así mismo la Ley 617 de octubre 6 de 2000 "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional", reguló lo siguiente, en cuanto al control fiscal excepcional: "Artículo 81.- Extensión del control de la Contraloría General de la República. En desarrollo del inciso tercero del Artículo 267 de la Constitución Nacional, la Contraloría General de la República realizará el control fiscal de las entidades territoriales que incumplan los límites previstos en la presente ley. Para el efecto, la Contraloría General de la República gozará de las mismas facultades que ejerce en relación con la Nación".

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 267 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 26 / LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 63 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 81

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias Corte Constitucional C-403 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra mediante la cual se declaró exequible el artículo 26 literales a) y b) de la Ley 42 de 1993; y C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, por medio de la cual se declaró exequible el artículo 63 de la Ley 610 de 2000.

CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL - Fundamento constitucional / CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL - Regulación legal / SUJETOS DE CONTROL FISCAL EXCEPCIONAL – Lo son las entidades territoriales y las entidades que las conforman con inclusión de las del sector descentralizado por servicios / RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Control fiscal excepcional prevalente de la gestión fiscal en lo relacionado con la contratación llevada a cabo en el IDU para el sistema Transmilenio

Teniendo de presente que el inciso 6º del artículo 272 de la Constitución Política, dispone que "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", la Sala encuentra válido afirmar que los sujetos de vigilancia y control por parte de la Contraloría General de la República a nivel nacional que señala el artículo 4º del Decreto 267 de 2000, resultan ser los mismos que a nivel territorial o de su jurisdicción le corresponderá entonces vigilar a las contralorías departamentales, distritales y municipales. Dejando en claro lo anterior, se rectificará la postura de esta Sala sentada en la sentencia del 27 de mayo de 2010, en el sentido de que el control fiscal excepcional lo podrá avocar la Contraloría General de la República respecto no sólo de las cuentas de las entidades territoriales sino también de las entidades que las conforman, incluyendo las del sector descentralizado por servicios, cuyo control fiscal de manera ordinaria o regular le corresponde adelantar a las contralorías territoriales según su jurisdicción. Para los efectos anteriores, se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 68 de la Ley 498 de 1998.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 286 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 267 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 272 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 26 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 81 / DECRETO 267 DE 2000 – ARTICULO 4 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 38

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencia Corte Constitucional c-1176 DE 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL - Solicitud. Requisitos / SOLICITUD DE CONTROL EXCEPCIONAL – Requisito de la justificación y razonabilidad de la medida

De acuerdo con las anteriores disposiciones superiores y legales, observa la Sala que los únicos requisitos exigidos a nivel legal, para que opere el control excepcional por parte de la Contraloría General de la República sobre las cuentas de las entidades territoriales y, a partir de la presente sentencia, de las entidades que las integran, es que sea solicitado por el gobierno, o por el órgano legislativo o corporación que asuma esta función a nivel territorial o por la ciudadanía en general (...) Por tanto, la Sala observa que la demandante hizo una equivocada interpretación de la exigencia contemplada en el numeral 2º del párrafo 2º del artículo 13 de la Resolución Orgánica 05500 de Julio de 2003, como quiera que es a los solicitantes o convocantes del control excepcional –de la rama ejecutiva, legislativa o voceros de la ciudadanía-, a quienes les corresponde cumplir con el requisito de la justificación y razonabilidad de la medida solicitada y no como lo entendió la actora, a quien asumió la solicitud, en este caso, a la Contraloría General de la República. No otra interpretación se le puede dar al párrafo 2º del artículo 13 del acto citado al disponer: “La solicitud con que se promueva el control posterior excepcional por parte de la Contraloría General de la República deberá contener: 1. Identificación de la entidad pública afectada. 2. Objeto de la solicitud, justificación y razonabilidad” (...) De acuerdo con la abundante prueba documental transcrita, observa la Sala que las entidades convocantes o solicitantes del control fiscal excepcional por parte de la Contraloría General de la República, sí cumplieron con la exigencia del numeral 2º del párrafo 2º de la Resolución Orgánica 05500 de 2003, en la medida en que dichas solicitudes fueron planteadas de manera objetiva, exponiendo los motivos de forma justificada y razonablemente argumentados.

FUENTE FORMAL: LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 26 / RESOLUCION ORGANICA 05500 DE 2003 (4 de julio) – CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencia Consejo de Estado Sección Primera de 12 de junio de 2012, Rad 2011-01112, M.P. María Claudia Rojas Lasso

CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL – Prevalencia / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Competencia prevalente / CONTROL PREVALENTE – Su ejercicio por la Contraloría General de la República no afecta la autonomía de la Contraloría de Bogotá / IINSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – Contratación del sistema Transmilenio

Ahora bien, respecto del segundo cargo de la demanda, relativo a la violación de la autonomía de la Contraloría de Bogotá por el ejercicio del control excepcional por parte de la Contraloría General de la República, la Sala considera que no le

asiste la razón, por cuanto pasa por alto la apoderada de la actora que se trató de una medida temporal o transitoria, para un asunto puntual –lo relacionado con el sistema Transmilenio- dada la gestión fiscal adelantada por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, con fundamento en la previa solicitud planteada por el Alcalde de la ciudad, el Concejo Distrital y la Red de Veedurías Ciudadanas. Por lo anterior, en ningún momento se puede aceptar que con dicha medida el órgano de control superior hubiera incurrido en intromisión o vulneración de la autonomía de la Contraloría de Bogotá para el ejercicio del control fiscal, como quiera que lo que hizo fue ejercer una competencia constitucional y legal que le es reconocida. Aunado a lo anterior, resulta necesario recordarle a la demandante, que el artículo 63 de la Ley 610 del 15 de Agosto de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, respecto de los procesos de responsabilidad fiscal que adelante como consecuencia del ejercicio del control excepcional, le reconoció además competencia prevalente, disposición legal que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-364 del 2 de abril de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett (...)

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 63

NORMA DEMANDADA: AUTO 0044 DE 2004 (30 de enero) / AUTO 00105 DE 2004 (9 de marzo) / AUTO 127 DE 2004 (25 de marzo) – CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA (No anulados)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00288-01

Actor: CONTRALORIA DE BOGOTA D.C

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: ACCION DE SIMPLE NULIDAD

Se decide en única instancia la acción de simple nulidad instaurada por la entidad de control demandante contra varios autos y oficios proferidos por la Contraloría General de la República, mediante los cuales se ejerció el control fiscal excepcional posterior al Instituto de Desarrollo IDU en lo relacionado con el proceso de contratación y puesta en marcha del sistema de transporte masivo de Bogotá D.C denominado Transmilenio.

I. LA DEMANDA

La entidad de control distrital por conducto de apoderado judicial instauró acción de simple nulidad tipificada en el artículo 84 del CCA, con el fin de que se reconozcan las siguientes:

1.1. Pretensiones:

-Declarar la nulidad del Auto 0044 del 30 de enero de 2004 proferido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, por medio del cual se dispone comisionar a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para que ejerza el control excepcional al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, en relación con todos los aspectos relacionados con el proyecto del esquema de contratación de la construcción del sistema Transmilenio.

-Declarar la nulidad del Auto 00105 del 9 de marzo de 2004 proferido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, que adiciona el Auto 0044 del 2004 ampliando el control excepcional a la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha del sistema Transmilenio.

-Declarar la Nulidad del oficio N° 85111 del 11 de marzo de 2004 mediante el cual el Contralor Delegado de Infraestructura Física, Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Rural de la Contraloría General de la República, le comunicó al Contralor de Bogotá la decisión de extender el control excepcional a la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha de transmilenio, previniéndolo para que se abstenga de conocer los mismos hechos.

-Declarar la Nulidad del oficio N° 10123 del 18 de marzo de 2004, mediante el cual el Contralor General de la República le solicitó al Contralor de Bogotá, abstenerse de conocer o seguir conociendo los hechos relacionados con la totalidad del

proceso de contratación del sistema Transmilenio y remitir a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física, Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Rural de la CGR, toda la documentación relacionada con las auditorías terminadas o en curso y, a la Delegada para Investigaciones los procesos de responsabilidad fiscal, indagaciones preliminares y hallazgos fiscales sobre el mismo.

-Declarar la nulidad del Auto 127 del 25 de marzo de 2004 proferido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, el cual adiciona el Auto 0044 del 2004, en el sentido de ampliar el control excepcional a la totalidad del sistema Transmilenio y al Instituto de Desarrollo Urbano IDU en lo que con Transmilenio se relaciona.

-Declarar la Nulidad del Oficio del 25 de marzo de 2004 expedido por el Contralor Delegado de Infraestructura Física, Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Rural por el cual le informó al Contralor de Bogotá, que a petición del Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. y del Presidente Nacional de la Red de Veedores y Veedurías Ciudadanas de Colombia, se requiere de la intervención de la Contraloría General de la República en el sentido de ampliar el control excepcional que se adelanta al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, a la integralidad del S.I.C y totalidad de la Contratación de las Troncales de Transmilenio.

-Declarar la nulidad del Oficio del 13 de abril de 2004 suscrito por la Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva en el que le solicitó al Contralor de Bogotá, la remisión a esa Delegada de los hallazgos indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal relacionados con todo el sistema Transmilenio, con el fin de continuar con el control excepcional.

1.2. Hechos:

Señaló el apoderado del ente de control demandante que dicha entidad desde el año 2001 inició el proceso auditor relacionado con el sistema Transmilenio encontrando hallazgos que dieron origen a que se iniciara el respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

Indicó que el Alcalde Mayor de Bogotá de la época Doctor Antanas Mockus Sivickas, requirió mediante oficio del 16 de diciembre de 2003, la intervención de la Contraloría General de la República para que por vía excepcional, ejerciera control fiscal al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, en relación con todos los aspectos relacionados con el proyecto del esquema de contratación de la construcción del sistema Transmilenio, Troncales NQA y Avenida Suba.

Posteriormente la CGR mediante Auto N° 044 del 30 de enero de 2004, dispuso comisionar a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para que procediera a realizar las diligencias tendientes a dar trámite a la solicitud del Alcalde Mayor del Distrito Capital.

Mencionó el apoderado de la Contraloría de Bogotá que mediante Proposición N° 074 del 25 de febrero de 2004 en sesión plenaria el Concejo de Bogotá D.C. requirió al Contralor General de la República para que extendiera el mencionado control a la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha del sistema Transmilenio, con el fin de que el control fuera integral y total.

En vista de la proposición anterior, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva profirió el Auto N° 00105 del 9 de marzo de 2004, adicionando el Auto N° 0044 del 30 de enero del mismo año. Este Auto le fue remitido a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para que le diera cumplimiento.

Señaló la parte actora que el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. Luis Eduardo Garzón, el 9 de marzo de 2004, requirió al Contralor General de la República para que asumiera de manera excepcional las actuaciones realizadas por el IDU, en el diseño, contratación, desarrollo y posterior ejecución para la construcción y adecuación de las Troncales de la Fase I de Transmilenio.

Una solicitud en el mismo sentido fue presentada por el Presidente Nacional de la Red de Veedores y Veedurías Ciudadanas de Colombia, que el 4 de febrero de 2004 le solicitó al Contralor General de la República, asumiera control excepcional sobre el Sistema Transmilenio y sobre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

Adujo que la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, profirió el Auto N° 127 del 25 de marzo de 2004 adicionando el Auto N° 0044 del 30 de enero de 2004, ampliando el control excepcional a la totalidad del Sistema Transmilenio y al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, providencia que le fue remitida el 25 de marzo de 2004, a la Contraloría Delegada para Infraestructura.

Destacó que la Contraloría General de la República solicitó a la Contraloría de Bogotá en sucesivos oficios que fueron ampliando el objeto de la petición sin exponer motivación alguna, el envío de los procedimientos que venía adelantando el ente de control de Bogotá, que inicialmente fueron referidos a las troncales NQS y Avenida Suba Fase I de Transmilenio y luego se extendió a todo el trámite relacionado con el mismo.

Afirmó el apoderado de la demandante que mediante oficios del 6 y 21 de abril de 2004, la entidad que representa remitió el expediente y el proceso de responsabilidad fiscal distinguido con el N° 50100-0090/03 que se había iniciado contentivo de 7.623 folios y cuatro diskettes. Advirtió que la CGR no estaba adelantando ningún proceso auditor ni de responsabilidad fiscal relacionado con Transmilenio, antes de que asumiera el control excepcional.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

A juicio de la parte demandante los actos acusados violan las siguientes disposiciones legales: los artículos 1, 2, 29, 267 inciso 3º, 272, 287 y 322 de la Constitución Política; 8 de la Ley 42 de 1993; 63 parágrafo 2º de la Ley 610 de 2000; 14 del Decreto 1421 de 1993 y 13 de la Resolución Orgánica N° 05500 del 4 de julio de 2003.

El primer cargo en que se fundamenta la demanda de nulidad, consistió en la violación al debido proceso en la medida en que la expedición de los actos acusados que enmarcan la actuación de la Contraloría General de la República, para asumir la competencia del control fiscal posterior por excepcionalidad sobre la totalidad de la contratación del sistema Transmilenio, careció de motivación en la medida en que los actos omitieron exponer la justificación y razonabilidad que los originaba.

Mencionó que en desarrollo de la Constitución Política, de la Ley 42 de 1993 y de la Ley 610 de 2000 el Contralor General de la República expidió la Resolución Orgánica N° 05500 del 4 de Julio de 2003 que en el artículo 13 parágrafo 2º, ordenó perentoriamente que la solicitud de control posterior excepcional debía contener entre otros: el objeto de la solicitud, la justificación y razonabilidad.

Advirtió que de la simple lectura del Auto 044 se observa que la Delegada para Investigaciones, simplemente se limitó a proferir un acto administrativo mediante el cual dispuso comisionar a la Contraloría Delegada de Infraestructura Física para que realizara las diligencias de carácter fiscal tendientes a dar trámite a la solicitud presentada por el Alcalde Mayor de la Capital, sin tener en cuenta que previamente le correspondía expedir un auto admitiendo la solicitud y en aras de garantizar el debido proceso, exponer las razones fáctica y legales que fundamentaban la admisión y el consecuente desplazamiento de la Contraloría de Bogotá para seguir conociendo del asunto.

Advirtió que esta misma irregularidad se evidenció en la expedición de los autos 00105 del 9 de marzo y 127 del 25 de marzo ambos de 2004 que sucedieron al auto 044, por lo que adolecen todos de la misma falta de validez y eficacia, además de ser violatorios del debido proceso, ya que se profirieron sin que previamente se hubiera expedido el auto que admitiera o decidiera las solicitudes de control excepcional, so pena de incurrir en violación al debido proceso y al derecho de contradicción, en aras de preservar la legítima defensa en este caso, de los intereses públicos del Distrito Capital involucrados al sistema de transmilenio.

Destacó que según el artículo 267 de la Constitución Política, se autoriza el control excepcional sobre cuentas de cualquier entidad territorial, pero solamente en casos en que el ente de control fiscal territorial o su capacidad técnica, ofrezcan serias dudas de parcialidad, lo cual no ocurrió ni fue siquiera aducido o sugerido ni por los peticionarios ni por la Contraloría General de la República.

El segundo argumento esgrimido por la actora para deprecar la nulidad demandada, consistió en la violación al reconocimiento que los artículos 267 y 272 hacen de la autonomía de las contralorías territoriales para el ejercicio del control fiscal, como reconocimiento de la autonomía para la gestión y control de intereses propios respecto de la distribución de funciones y responsabilidades.

Bajo esta óptica señaló que el sistema de transporte Transmilenio, es la inversión más importante desde el punto de vista económico, administrativo y funcional del Distrito Capital, por lo que en la medida en que su inversión constituía una apreciable fuente de ingresos para la ciudad que le fueron inyectados importantes recursos del presupuesto tanto nacional como distrital, le correspondía al ente de control distrital el ejercicio del control fiscal.

Indicó que desde el punto de vista del interés social y económico de la ciudad, el desplazamiento que hizo la Contraloría General de la República de la actuación fiscal que venía adelantando desde hacía más de un año la contraloría de Bogotá, vulneró también el principio de la economía procesal, ya que no obra prueba de la justificación de tal medida por el hecho de que se hubieran evidenciado presiones o injerencias o tratos parcializados que favorecieran ciertos intereses. Por esta razón reiteró que la actuación de la Contraloría General de la República, carece de fundamentación legal y de justificación.

El tercer argumento de nulidad en contra de los actos acusados consistió, en que la Contraloría General de la República al asumir el control excepcional, sustrajo al Concejo de Bogotá de la potestad constitucional y legal de ejercitar el control político sobre las actuaciones relacionadas con la totalidad del sistema

Transmilenio, resultando violentada la autonomía territorial y el ejercicio del control político.

Destacó el apoderado de la Contraloría de Bogotá que dicho ente de control venía adelantando dos actuaciones: i) el procedimiento de revisión de cuentas y ii) el proceso de responsabilidad fiscal N°50100-0090/03 referido al contrato 403 del 2000 suscrito entre el IDU y la firma CONCIVILES. Era pues frente a estas actuaciones que le correspondía a la Contraloría de Bogotá, ejercer vigilancia y control político de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 1421 de 1993 en desarrollo del inciso 4 del artículo 322 de la Constitución Política.

Finalmente sostuvo que con la actuación censurada, se provocó un agravio de enormes proporciones a la Contraloría de Bogotá, toda vez que se le privó de su derecho a ejercer el control fiscal sobre la totalidad del sistema Transmilenio, sin que existiera una razón jurídica para su presunta incapacidad. Aunado a lo anterior, afirmó que la falta de motivación de los actos demandados, producen un grave impacto social que trae como consecuencia la falta de credibilidad y de imparcialidad en el ente de control.

II. REFORMA DE LA DEMANDA

A folios 326 al 329 del Cuaderno Original N° 2, figura el memorial de la apoderada de la Contraloría de Bogotá, mediante el cual reformó la demanda inicialmente presentada en tres aspectos. El primero, en cuanto a la introducción de nuevas pruebas con las cuales pretendió demostrar, que la Contraloría General de la República carecía de justificación y razonabilidad, para asumir el ejercicio del control fiscal excepcional.

El segundo aspecto de la reforma de la demanda, consistió en la adición de los hechos, al referirse a los contratos de interventoría que fueron pagados exclusivamente con presupuesto del Distrito Capital.

El tercer tema de la reforma de la demanda inicialmente instaurada, se refirió a la adición del concepto de violación por vulneración al debido proceso, al afirmar que

los contratos de interventoría que eran objeto del proceso de responsabilidad fiscal adelantado en la Contraloría de Bogotá, involucraron en su totalidad recursos endógenos del distrito, por ser contratos de interventoría y los restantes, con recursos mixtos e indivisibles, tanto de origen nacional como de origen exclusivamente distrital, los cuales están unidos por un nexo de conexidad sustancial, cuya ruptura daría lugar a la nulidad del proceso.

De acuerdo con lo anterior, desde el punto de vista de la naturaleza y origen de los recursos, la Contraloría de Bogotá es el juez natural encargado de vigilar los intereses distritales involucrados. Por tanto, en la medida en que la Nación no invirtió en contratos de interventoría sino en los de infraestructura, la Contraloría de Bogotá era la competente para conocer y decidir en forma conjunta e integral los procesos que adelantaba.

III. CONTESTACIÓN DE 9 LA DEMANDA.

En el auto admisorio de la demanda¹, la Sala decidió vincular al proceso al Director del Instituto de Desarrollo Urbano IDU y al Gerente del Sistema Transmilenio, quienes oportunamente contestaron la demanda, tal y como lo hizo también la Contraloría General de la República, como se verá en seguida:

3.1 POR PARTE DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

El apoderado de la empresa se opuso a las pretensiones de la demanda, por lo que solicitó se declarara la legalidad de los actos enjuiciados, con el fin de evitar que la sociedad que apodera, fuera objeto de dos acciones de control fiscal distintas.

¹ Visible a folios 195 al 201 Cuaderno Original 1

Señaló que mediante la demanda interpuesta por la Contraloría de Bogotá, se está controvirtiendo la competencia preferente derivada del control excepcional invocada por la Contraloría General de la República, para conocer del proceso de contratación y puesta en marcha del sistema Transmilenio.

Destacó que los actos demandados se expidieron en desarrollo de expresas facultades constitucionales y legales, como quiera que existen solicitudes expresas tanto del Concejo de Bogotá como del Alcalde Mayor del Distrito Capital y de la misma ciudadanía, por lo que los autos y oficios objeto de censura, fueron expedidos en forma rogada ante expresa solicitud que le formularan las anteriores entidades públicas y la red de veedurías.

Citó como marco normativo para la expedición de las resoluciones enjuiciadas, el artículo 267 de la Constitución Política y el 26 de la Ley 42 de 1993, cuyas exigencias para declararse el control excepcional posterior, fueron cumplidas a cabalidad en el caso en estudio.

De otra parte se refirió a la naturaleza jurídica de Transmilenio, mencionando que se trata de una sociedad pública por acciones, en la que su capital se encuentra suscrito y pagado en su integridad por parte de entidades de derecho público del orden distrital, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial. Que fueron sus socios los que determinaron que la sociedad sería por acciones con capital 100% público del orden distrital.

Indicó el apoderado de Transmilenio, luego de efectuar una reseña legal acerca de las empresas industriales y comerciales del Estado, que estas empresas pertenecen a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios y por consiguiente, afirma que Transmilenio S.A. al regularse por dicha normatividad y al no existir ninguna norma aplicable a las empresas del nivel territorial, a pesar de manejar recursos provenientes del tesoro nacional, debe comportarse de una manera afín a la legislación que la regula, aunque su capital, en el 100% sea del orden distrital.

Afirmó que el fundamento de la demanda consistió en el hecho de que la Contraloría de Bogotá, no aceptó la competencia preferente que asumió la Contraloría General de la República, por lo que debió acudir a los mecanismos legales para dirimir el conflicto de competencia y no desconocer unilateralmente, las instrucciones que le fueron impartidas.

Propuso las siguientes excepciones: i) la de legalidad de cada uno de los actos acusados, al estar revestidos del principio de la presunción de legalidad ya que no hay motivo para ser desvirtuado, como quiera que es la Contraloría General de la República el ente de control que tiene competencia para realizar el control fiscal de los recursos de la Nación y excepcionalmente, puede extender su actuación a los entes territoriales; ii) la de falta de acreditación de uno de los requisitos esenciales de la demanda, resultando vulnerado el artículo 139 CCA, como quiera que no se acreditó la prueba para actuar en nombre de la Contraloría Distrital; iii) ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales ya que con la copia de la demanda con la cual se dio traslado a Transmilenio S.A., no se allegó copia íntegra de la Resolución 018 de 2001, faltando la hoja de firmas del acto administrativo de este acto de delegación.

Dentro del expediente no obra memorial en el que la sociedad Transmilenio por conducto de apoderado judicial, se hubiera pronunciado acerca de la reforma de la demanda presentada por la Contraloría de Bogotá.

3.2. Por parte del Instituto de Desarrollo Urbano IDU

La entidad por conducto de apoderado judicial, presentó memorial en el que expuso las razones por las cuales se opuso a la prosperidad de las pretensiones anulatorias por lo que asumió la defensa de los actos enjuiciados².

Afirmó que las razones fácticas y legales que fundamentan la admisión del control excepcional, están previstas en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, disposición

² Memorial visible a folios 309 al 315 del Cuaderno 1

legal que no requiere de motivaciones ni de requisitos adicionales a los fijados en la misma ley.

Con fundamento en apartes de la Sentencia C-604 del 6 de junio de 2000, señaló que el control fiscal excepcional se caracteriza por ser **rogado**, ya que necesariamente tiene que mediar solicitud para que la Contraloría General de la República pueda intervenir ejerciendo el control fiscal sobre los recursos propios de las entidades territoriales; es **prevalente** ya que una vez es asumida la competencia por la Contraloría General de la República, la contraloría territorial pierde temporalmente su competencia para conocer de los asuntos que venía adelantando, por lo que debe separarse del conocimiento de tales temas.

Mencionó el apoderado del IDU que los anteriores requisitos se cumplieron en el caso en estudio, motivo por el cual la Contraloría demandada expidió los actos acusados, de allí que su su competencia fuera temporal pues se llevaría a cabo hasta tanto realizara las actuaciones tendientes a establecer el manejo de los recursos públicos invertidos en Transmilenio, bien archivando las diligencias o iniciando los respectivos procesos de responsabilidad fiscal. Al ser pro tempore la competencia del ente superior de control fiscal, la vigilancia de la gestión fiscal en cabeza del ente de control territorial quedaba suspendida.

Propuso la excepción que denominó, legalidad de la actuación administrativa, al afirmar el apoderado del IDU que el artículo 267 de la Constitución Política establece la regla general según la cual, la Contraloría General de la República posee competencia para fiscalizar los recursos del orden nacional y las contralorías territoriales vigilan la gestión fiscal de los recursos propios. Sin embargo esta regla tiene una excepción al establecer el mismo artículo superior que la Contraloría General de la República puede también ejercer el control fiscal sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Llamó la atención en el sentido de que el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 señala, como requisito para que el ente fiscalizador superior asuma excepcionalmente el control fiscal, la petición o el requerimiento en este sentido efectuado por las autoridades competentes, como la Alcaldía y el Concejo Distrital, tal y como lo

manifestó el Concejo Distrital en su Proposición N° 074 del 25 de febrero de 2004. Este es uno de los hechos que indica que el control excepcional, fue debidamente justificado y racionalizado, al resultar adecuado a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirvieron de causa.

Finalmente respecto de los hechos de la reforma de la demanda que hizo la Contraloría de Bogotá, el IDU consideró que, contrario a lo entendido por la actora, no era posible asegurar que los dineros que se destinaron para pagar los contratos de interventoría, suscritos para la vigilancia de los contratos de concesión y adecuación de las troncales NQS y Avenida Suba, fueron de la exclusiva propiedad del Distrito Capital como producto de los recursos tributarios y rentas endógenas que se recaudan en la capital³.

En síntesis, para el apoderado del IDU, no existe ninguna razón válida para afirmar –como lo hace la actora-, que los recursos que aporta la Nación para financiar la construcción de troncales del sistema Transmilenio, no puedan ser aplicados a los costos de infraestructura dentro de los cuales se encuentran incluidas las interventorías de los contratos de concesión, que hacen parte integral del costo del proyecto.

3.3. Por parte de la Contraloría General de la República

Como era de esperarse el órgano de control demandado se opuso a las pretensiones de la demanda⁴, teniendo como marco normativo de la actuación adelantada, la misma legislación que fue invocada precisamente como vulnerada por la parte actora.

Señaló que el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 establece como tal el control posterior excepcional y los requisitos que deben cumplirse para su adopción. Que el numeral 7 del artículo 24 de la Ley 617 de 2000, establece que el Personero ejercerá las funciones de veedor del tesoro público, por lo que podrá solicitar la

³ El memorial obra a folios 358 a 361 del Cuaderno 1

⁴ Mediante memorial que aparece a folios 335 al 343 del Cuaderno Original 1

intervención de cuentas de la respectiva entidad territorial por parte de la Contraloría General de la República.

Para el apoderado del ente de control demandado, las anteriores disposiciones legales comparten una misma finalidad que no es otra que la Contraloría General de la República vigile excepcionalmente, la gestión fiscal de entidades del nivel territorial en lo que tiene que ver con sus recursos propios o endógenos.

Indicó que en el presente caso, fueron dos alcaldes mayores de la ciudad de Bogotá, la Plenaria del Concejo Distrital de Bogotá y la Red de Veedurías Ciudadanas de Colombia- Red Ver, las autoridades que solicitaron la práctica del control fiscal excepcional. Este supuesto de hecho evidencia que la Contraloría General de la República, no puede motu proprio, abrogarse la función de ejercer el control fiscal a las entidades territoriales, sino por vía de excepción. De allí que deba mediar solicitud de parte, como en el presente caso se cumplió.

El apoderado de la Contraloría General de la República sostuvo que los actos objeto de la presente demanda de nulidad, son simplemente actos de trámite, de mero impulso de la actuación ya que no han decidido nada sobre el asunto debatido, pero que sí instrumentan la decisión final o definitiva, ya que son los actos que preparan la decisión de la actuación administrativa con voluntad decisoria, esta sí sujeta a los recursos y acciones de impugnación.

Soporta la anterior afirmación señalando que los actos administrativos demandados no se pueden tomar como actos administrativos definitivos, por cuanto además de que no están creando, modificando o extinguiendo situación jurídica alguna, no tienen el carácter de poner fin a las actuaciones administrativas relacionadas con el conocimiento y trámite del control excepcional; no están ni siquiera poniendo fin a la vía gubernativa, por tanto en gracia de discusión la demanda de nulidad se debió haber interpuesto, contra la última decisión que por encontrarse en trámite el control excepcional, aún no se había proferido.

Destacó que las intervenciones de la Contraloría General de la República para adelantar el control excepcional a la contratación del sistema Transmilenio, están dirigidas a satisfacer el interés general y salvaguardar el orden jurídico, pues lo que se pretende es realizar dicho control por parte de una entidad diferente a la del orden distrital, a efecto que lo haga de manera independiente, sin presiones de ninguna índole, actuando dentro del marco que regula el control excepcional.

Manifestó el apoderado de la demandada, que la Contraloría de Bogotá se equivocó en el ejercicio de la acción de simple nulidad instaurada, ya que la que procedía era la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues al lograrse la nulidad de las actuaciones adelantadas por la Contraloría General de la República en ejercicio del control excepcional, la actora volvería a adquirir la competencia del control fiscal que había iniciado, por lo que la acción de nulidad incoada se tornó improcedente. Por esta razón calificó que la demanda instaurada es sustancialmente inepta, dado que para el logro de esos mismos propósitos, el ordenamiento jurídico dispuso de otra acción judicial contenciosa distinta a la interpuesta.

Respecto del hecho único que adicionó la demandante, en el sentido de que los contratos de interventoría son pagados con presupuesto exclusivamente del Distrito Capital por lo que son de origen endógeno y en esta medida la competencia del control fiscal recae en la Contraloría de Bogotá, señaló que la prerrogativa del control excepcional se le reconoció independientemente de la clase de recursos de que se trate, pues a pesar de ser distritales, departamentales o municipales, como en el presente caso que son del orden distrital, forman parte del Estado y por ello la Contraloría General tiene potestad excepcional.

El apoderado de la Contraloría General de la República propuso en este escrito de contestación de la reforma de la demanda, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, al haberse instaurado la acción de simple nulidad toda vez que las pretensiones de la actora están enfocadas a recuperar la competencia del control fiscal frente al tema relacionado con la contratación del Sistema Transmilenio extendiéndose al IDU.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. POR PARTE DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Reiteró que en el presente caso se cumplen a cabalidad los requisitos de los artículos 267 inciso 3º de la Constitución Política, 26 de la Ley 42 de 1993 y el artículo 16 literal d) de la Ley 850 de 2003, para que se adelantara el control fiscal excepcional en virtud de la solicitud presentada por el Alcalde Mayor y el Concejo del Distrito Capital, de tal manera que no se vulneró el debido proceso de la autonomía de la Contraloría de Bogotá.

Citó un aparte de la Sentencia C-403 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra que declaró la exequibilidad de los literales a) y b) del artículo 26 de la Ley 42 de 1993, mediante la cual ratifica que en el caso en estudio, la Contraloría General de la República, no invadió ni obstaculizó las competencias de la Contraloría de Bogotá, pues los actos acusados se limitan a cumplir con el deber constitucional de ejercer el control fiscal excepcional solicitado por las autoridades distritales. Solicitó que no se accediera a la nulidad deprecada, por cuanto se propiciaría un nefasto y grave precedente jurisprudencial acerca de la competencia constitucional del ente de control superior para ejercer el control excepcional⁵.

4.2. POR PARTE DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.

El apoderado judicial de la sociedad, reiteró la defensa de los actos enjuiciados al considerar que la autonomía de la Contraloría de Bogotá no se afecta por el ejercicio del control excepcional en cabeza de la Contraloría General de la República, como quiera que se trata de una atribución que tiene esta autoridad que es del orden constitucional y legal, circunstancia que desdibuja la vulneración de la autonomía territorial y del ejercicio del control político como lo pretende la actora, ya que el mismo lo puede continuar haciendo el Congreso de la República.

⁵ Memorial visible a folios 559 al 563 del C.1.

Además de insistir en el cumplimiento de los requisitos legales para que operara el control excepcional, se ratificó en las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda, entre ellas la de ineptitud sustantiva de la demanda, al reiterar que no se acreditó en debida forma la delegación del funcionario de la Contraloría de Bogotá que otorgó el poder para incoar la acción. Por tanto no existe prueba acerca de la delegación pues no se aportó la resolución completa que así lo acreditara.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Delegado de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación no presentó concepto.

VI. CONSIDERACIONES

A continuación se transcriben los autos y oficios objeto de demanda:

1. "CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

**CONTRALORIA DELEGADA PARA INVESTIGACIONES, JUICISO
FISCALES Y JURISDICCION COACTIVA**

Bogotá D.C. 30 de enero de 2004

AUTO 0044

Una vez estudiada la solicitud de Control Excepcional, elevada mediante oficio 2-2003-59041 del 16 de diciembre de 2003, por el doctor ANTANAS MOCKUS SIVICKAS, es Alcalde Mayor de Bogotá, radicada en esta Delegada con el número 7811 del 3 de diciembre de 2003, donde requiere la intervención de este Ente de Control Fiscal por vía excepcional al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO 'IDU', en relación con todos los aspectos relacionados con el proyecto 'ESTRUCTURACION LEGAL-CON ACOMPAÑAMIENTO FINANCIERO -DEL ESQUEMA DE CONTRATACION DE LA CONSTRUCCION DEL SISTEMA TRANSMILENIO - TRONCALES NQS Y AVENIDA SUBA', así como su posterior desarrollo y ejecución en virtud de las adjudicaciones de los contratos de concesión, y considerando que dicho requerimiento es procedente a la luz del

artículo 26 de la Ley 42 de 1993 y Resolución 05500 del 4 de julio de 2003 y que la Oficina de Planeación ha incluido dicho control en el PGA 2003, esta Delegada dispone comisionar a la Contraloría Delegada para la Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para que proceda a realizar las diligencias de carácter fiscal necesarias, tendientes a dar trámite a la solicitud presentada.

Así mismo, si los hallazgos lo ameritan se deberá dar apertura al proceso de responsabilidad fiscal por parte de la Dirección de Investigaciones Fiscales, de conformidad con lo establecido en la Resolución Orgánica 05500 de 2003, Decreto 267 de febrero de 2000 y Ley 610 de 2000.

En consecuencia, remítase la presente providencia a la Contraloría Delegada para la Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para su conocimiento.

Comuníquese y Cúmplase,

MARIA CLAUDIA LOMBO LIEVANO
Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva” (subrayas fuera de texto)

“CONTRALORÍA DELEGADA PARA INVESTIGACIONES, JUICISO FISCALES Y JURISDICCION COACTIVA

Bogotá D.C

2. “CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

CONTRALORÍA DELEGADA PARA INVESTIGACIONES, JUICISO FISCALES Y JURISDICCION COACTIVA

Bogotá D.C. 9 de Marzo de 2004

**AUTO 00105
ADICIONAL AL AUTO 0044 DEL 30 DE ENERO DE 2004**

Mediante oficio 2-2003-59041 del 16 de diciembre de 2003, suscrito por el doctor ANTANAS MOCKUS SIVICKAS, Alcalde Mayor de Bogotá, radicado en esta Delegada con el número 7811 del 23 de diciembre de 2003, se requirió la intervención de este Ente de Control Fiscal por vía excepcional al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO ‘IDU’, en lo relacionado con el proyecto ‘ESTRUCTURACION LEGAL- CON ACOMPAÑAMIENTO FINANCIERO –DEL ESQUEMA DE CONTRATACION DE LA CONSTRUCCION DEL SISTEMA TRANSMILENIO –TRONCALES NQS Y AVENIDA SUBA’, así como su posterior desarrollo y ejecución en virtud de las adjudicaciones de los contratos de concesión.

Con AUTO 0044 del 30 de enero de 2004, este Despacho comisionó a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para que adelantara las diligencias fiscales necesarias, tendientes a dar

trámite a la solicitud presentada.

Mediante Proposición N° 074 aprobada en sesión Plenaria el 25 de febrero de 2004, el H. Concejo de Bogotá D.C., requiere al Señor Contralor General de la República, extender el mencionado control a la TOTALIDAD DEL PROCESO DE CONTRATACION Y PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA TRANSMILENIO, a fin de que el control que se ejerza sobre esa gestión sea integral y total, para tener una visión completa y detallada de lo sucedido en el desarrollo de las troncales de Transmilenio.

Teniendo en cuenta que el control que se está realizando a solicitud del Alcalde Mayor de Bogotá por la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y el que se requiere por parte del H. Concejo de Bogotá D.C, corresponde a la misma entidad y versan sobre el mismo objeto, esta Delegada por el principio de economía procesal ADICIONA EL AUTO 0044 del 30 de marzo de 2004, en el sentido de que se realice control excepcional a la TOTALIDAD DEL PROCESO DE CONTRATACION Y PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA TRANSMILENIO.

En consecuencia, remítase la presente providencia a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para su conocimiento.

Comuníquese y Cúmplase.

MARIA CLAUDIA LOMBO LIEVANO

Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva" (subrayas fuera de texto)

**3. "CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
CONTRALORIA DELEGADA INFRAESTRUCTURA FISICA,
TELECOMUNICACIONES, COMERCIO EXTERIOR Y DESARROLLO
REGIONAL**

85111
Bogotá, D.C. 11 de marzo de 2004

Doctor
OSCAR GONZALEZ ARANA
Contralor Distrital de Bogotá
Bogotá

Distinguido doctor:

En virtud de lo contemplado en la Constitución Política art 267, del Decreto 267 de 2000 art. 6 y de la Resolución Orgánica 5500 del 2003 arts. 13, 14, 15 nos permitimos informarle, que por solicitud del Honorable Concejo de Bogotá, radicada en la Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, se requiere la intervención de la Contraloría General de la República en el sentido de ampliar el control excepcional que en la actualidad se adelanta al

Instituto de Desarrollo Urbano 'IDU', relacionado con el proyecto 'ESTRUCTURACION LEGAL –CON ACOMPAÑAMIENTO FINANCIERO DEL ESQUEMA DE CONTRATACION DE LA CONSTRUCCION DEL SISTEMA TRANSMILENIO –TRONCALES NQS Y AVENIDA SUBA', a la TOTALIDAD DEL PROCESO DE CONTRATACION Y PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA TRANSMILENIO, con el fin que el control sea integral y total, para tener una visión completa y detallada de los sucedido en desarrollo de la contratación de las troncales de Transmilenio.

Por lo anterior, la Delegada de Investigaciones profiere auto adicional N° 00105 del 9 de marzo de 2004, en el cual se hace extensivo el control excepcional comisionado a la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha del sistema Transmilenio.

En virtud de lo anteriormente expuesto, informo la admisión del mismo, previéndole que se abstengan de conocer o seguir conociendo los mismos hechos y suspendan la aplicación de los sistemas de control, tal como lo contempla el Art. 15 de la Resolución Orgánica N° 5500 del 4 de julio del 2003 y por lo tanto remitan lo actuado a este organismo de control.

Cordial saludo,

ANTONIO JOSE MARULANDA ROJAS

Contralor Delegado" (subrayas fuera de texto)

4. "CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
DESPACHO DEL CONTRALOR

80110-123

Bogotá D.C., marzo 18 de 2004

Doctor

OSCAR GONZALEZ ARANA

CONTRALOR DE BOGOTA D.C.

Ciudad

Asunto: Control Excepcional Sistema Transmilenio

Estimado doctor González:

Por medio de esta comunicación me permito plantear a Usted algunas consideraciones sobre el control excepcional al Sistema Transmilenio de la ciudad de Bogotá, que se adelanta por la Contraloría General de la República, y de manera atenta le formulo una solicitud sobre este particular.

1. ANTECEDENTES

(...)

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPETENCIA INTEGRAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA PARA ASUMIR EL CONTROL EXCEPCIONAL

(...)

3. SOLICITUD DE ABSTENERSE DE EJERCER CONTROL FISCAL

Los anteriores hechos, normas y sentencias llevan a la conclusión de que la Contraloria General de la República goza de plena competencia, en forma integral para ejercer el control excepcional.

Por las circunstancias expuestas, solicito a su Despacho abstenerse de conocer o seguir conociendo los hechos relacionados con la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha del SISTEMA TRANSMILENIO y remitir a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional todos los documentos relacionados con las auditorias terminadas y en curso en relación con el Sistema Transmilenio, y a la Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, los procesos de responsabilidad fiscal, indagaciones preliminares o hallazgos fiscales sobre el mismo asunto.

(...)

Cordialmente,

ANTONIO HERNANDEZ GAMARRA" (subrayas del Despacho)

5. "CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

CONTRALORIA DELEGADA PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCION COACTIVA

Bogotá D.C. 25 de marzo de 2004

AUTO 127

ADICIONAL AL AUTO 0044 DEL 30 DE ENERO DE 2004

Mediante oficio 2-2003-59041 del 16 de diciembre de 2003, suscrito por el doctor ANTANAS MOCKUS SIVICKAS, Alcalde Mayor de Bogotá, radicado en esta Delegada con el número 7811 del 23 de diciembre de 2003, se requirió la intervención de este Ente de Control Fiscal por vía excepcional al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO 'IDU', en lo relacionado con el proyecto 'ESTRUCTURACION LEGAL- CON ACOMPAÑAMIENTO FINANCIERO -DEL ESQUEMA DE CONTRATACION DE LA CONSTRUCCION DEL SISTEMA TRANSMILENIO -TRONCALES NQS Y AVENIDA SUBA', así como su posterior desarrollo y ejecución en virtud de las adjudicaciones de los contratos de concesión.

Con AUTO 0044 del 30 de enero de 2004, este Despacho comisionó a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para que adelantara las diligencias fiscales necesarias, tendientes a dar trámite a la solicitud presentada por el doctor ANTANAS MOCKUS SIVICKAS, Alcalde Mayor de Bogotá D.C., para la época de la solicitud.

A través de la Proposición N° 074 aprobada en sesión Plenaria el 25 de febrero de 2004, el H. Concejo de Bogotá D.C., requiere al Señor Contralor General de la República, extender el mencionado control a la TOTALIDAD DEL PROCESO DE CONTRATACION Y PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA TRANSMILENIO, a fin de que el control que se ejerza sobre esa gestión sea integral y total, para tener una visión completa y detallada de lo sucedido en el desarrollo de las troncales de Transmilenio.

Esta Delegada con el AUTO 00105 del 9 de marzo de 2004 adicionó el Auto 0044 del 30 de enero de 2004, para que la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, adelantara las diligencias fiscales necesarias, tendientes a dar trámite a la solicitud presentada por el Concejo de Bogotá.

El doctor LUIS EDUARDO GARZON, Alcalde Mayor de Bogotá D.C.,

con oficio 11535 del 9 de marzo de 2004, radicado en esta Delegada con el número 2785 del 19 de marzo de 2004, requiere al señor Contralor General de la República, asumir de manera excepcional las actuaciones realizadas por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, en el diseño, contratación, desarrollo y posterior ejecución para la construcción y adecuación de las Troncales de la Fase I de Transmilenio, en virtud de las adjudicaciones de los contratos de concesión.

De igual manera, el doctor PABLO BUSTOS SANCHEZ, Presidente Nacional de la Red de Veedores y Veedurías Ciudadanas de Colombia, mediante oficio del 4 de febrero de 2004, radicado en esta Delegada con los números 2832 del 23 de marzo de 2004, solicita al Señor Contralor General de la República, asumir control excepcional sobre el SISTEMA TRANSMILENIO, así como sobre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU (...).

Teniendo en cuenta que el control excepcional que se está realizando a solicitud del doctor MOCKUS SIVICKAS, Alcalde Mayor de Bogotá para la época de la solicitud, por parte de la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, el que requirió el H. Concejo de Bogotá y el que solicitan los doctores LUIS EDUARDO GARZON y PABLO BUSTOS SANCHEZ, en sus calidades de Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y Presidente Nacional de la Red de Veedores y Veedurías Ciudadanas de Colombia respectivamente, corresponden a la misma entidad y versan sobre el mismo objeto, esta Delegada por el principio de economía procesal ADICIONA el AUTO 0044 del 30 de enero de 2004, en el sentido de ampliar el control excepcional que en la actualidad se adelanta a la totalidad del SISTEMA TRANSMILENIO y al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU en lo que con TRANSMILENIO se relaciona, más exactamente lo requerido puntualmente por cada uno de los solicitantes del control.

En consecuencia, remítase la presente providencia a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para su conocimiento.

Comuníquese y Cúmplase,

MARIA CLAUDIA LOMBO LIEVANO

Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva" (subrayas del Despacho)

6. "CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
CONTRALORIA DELEGADA INFRAESTRUCTURA FISICA,
TELECOMUNICACIONES, COMERCIO EXTERIOR Y DESARROLLO
REGIONAL

85111
Bogotá, D.C.25 de Marzo de 2004

Doctor
OSCAR GONZALEZ ARANA

Contralor de Bogotá
Contraloría de Bogotá D.C.
Ciudad

Respetado doctor González:

(...)

Por lo anterior, la Delegada de Investigaciones profiere auto adicional N° 127 del 25 de marzo de 2004, en el cual solicita tener en cuenta los puntos anteriormente mencionados en la evaluación que está desarrollando en la Delegada de Infraestructura.

En virtud de lo anteriormente expuesto, informo la admisión del mismo, previniéndole que se abstenga de conocer o seguir conociendo los mismos hechos y suspendan la aplicación de los sistemas de control, tal como lo contempla el artículo 15 de la Resolución Orgánica 5500 del 4 de julio de 2003 y por lo tanto remitan lo actuado a este Organismo de Control.

Así mismo, reiterarle lo solicitado en oficio 85111 del 11 de marzo de 2004, en cuanto a la remisión de lo actuado a este ente de Control.

Cordial saludo,

ANTONIO JOSE MARULANDA ROJAS
Contralor Delegado" (subrayas fuera de texto)

7. "CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

CONTRALORIA DELEGADA PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS
FISCALES Y JURISDICCION COACTIVA

82113-000356

Bogotá D.C. 13 de abril de 2004

Doctor

OSCAR GONZALEZ ARANA

Contralor de Bogotá D.C.

Carrera 35 N° 26ª-10

Ciudad

Asunto: Control Excepcional IDU-Transmilenio

Respetado Señor Contralor:

Por precisas instrucciones del Señor Contralor General de la República y en atención a su carta 10000-004910 del 29 de marzo de 2004, en la que refiere que impartió instrucciones a la Dirección de Infraestructura y Transportes de la Contraloría de Bogotá D.C, para que se abstuviera de conocer o seguir conociendo los hechos relacionados con la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha del SISTEMA TRANSMILENIO y procediera a enviar todas las actuaciones y el informe correspondiente, le solicito con todo respecto, ordenar a quien corresponda remita a esta Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, los HALLAZGOS, INDAGACIONES PRELIMINARES Y PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL, que estén relacionados con todo el SISTEMA TRANSMILENIO, con el fin de continuar el trámite correspondiente al control excepcional requerido por los doctores ANTANAS MOCKUS SIVICKAS, es Alcalde Mayor de Bogotá D.C. LUIS EDUARDO GARZON, Alcalde Mayor de Bogotá D.C., Proposición N° 074 aprobada en sesión del 25 de febrero de 2004 por el H. Concejo de Bogotá D.C. y PABLO BUSTOS SANCHEZ, Presidente Nacional de la Red de Veedores y Veedurías Ciudadanas de Colombia.

Cordial saludo,

MARIA CLAUDIA LOMBO LIEVANO

Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva." (subrayas fuera de texto)

6.2. Acerca de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

De acuerdo con el material documental allegado al expediente, observa la Sala que fueron propuestas las siguientes excepciones, que en caso de prosperar alguna de ellas, impedirían a la Sala pronunciarse sobre el fondo del asunto objeto de demanda.

Es así como en los escritos de contestación de la demanda, tanto el apoderado judicial de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio como el del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, coincidieron en proponer la siguiente excepción:

1.La de legalidad de los actos acusados, al considerar que a la Contraloría General de la República le corresponde efectuar el control fiscal de los recursos del orden nacional, mientras que las contralorías territoriales vigilan la gestión fiscal de los recursos propios del orden territorial, regla que tiene su excepción en el artículo 267 de la Constitución Política que le reconoce a la Contraloría General de la República, la competencia de ejercer el control fiscal excepcional sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

A juicio de la Sala, esta excepción no tiene la virtualidad de enervar el estudio de fondo del debate jurídico planteado en la demanda, por cuanto constituye en sí mismo el análisis y estudio de las razones de inconformidad esgrimidas por la Contraloría de Bogotá, por el hecho de haber asumido la Contraloría General de la República el control fiscal excepcional que le fuera solicitado por distintas autoridades distritales, hecho que motivó la interposición de la presente demanda. Por tanto, no se declarará probada esta excepción.

El apoderado de Transmilenio propuso también las siguientes excepciones: **2.falta de acreditación de la prueba para presentar la demanda en nombre de la entidad demandante y 3. la excepción que designó ineptitud de la demanda por falta de este requisito formal**, al considerar que la representación legal de la Contraloría de Bogotá radica en cabeza del Contralor, atribución que es delegable pero que dicho acto de delegación contenido en la Resolución N° 018 de 2001, no se aportó completamente al expediente pues le hace falta la hoja de la firma. De allí que no se encuentra acreditada la prueba para actuar en nombre de la Contraloría Distrital.

La Sala interpretará estas dos excepciones como una sóla. Revisado el Cuaderno 1 del expediente, a folios 3 al 6 obra el poder especial, amplio y suficiente que le otorgó el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Bogotá, a la profesional del derecho doctora Leticia Margarita Gómez Paz, para que en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 CCA, iniciara y llevara hasta su culminación la demanda objeto del presente estudio.

A su vez, a folio 16 del cuaderno 1 figura el acta de posesión N° 29-2004 del 1 de marzo de 2004 del doctor Francisco Javier Córdoba Acosta ante el Despacho del Contralor de Bogotá doctor Oscar González Arana, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la planta global de la Contraloría Distrital.

Igualmente a folios 17 al 19 de la misma encuadernación, aparece copia integral y no parcial, de la Resolución Reglamentaria N° 018 del 11 de Julio de 2001 expedida por el Contralor de Bogotá, en la que dice: *“Delega en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ente de control, la facultad de recibir notificaciones, apoderar y constituir apoderados judiciales, para que representen a la entidad como demandante o demandada, en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción Constitucional, Ordinaria, Administrativa y en especial las Acciones de Tutela, de Cumplimiento, Populares y de Grupo y las de Repetición”*.

De acuerdo con el anterior material probatorio encuentra la Sala que, contrario a lo esgrimido por el apoderado de Transmilenio, que sí se encuentra acreditada la capacidad para actuar en nombre de la Contraloría de Bogotá, por tanto al no adolecer la demanda del cumplimiento de este requisito formal, no se configuró en inepta la demanda como lo deprecó el IDU al proponer esta excepción. Por lo anterior, no son acogidas las excepciones presentadas.

4. Por su parte, **la Contraloría General de la República, en el escrito de contestación de la reforma de la demanda, propuso expresamente la excepción que denominó inepta demanda**, al considerar que la Contraloría de Bogotá se equivocó al haber interpuesto la acción de simple nulidad cuando la que procedía era la de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto las pretensiones de la actora están enfocadas en recuperar la competencia del control fiscal que venía adelantando, en el tema de la contratación del sistema Transmilenio y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

A juicio de la Sala, tampoco se declarará probada esta excepción. Lo anterior, por cuanto si bien es cierto que no cabe duda que la Contraloría de Bogotá interpuso la demanda en ejercicio de la acción de simple nulidad del artículo 84 CCA, igualmente lo es que según el artículo 85 **idem**, es procedente el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por parte de cualquier persona natural o jurídica, **siempre y cuando le haya sido lesionado un derecho amparado en una norma jurídica**, motivo por el cual podrá solicitar que se le restablezca su derecho e incluso que se le repare el daño soportado.

Pues bien, en el caso en estudio, la inconformidad central de la demanda consiste en que a juicio de la Contraloría de Bogotá, la Contraloría General de la República

adelantó una actuación irregular, al haber expedido los actos acusados mediante los cuales asumió el control fiscal excepcional, que le fuera solicitado en su momento, por la administración y el concejo distrital, así como por una Red de Veedurías Ciudadanas.

Considera la Sala que la situación expuesta no comporta como tal, un derecho subjetivo que le hubiera sido vulnerado o atacado a la demandante por la Contraloría General de la República. En otras palabras, por el hecho de que el ente de control nacional hubiera asumido el ejercicio de una facultad, que le está reconocida a nivel constitucional, legal y reglamentaria –asunto que se profundizará más adelante-, se puede predicar la violación del ejercicio del control fiscal que de manera ordinaria o regular ejerce la Contraloría de Bogotá, como quiera que en el presente caso lo que ha de llamarse la atención, es que la entidad demandada, estaba ejerciendo una competencia excepcional.

En suma, por el desplazamiento de la competencia para el control fiscal en un tema puntual, como lo era el de la contratación del sistema Transmilenio llevado a cabo por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, no se puede aceptar que la Contraloría General de la República hubiera violado la competencia que de forma ordinaria le corresponde adelantar a la contraloría demandante, pues se insiste que en este caso, operó un desplazamiento transitorio y no definitivo, de la competencia funcional.

Por tanto, al resultar evidente que lo pretendido por la actora se limita a la verificación de la legalidad en abstracto del ordenamiento jurídico, los actos acusados de nulidad no pueden calificarse como actos particulares y concretos, como quiera que la decisión en ellos contenida, resultaba de interés para la comunidad en general y no para la contraloría de Bogotá, ya que se trataba del control fiscal sobre recursos públicos destinados a una inversión que no solamente beneficiaba a los residentes del Distrito Capital sino a la comunidad en general, hecho que se vio reflejado en el presupuesto económico aportado para la estructuración del sistema de transporte público Transmilenio.

La Sala no comparte la afirmación de la entidad demandada, en el sentido de que en el presente caso, de declararse la nulidad de la actuación demandada se daría un restablecimiento automático del derecho en favor de la actora, razón por la cual no declarará probada la excepción de inepta demanda propuesta por la

Contraloría General de la República.

6.3. Planteamiento del debate jurídico

Luego de despejada la improcedencia de las cuatro excepciones propuestas se entrará a resolver el fondo del planteamiento del debate jurídico, que se centrará en determinar si resulta o no desvirtuada la presunción de legalidad de los actos expedidos por la Contraloría General de la República, mediante los cuales asumió el control fiscal excepcional, en lo relativo al sistema Transmilenio y al Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

Lo anterior, teniendo como marco del debate, los cargos de la demanda interpuesta por la Contraloría de Bogotá, que se pueden resumir así: El primero es el relativo a la vulneración del debido proceso administrativo, por cuanto la actuación de la Contraloría General de la República para asumir la competencia por excepcionalidad, adolece de motivación ya que dichos actos se expidieron sin previa justificación y razonabilidad, además de que no se profirió un acto administrativo previo, que decidiera sobre las solicitudes de control excepcional, lo que constituye una vía de hecho. El segundo porque la autonomía de la Contraloría de Bogotá se vio afectada, con ocasión del ejercicio del control excepcional por parte de la Contraloría General de la República y, el tercero, consiste en que el ente de control nacional con su actuación irregular, sustrajo al Concejo de Bogotá de poder ejercer el control político sobre las actuaciones relacionadas con la totalidad del sistema Transmilenio, pese a que se trató de una inversión económica, administrativa y funcional del Distrito Capital.

6.4. Naturaleza jurídica de los actos demandados.

Para poder dar solución a los anteriores planteamientos, resulta necesario determinar la naturaleza jurídica de los actos demandados. Es así como, se observa que están conformados por oficios y autos mediante los cuales, en términos generales la Contraloría General de la República, a través de sus contralorías delegadas para Investigaciones e Infraestructura, asumieron y comisionaron el conocimiento del control fiscal excepcional, en un comienzo, para lo relacionado con la estructuración legal del esquema de contratación de la construcción del sistema Transmilenio troncales NQS y Avenida Suba, en atención

a la solicitud planteada por el Alcalde Mayor del Distrito Capital y, después dicho control fue ampliado o extendido a la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha del sistema Transmilenio y al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, por petición que hiciera nuevamente el Alcalde Mayor de la ciudad , el Concejo Distrital y una red de veedurías ciudadanas.

Del mismo modo, los oficios acusados contienen la manifestación de voluntad mediante la cual, el Contralor General de la República le solicitó al Contralor de Bogotá, se abstuviera de conocer o de seguir conociendo los hechos relacionados con la contratación del sistema de transporte, requiriéndolo para que remitiera toda la documentación relacionada con las auditorías que se venían adelantando en relación con el tema. En los mismos términos la Contralora Delegada de Investigaciones, le ofició al Contralor de Bogotá, para que remitiera a la mayor brevedad, los hallazgos, indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal. A su vez, el Contralor Delegado de Infraestructura le ofició al Contralor de Bogotá, informándole que el control excepcional se había ampliado al Instituto de Desarrollo Urbano IDU y a la integralidad (SIC) y totalidad de la contratación de las troncales de Transmilenio.

Por tanto, a juicio de la Sala, los autos 0044 de 30 de enero de 2004, 00105 del 9 de marzo de 2004 y el auto 127 del 25 de marzo de 2004 expedidos por la administración, constituyen manifestaciones de voluntad de la Contraloría General de la República, como quiera que crearon, modificaron y llegaron a extinguir situaciones jurídicas consolidadas del ente de control distrital al avocar el conocimiento del control excepcional, por lo que se está en presencia de actos administrativos definitivos que permitían el ejercicio de la presente acción contenciosa.

En cambio no acontece lo mismo, con los oficios del 11, 18 y 25 de marzo de 2004, así como el del 13 de abril de 2004, ya que estas comunicaciones apenas constituyen actos de trámite y no definitivos, motivo por el cual estos no son pasibles de control de legalidad ante esta jurisdicción.

“Por otra parte, en reiteradas ocasiones se ha dicho que los oficios solamente tienen el carácter de actos demandables ante esta jurisdicción, cuando crean, modifican o extinguen una situación jurídica de carácter general o particular, esto es, cuando producen efectos jurídicos abstractos o concretos, mas no así cuando constituyen meros

actos de comunicación.” (sentencia del 14 de octubre de 2010, radicación 11001-03-27-000-2005-00006-00 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta)

Ya en punto al tema de la procedencia de la acción contenciosa respecto de actos que asumieron el control fiscal excepcional, aclarando que no son de trámite sino definitivos, esta Sala consideró lo siguiente:

“Ahora bien, dado que por regla general y a la luz del artículo 272 de la Constitución Política, el control fiscal sobre las entidades territoriales es competencia de las Contralorías Departamentales y excepcionalmente, en los casos previstos por la ley, de la Contraloría General de la República, el auto mediante el cual ésta decide asumir el control no es de trámite, en tanto define una situación jurídica concreta cual es la suspensión de la competencia que recae en la Contraloría Departamental. Así pues, los autos acusados sí son susceptibles de controversia dentro de la jurisdicción contencioso administrativa y, por ende, la Sala no acoge la petición del Ministerio Público” (Sentencia del 27 de mayo de 2010 radicado 11001-03-24-000-2003-00053-01 M.P. María Claudia Rojas Lasso) (subrayas fuera de texto)

6.5. Acerca del control fiscal excepcional

La facultad reconocida a la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal posterior excepcional, encuentra su fundamento legal en las siguientes disposiciones superiores y legales:

El artículo 267 inciso 3º de la Constitución Política dispone:

“De la Contraloría General de la República. (...)La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”. (subrayas fuera de texto)

Este precepto superior fue desarrollado por el artículo 26 de la Ley 42 de enero 26 de 1993 “*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*”, en el que estableció lo siguiente:

“Artículo 26º.- 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". (subrayas fuera de texto)

Es preciso destacar que los literales a) y b) del artículo 26 de la Ley 42 de 1993 transcritos, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-403 del 2 de junio de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en la que respecto del control posterior fiscal excepcional, consideró lo siguiente:

"El control de excepción que establece la norma acusada, no puede referirse a los dineros que transfiere la Nación a cualquier título a las entidades territoriales, porque en estos casos la Contraloría General de la República, como órgano superior del control fiscal del Estado, no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado.

La norma acusada no hace otra cosa que desarrollar la parte final del inciso tercero del artículo 267 de la C.P. *"...En los casos excepcionales, previstos por la ley, la contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial..."*, norma esta que consagra una autonomía local sobre los recursos propios de las entidades territoriales que justifica la constitucionalidad del texto consagrado en el artículo 26 literales a) y b) de la Ley 42 de 1993, sin que se puede predicar como se señala en la demanda que con la disposición acusada se crean "feudos funcionales", porque como se vio, la competencia de la Contraloría General de la República no se limita en tratándose del ejercicio del control fiscal respecto de los recursos de los entes territoriales de origen nacional.

(...)

No desconoce la Corte la dificultad que existe en el sentido de precisar cuál es el contenido exacto de los conceptos de "descentralización y autonomía" en materia de control fiscal, por lo cual se exige que se los concrete y en esa labor la interpretación que realice esta Corporación de las normas constitucionales y legales cumple un papel de suma importancia, porque las normas acusadas nunca deben ser interpretadas aisladamente sino en concordancia con las otras normas del cuerpo legal del que hacen parte. Por ello, considera esta

Corporación que además de las normas de la parte orgánica de la Constitución, es el legislador el llamado a concretar los principios de "descentralización y autonomía", facultad que ha ejercido a través de la norma demandada, en la cual al establecer que la competencia de la Contraloría General de la República frente a lo que la jurisprudencia ha denominado como "el reducto mínimo fiscal", es decir, sobre los recursos propios de las entidades territoriales, se ejerza en forma excepcional y posterior, no ha hecho otra cosa que respetar el núcleo esencial de estas garantías constitucionales". (subrayas fuera de texto)

Por su parte, la Ley 610 del 15 de Agosto de 2000 *"Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"*, en el artículo 63 determinó:

"Control fiscal excepcional. La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para adelantar hasta su culminación los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control establecida en el artículo 267 de la Constitución Política". (subrayas fuera de texto)

Esta disposición fue declarada exequible también por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-364 del 2 de abril de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, fallo en el que consideró entre otros aspectos, lo siguiente:

"El carácter prevalente de la competencia de la Contraloría General en el desarrollo de estos juicios fiscales encuentra su razón de ser en la naturaleza misma de la intervención excepcional de la Contraloría General en el control de los recursos endógenos. En efecto, ese control excepcional se justifica por cuanto se trata de eventos en que puede dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales que pueden afectar su idoneidad.

(...)

El control posterior de la Contraloría General sobre las cuentas de las entidades territoriales, si bien es posterior y excepcional, no se limita únicamente a ser un control numérico legal sino que comprende el desarrollo de las atribuciones propias de la Contraloría para el ejercicio integral de la vigilancia fiscal. Y entre esas atribuciones se encuentra naturalmente la imposición de la responsabilidad fiscal." (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con los apartes transcritos, observa la Sala que la legislación y la jurisprudencia le otorgaron a la Contraloría General de la República, además del control excepcional sobre las cuentas de las entidades territoriales, **una**

competencia prevalente para adelantar el procedimiento fiscal asumido como consecuencia de dicho control excepcional, precisamente por la necesidad de garantizar la objetiva e imparcial investigación fiscal, que a nivel territorial puede resultar más proclive y susceptible de intromisión.

Así mismo la Ley 617 de octubre 6 de 2000 *"Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional"*, reguló lo siguiente, en cuanto al control fiscal excepcional:

“Artículo 81.- Extensión del control de la Contraloría General de la República. En desarrollo del inciso tercero del Artículo 267 de la Constitución Nacional, la Contraloría General de la República realizará el control fiscal de las entidades territoriales que incumplan los límites previstos en la presente ley. Para el efecto, la Contraloría General de la República gozará de las mismas facultades que ejerce en relación con la Nación”. (subrayas del Despacho)

Ahora bien, luego de efectuado el anterior marco normativo y jurisprudencial que regula el control fiscal excepcional en cabeza de la Contraloría General de la República, lo procedente es entrar a mirar si los supuestos fácticos y legales señalados en las disposiciones legales transcritas, fueron respetados en la actuación administrativa desplegada por el ente de control nacional y que fue objeto de demanda por la Contraloría de Bogotá.

6.6. Alcance de la expresión “entidad territorial” como sujeto pasivo del control fiscal excepcional. Rectificación de jurisprudencia

El contenido del artículo 267 inciso 3 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 y por el 81 de la Ley 617 de 2000, coinciden al unísono en señalar que el control posterior excepcional por parte de la Contraloría General de la República, **recae sobre las cuentas de las entidades territoriales.**

Por su parte, el artículo 286 de la Constitución Política, señala expresamente cuáles son las entidades territoriales al señalar:

“ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

Con fundamento en esta norma superior y de cara al presupuesto de hecho contemplado en las normas que regulan el procedimiento de responsabilidad fiscal, esta Sala declaró la nulidad de un acto administrativo proferido por la Contraloría General de la República, mediante el cual pretendía asumir el control fiscal excepcional respecto de una Empresa Social del Estado, al considerar en esencia, que este tipo de entidades por ser descentralizadas no son entidades territoriales. En el fallo se dijo lo siguiente:

“En cuanto a la solicitud de control excepcional posterior presentada por la Comisión Cuarta de la Cámara de Representantes respecto de la E.S.E. Hospital Universitario de Barranquilla, resulta pertinente apuntar que a través de los actos acusados, la Contraloría General de la República ejerció el control fiscal excepcional que, de acuerdo con la Constitución y la Ley, sólo puede ejecutarse sobre las cuentas de las entidades territoriales, más no sobre aquellas empresas sociales del estado como quiera que ni el constituyente ni el legislador otorgaron dicha facultad al órgano de control.

Bajo ese entendido, asiste razón a la demandante cuando alega falsa motivación del auto 188 de 25 de junio de 2002, dado que las empresas sociales del estado son entidades descentralizadas que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio y, por ende, son independientes de las entidades territoriales y diferentes de éstas, luego no les es aplicable el control excepcional posterior referido en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 que sirvió de fundamento para su expedición.

Lo dicho no implica que las E.S.E estén exentas de control fiscal, sino que no están sujetas al control excepcional posterior aplicable a las entidades territoriales, aunque sí lo están respecto de aquel que realizan los contralores departamentales y municipales quienes, por expresa disposición constitucional, ejercen en el territorio de su jurisdicción las mismas funciones asignadas por la Constitución Política al Contralor General de la República. Por las razones expuestas, la Sala declarará la nulidad del auto 188 de 25 de junio de 2002, mediante los cuales la Contraloría General de la República – Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva dispuso el control excepcional posterior sobre la E.S.E. Hospital Universitario de Barranquilla”. (subrayas fuera de texto)

(Sentencia del 27 de mayo de 2010 radicación 11001-03-24-000-2003-00053-01 M.P. María Claudia Rojas Lasso)

En vista de que el artículo 267 superior es explícito en señalar, que el control excepcional recae sobre las cuentas de las entidades territoriales y que existe un precedente jurisprudencial que con fundamento en esta directriz, descartó la procedencia del control excepcional para una entidad descentralizada del orden territorial, considera la Sala necesario rectificar esta postura, en el sentido de que el control excepcional no se puede limitar únicamente a la vigilancia de las cuentas de las entidades territoriales sino que también debe comprender a las de las entidades que la conforman, con fundamento en los siguientes planteamientos:

La Constitución Política en el artículo 272 reconoció el control fiscal a nivel territorial en los siguientes términos:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

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

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

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 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones". (subrayas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 4º del Decreto 267 del 22 de febrero de 2000 *"Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones"*, establece lo siguiente:

"Artículo 4. Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

1. Los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial del Poder Público;
2. Los órganos que integran el Ministerio Público y sus entidades adscritas;
3. Los órganos que integran la organización electoral y sus entidades adscritas o vinculadas;
4. La Comisión Nacional de Televisión y sus entidades adscritas o vinculadas;
5. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible;
6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes recursos nacionales o que tengan origen en la nación;
7. El Banco de la República cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;
8. **Los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía;**

9. Las entidades u organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998;

10. Las demás entidades públicas y territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación;

11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación;

12. Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación". (subrayas del Despacho) (el numeral engrita fue objeto de demanda)

Es preciso mencionar que mediante sentencia C-1176 del 24 de noviembre de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, declaró la exequibilidad del numeral 8 del artículo 4 transcrito, al considerar lo siguiente:

"En cuanto a los sujetos sobre los cuales se ejerce la vigilancia fiscal, cabe mencionar, que independiente de la naturaleza pública o privada, o de sus funciones, o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, por supuesto circunscrito a la gestión fiscal realizada. Por lo que es claro, que el artículo 267 de la Constitución, al disponer que la Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, sin excepción alguna, consagra una cláusula general de competencia para ésta entidad, a la cual se le encomendó, de manera exclusiva y excluyente, la función pública de control fiscal"
(subrayas del Despacho)

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 489 de diciembre 29 de 1998 *"por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*, establece lo siguiente:

"Artículo 38°.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:
 - a. La Presidencia de la República;
 - b. La Vicepresidencia de la República;
 - c. Los Consejos Superiores de la administración;
 - d. Los ministerios y departamentos administrativos;

e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a. Los establecimientos públicos;
- b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e. Los institutos científicos y tecnológicos;
- f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1º.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2º.- A demás de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos”.

Teniendo de presente que el inciso 6º del artículo 272 de la Constitución Política, dispone que *“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”*, la Sala encuentra válido afirmar que los sujetos de vigilancia y control por parte de la Contraloría General de la República a nivel nacional que señala el artículo 4º del Decreto 267 de 2000, resultan ser los mismos que a nivel territorial o de su jurisdicción le corresponderá entonces vigilar a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Dejando en claro lo anterior, se rectificará la postura de esta Sala sentada en la sentencia del 27 de mayo de 2010, **en el sentido de que el control fiscal excepcional lo podrá avocar la Contraloría General de la República respecto no sólo de las cuentas de las entidades territoriales sino también de las entidades que las conforman, incluyendo las del sector descentralizado por servicios, cuyo control fiscal de manera ordinaria o regular le corresponde adelantar a las contralorías territoriales según su jurisdicción.** Para los efectos anteriores, se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 68 de la Ley 498

de 1998 que establece:

“Artículo 68.- Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 1º.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

Parágrafo 2º.- Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

Parágrafo 3º.- Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993”.

Bastan las anteriores consideraciones desarrolladas hasta esta altura de la disertación, para declarar ajustado a derecho el control fiscal excepcional asumido por la Contraloría General de la República, para asumir la gestión fiscal de lo relacionado con la contratación llevada a cabo en el IDU para el sistema Transmilenio, por tratarse de entidades que conforman o hacen parte de la entidad territorial “Distrito Capital”.

Por tanto, la Sala se abstendrá de efectuar pronunciamiento acerca de la naturaleza jurídica de la entidad vigilada IDU y de los recursos públicos de Transmilenio, en el sentido de definir si son propios del distrito capital o si se trataba de recursos provenientes del presupuesto nacional. Del mismo modo, no

se pronunciará sobre los hechos materia de reforma de la demanda relativos a que los contratos de interventoría son pagados con presupuesto exclusivo del Distrito Capital, por cuanto estos asuntos sitúan la discusión en el tema del control fiscal prevalente, tema que ha sido lo suficientemente decantado por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 364 del 2 de abril de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, al referirse al tema de los recursos endógenos y exógenos, en los siguientes términos:

“El equilibrio entre los principios de autonomía y de unidad implica que la ley puede obviamente regular las cuestiones vinculadas a un interés nacional, pero no debe vulnerar el contenido esencial de la autonomía de las entidades territoriales, y en particular debe respetar "los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses.

Por ello, en desarrollo de estos principios, la Corte tiene bien establecido que la facultad de injerencia de la ley en los recursos de las entidades territoriales es distinta, según que se trate de dineros que provienen de los ingresos de la Nación (**recursos exógenos**), o de recursos que provienen de fuentes propias de las entidades territoriales (**recursos endógenos**). Así, es obvio que en relación con recursos territoriales provenientes de fuente endógena (recursos propios), la posibilidad de intervención de la ley es restringida, pues de otra forma la autonomía financiera de las entidades territoriales se vería vulnerada. En cambio, la ley puede regular más intensamente la forma de utilización de los recursos territoriales exógenos.

(...)

La Contraloría General de la República tiene facultades amplias para ejercer control sobre los recursos exógenos de las entidades territoriales, mientras que su intervención en relación con los recursos endógenos debe ser excepcional.

El control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los recursos provenientes de ingresos de la Nación será prevalente, ya que en tanto órgano superior del control fiscal del Estado, "no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que se ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2, C.P.)". (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con el aparte jurisprudencial transcrito, queda claro que la Contraloría General de la República ejerce el control de la gestión fiscal de manera prevalente, según sea el caso y la presencia de los recursos públicos de la entidad sujeto de vigilancia fiscal, reconociendo en todo caso la autonomía e independencia de las entidades de control territoriales. Por ello, es reiterativo en señalar que en tratándose de recursos endógenos –al ser producidos por la propia entidad territorial-, la intervención de la Contraloría General de la República

debe ser excepcional⁶.

En vista de que Transmilenio y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, son entidades cuya gestión fiscal es objeto de control fiscal ordinario por parte de la Contraloría de Bogotá dada su jurisdicción, en virtud del artículo 267 inciso 3º, sí era posible que excepcionalmente su control fuera asumido por la Contraloría General de la República, siempre y cuando se cumplieran los requisitos exigidos en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, como se verá enseguida.

6.7. Resolución del caso concreto

Fueron tres los argumentos de censura expuestos por la apoderada de la Contraloría de Bogotá. El primero es el relativo a la vulneración del debido proceso administrativo, por cuanto la actuación de la Contraloría General de la República para asumir la competencia por excepcionalidad, adolece de motivación ya que dichos actos se expidieron sin previa justificación y razonabilidad, además de que no se profirió un acto administrativo previo, que decidiera sobre las solicitudes de control excepcional, lo que constituye una vía de hecho. El segundo porque la autonomía de la Contraloría de Bogotá se vio afectada, con ocasión del ejercicio del control excepcional por parte de la Contraloría General de la República y, el tercero, consiste en que el ente de control nacional con su actuación irregular, sustrajo al Concejo de Bogotá de poder ejercer el control político sobre las actuaciones relacionadas con la totalidad del sistema Transmilenio, pese a que se trató de una inversión económica, administrativa y funcional del Distrito Capital.

6.7.1. Respecto del primer cargo, relativo a la falta de motivación de los actos demandados por cuanto se expidieron sin previa justificación, razonabilidad y sin la expedición de un acto administrativo previo a la admisión del control excepcional, la Sala observa lo siguiente.

El artículo 267 inciso 3 superior, señala como presupuesto para que la Contraloría General de la República asuma de manera excepcional el control fiscal posterior,

⁶ Esta postura fue reiterada en Sentencia C-541 del 6 de junio de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

que se trate de cuentas de las entidades territoriales, asunto que ya fue dilucidado en el numeral anterior.

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, además de partir del presupuesto anterior, exige dos requisitos: 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.

Ahora bien, a nivel interno la Contraloría General de la República expidió la Resolución Orgánica N° 05500 del 4 de julio de 2003, que en el Capítulo III reguló el Control Fiscal Excepcional, en estos términos:

“Artículo 13. Admisión de la solicitud. Corresponde al Despacho de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, decidir sobre la admisión de la solicitud de control posterior excepcional, conforme a lo establecido en el artículo 267, inciso tercero, de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 42 de 1993, artículo 26; la Ley 610 de 2000, artículo 63; la Ley 617 de 2000, artículos 24-7 y 81 y las demás disposiciones que se dicten sobre la materia.

Parágrafo 1º. Toda solicitud de control posterior excepcional deberá ser remitida al Despacho de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, para su registro, admisión, reparto y traslado, si es el caso.

Parágrafo 2º. La solicitud con que se promueva el control posterior excepcional por parte de la Contraloría General de la República deberá contener:

1. Identificación de la entidad pública afectada.
2. Objeto de la solicitud, justificación y razonabilidad.

Artículo 14. Del Control Fiscal Excepcional. En los casos en que sea necesario por la naturaleza del asunto, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva podrá solicitar a las Contralorías Delegadas Sectoriales, a las Gerencias Departamentales o a los funcionarios de las mismas, que emitan concepto técnico sobre la pertinencia de asumir el control excepcional.

Igualmente, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, una vez admitida la petición de control excepcional, podrá solicitar a la Contraloría Delegada Sectorial o al Grupo de Vigilancia Fiscal de la Gerencia Departamental respectivos, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad afectada, la práctica de auditoría o la aplicación de cualquier modalidad de control fiscal que se juzgue pertinente sobre los hechos objeto de solicitud de control excepcional.

Artículo 15. Advertencia a las Contralorías Territoriales. Corresponde a la Dependencia que asuma el conocimiento de los hechos por control fiscal excepcional, advertir a la Contraloría Territorial que ejerza vigilancia y control fiscal sobre el ente o persona en quien recae la solicitud de control posterior excepcional, acerca de la admisión de la misma, previniéndole para que se abstenga de conocer o seguir conociendo los mismos hechos y suspenda la aplicación de los sistemas de control tales como la evaluación del control interno, el levantamiento del fenecimiento de la cuenta, las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal o el ejercicio de la jurisdicción coactiva y remita lo actuado a ese Despacho.

Artículo 16. Funcionario competente. La competencia para el conocimiento y trámite de la indagación preliminar, del proceso de responsabilidad fiscal y del proceso de jurisdicción coactiva por control posterior excepcional, estará radicada en la dependencia que para cada caso concreto asigne el despacho de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva”.

De acuerdo con las anteriores disposiciones superiores y legales, observa la Sala que los únicos requisitos exigidos a nivel legal, para que opere el control excepcional por parte de la Contraloría General de la República sobre las cuentas de las entidades territoriales y, a partir de la presente sentencia, de las entidades que las integran, es que sea solicitado por el gobierno, o por el órgano legislativo o corporación que asuma esta función a nivel territorial o por la ciudadanía en general.

Refuerza la anterior afirmación el siguiente aparte jurisprudencial:

“Del análisis de las normas que prevén el control excepcional de la Contraloría General y de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad y la interpretación de éstas, la Sala Plena⁷ de esta Corporación ha precisado que, debido al carácter prevalente o

⁷ Sala Plena Contencioso Administrativa, sentencia de 19 de abril de 2005, Actor: Contraloría General de la República, Exp. 11001-03-15-000-2005-00165-00, Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla

preferente de dicho control, para su ejercicio, sólo es necesario que la petición sea realizada por una de las personas autorizadas para ello en el artículo 26 de la ley 42 de 1993". (Sentencia del 12 de Junio de 2012 radicado 11001-03-15-000-2011-01112-00 M.P. María Claudia Rojas Lasso)

Por tanto, la Sala observa que la demandante hizo una equivocada interpretación de la exigencia contemplada en el numeral 2º del parágrafo 2º del artículo 13 de la Resolución Orgánica 05500 de Julio de 2003, **como quiera que es a los solicitantes o convocantes del control excepcional –de la rama ejecutiva, legislativa o voceros de la ciudadanía-, a quienes les corresponde cumplir con el requisito de la justificación y razonabilidad de la medida solicitada y no como lo entendió la actora, a quien asumió la solicitud, en este caso, a la Contraloría General de la República.** No otra interpretación se le puede dar al parágrafo 2º del artículo 13 del acto citado al disponer: "La solicitud con que se promueva el control posterior excepcional por parte de la Contraloría General de la República deberá contener: 1. Identificación de la entidad pública afectada. 2. Objeto de la solicitud, justificación y razonabilidad"

Revisado el expediente, a folio 50 del cuaderno 1, figura copia del oficio 2-2003-59041 del 2003/12/16 suscrito por el doctor Antanas Mockus Sivickas Alcalde Mayor de Bogotá, dirigido al doctor Antonio Hernández Gamarra Contralor General de la República, en el que le manifestó lo siguiente:

"De manera atenta solicito a usted que asuma, de manera excepcional y prevalente, el control posterior de las actuaciones del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- en relación con todos los aspectos relacionados con el proyecto 'Estructuración Legal –Con Acompañamiento Financiero- Del Esquema de Contratación de la Construcción del Sistema Transmilenio –Troncales NQS y Avenida Suba', así como su posterior desarrollo y ejecución en virtud de las adjudicaciones de los contratos de concesión.

Lo anterior en virtud del artículo 26 de la Ley 42 de 1993, según el cual, *'la Contraloría General podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, (...), en los siguientes casos: a) a solicitud del gobierno (...) distrital (...)'.*

Tal y como se observa con el aparte transcrito, la solicitud fue presentada por el Alcalde Mayor de Bogotá al Contralor General de la República, para que asumiera el control excepcional de las actuaciones del IDU en relación con el sistema Transmilenio, para lo cual expresó como justificación, el ejercicio de una facultad

legal.

Por su parte, a folio 153 del cuaderno 1, aparece copia de la comunicación del 26 de febrero de 2004 suscrita por el doctor Armando Gutiérrez González Concejal de Bogotá, en la que le pone de presente al Contralor General de la República, lo siguiente:

“Preocupado por las serias irregularidades que presentan las obras realizadas en desarrollo de los procesos de contratación del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, de la ciudad de Bogotá, así como por la transparencia, objetividad y conveniencia de los concursos de méritos y las licitaciones públicas adelantados por el mencionado instituto con ocasión de los contratos de consultoría e interventoría así como de las obras para el Sistema TRANSMILENIO, y teniendo en cuenta que la Entidad que usted acertadamente dirige cuenta con un equipo de profesionales idóneos y altamente calificados, sometí a consideración de la Corporación la solicitud de que el control posterior que actualmente adelanta la Contraloría General de la República sobre el proyecto ‘Estructuración Legal-con Acompañamiento Financiero- del Esquema de Contratación de la Construcción del Sistema Transmilenio Troncales NQS y Avenida Suba’, se extienda a la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha del Sistema Transmilenio.

Como quiera que la mencionada proposición fue aprobada por la Plenaria del Concejo el día 25 de los corrientes, ruego al señor Contralor se sirva destinar el número de profesionales que considere suficientes para que, al finalizar el proceso de auditoría, la ciudad tenga claridad sobre las irregularidades cometidas, en quién o quiénes radica la responsabilidad, se ejerza vigilancia sobre las demandas de los contratistas o contra los contratistas y las eventuales transacciones en Tribunales de Arbitramento, la aplicación de las pólizas de calidad de los estudios de los consultores y de estabilidad y calidad de las obras, para precaver que el patrimonio de la ciudad no sufra detrimento por causa o con ocasión de tales contratos y que los responsables de eventuales perjuicios a la ciudad reciban las sanciones a que haya lugar”

A folio 154 del expediente, aparece copia del oficio del 25 de febrero de 2004 suscrito por la Secretaria General (E) del Concejo de Bogotá, D.C., dirigido al Contralor General de la República, que dice lo siguiente:

“Por medio de la presente, me permito dar traslado de la Proposición N° 074 aprobada en la sesión del día de hoy, mediante la cual los Honorables Concejales ARMANDO GUTIERREZ GONZALEZ, ANTONIO GALAN SARMIENTO y GUILLERMO VILLATE SUPELANO, solicitan a ese Despacho, extender el proceso de control a la totalidad del proceso de contratación y puesta en marcha del Sistema Transmilenio, por lo cual me permito transcribirla. (...)”

A su vez, a folio 164 de la misma encuadernación, obra el oficio del 19 de marzo

de 2004 suscrito por el doctor Luis Eduardo Garzón Alcalde Mayor de Bogotá, D.C. en el que le dice al Contralor General de la República:

“De la manera más atenta, me permito solicitarle muy respetuosamente que su Despacho asuma, de manera excepcional y prevalente, el control posterior de las actuaciones realizadas por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU-, en el diseño, contratación, desarrollo y posterior ejecución para la construcción y adecuación de las Troncales de la Fase I de Transmilenio, en virtud de las adjudicaciones de los contratos de concesión.

La anterior solicitud la formulo, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, según el cual, *‘la Contraloría General podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, (...), en los siguientes casos: a) a solicitud del gobierno (...) distrital (...).’*”

Por último, a folios 165 y 166, aparece la comunicación que le dirigió el Presidente Nacional de la Red de Veedores y Veedurías Ciudadanas de Colombia RED VER, al Jefe del órgano de control nacional, en la que le dice:

“De Conformidad con lo preceptuado por la Ley 850 de 2003 – Estatutaria de Veedurías Ciudadanas- (sic) solicitar se asuma por parte de la Contraloría General de la República, control excepcional sobre el sistema Transmilenio, así como el IDU – Instituto de Desarrollo Urbano-, para determinar, entre otros aspectos los siguientes:

1. Estudios técnicos, procesos de contratación, costos y su razonabilidad, sostenibilidad del sistema, vigencia y exigibilidad de garantías, interventoras, ejecución de las mismas, detrimento patrimonial, responsables fiscales.
2. Fallas del sistema, costos de las mismas, responsabilidad patrimonial, acciones consiguientes, tanto fiscales como judiciales, quejas, debates en el Concejo de Bogotá y en el Congreso de la República.
3. Afectaciones del servicio en términos de calidad y oportunidad frente al usuario, así como la reparación de las vías de Transmilenio, la invasión de otros carriles, los traumatismos en el desplazamiento del parque automotor y sus posibles costos.
4. Se sirva informarnos sobre el trámite dado a la presente, funcionarios encargados para su acompañamiento respectivo”.

De acuerdo con la abundante prueba documental transcrita, observa la Sala que las entidades convocantes o solicitantes del control fiscal excepcional por parte de la Contraloría General de la República, sí cumplieron con la exigencia del numeral 2º del párrafo 2º de la Resolución Orgánica 05500 de 2003, en la medida en que dichas solicitudes fueron planteadas de manera objetiva, exponiendo los motivos de forma justificada y razonablemente argumentados.

Según lo expuesto, no se observa ninguna vía de hecho en que haya incurrido la Contraloría General de la República al expedir los actos demandados. Igual predicamento aplica respecto de la supuesta irregularidad deprecada por la demandante, en el sentido de que la actuación administrativa vulneró el debido proceso de la Contraloría de Bogotá, porque no se expidió auto admisorio del control excepcional, previo a la expedición de los actos demandados.

Lo anterior, por cuanto la Sala observa en primer lugar, que dicha exigencia no tiene soporte legal y en segundo término, porque en el Auto 0044 del 30 de enero de 2004 expedido por la Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, dispuso comisionar a la Contraloría Delegada para Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, para que procediera a realizar las diligencias de carácter fiscal necesarias, tendientes a dar trámite a la solicitud de control fiscal excepcional presentada por el doctor Antanas Mockus Sivickas, respecto del Instituto de Desarrollo Urbano IDU en lo relativo al sistema Transmilenio troncales NQS y Avenida Suba. Por lo anterior, la Sala evidencia el cumplimiento del procedimiento previsto en los artículos 13 al 16 de la Resolución Orgánica N° 05500 del 4 de julio de 2003.

6.7.2. Ahora bien, respecto del segundo cargo de la demanda, relativo a la violación de la autonomía de la Contraloría de Bogotá por el ejercicio del control excepcional por parte de la Contraloría General de la República, la Sala considera que no le asiste la razón, por cuanto pasa por alto la apoderada de la actora que se trató de una medida temporal o transitoria, para un asunto puntual –lo relacionado con el sistema Transmilenio- dada la gestión fiscal adelantada por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, con fundamento en la previa solicitud planteada por el Alcalde de la ciudad, el Concejo Distrital y la Red de Veedurías Ciudadanas.

Por lo anterior, en ningún momento se puede aceptar que con dicha medida el órgano de control superior hubiera incurrido en intromisión o vulneración de la autonomía de la Contraloría de Bogotá para el ejercicio del control fiscal, como quiera que lo que hizo fue ejercer una competencia constitucional y legal que le es reconocida.

Aunado a lo anterior, resulta necesario recordarle a la demandante, que el artículo

63 de la Ley 610 del 15 de Agosto de 2000 *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, respecto de los procesos de responsabilidad fiscal que adelante como consecuencia del ejercicio del control excepcional, **le reconoció además competencia prevalente**, disposición legal que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-364 del 2 de abril de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, cuyos planteamientos han sido compartidos por esta Sala, tal y como se aprecia en el siguiente aparte jurisprudencial:

“Integradas las disposiciones legales en cita, en aquellos eventos en que la Contraloría ejerce un control excepcional sobre las cuentas de las entidades territoriales, tendrá competencia **prevalente** para adelantar los correspondientes procesos de responsabilidad fiscal.

La competencia prevalente de la Contraloría General de la República, significa que es preferente o preponderante sobre aquella de los entes territoriales y, en consecuencia, está autorizada para desplazar al funcionario público que esté adelantando la investigación fiscal pertinente, a solicitud de las personas mencionadas en el artículo 26 de la ley 42 de 1993.

(...)

La Sala Plena del Consejo de Estado en diversas oportunidades ⁸ se ha referido al control fiscal excepcional, con ocasión de acciones de definición de competencias administrativas. Así, en providencia de 6 de junio de 2000⁹, (C.P. Juan Alberto Polo Figueroa), al interpretar el alcance de la facultad excepcional de la Contraloría General para ejercer el control posterior sobre las cuentas de las entidades territoriales, llegó a las mismas conclusiones expuestas por la Corte Constitucional.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativa, sentencia de 6 de junio de 2000, Actor: Contraloría Municipal de Ibagué, Exp. C-604, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa; Sala Plena Contencioso Administrativa, sentencia de 28 de noviembre de 2000, Actor: Contraloría General de la República, Exp. C-670, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola; Sección Primera, sentencia de 1º de febrero de 2001, Actor: Uriel Alberto Amaya Olaya, Exp. 11001-03-24-000-1999-5916-01(5916), Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola; Sala Plena Contencioso Administrativa, sentencia de 30 de enero de 2001, Actor: Contraloría de Bogotá D .C., Rad. C-722, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva; Sala Plena Contencioso Administrativa, sentencia de 22 de abril de 2003, Actor: Contraloría General de Antioquia, Exp. 11001-03-15-000-2002-1021-01(C-043), Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sala Plena Contencioso Administrativa, sentencia de 1º de marzo de 2005, Actor: Contraloría General de la República, Exp. 11001-03-15-000-2004-01057-00, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sala de Consulta y Servicio Civil, 20 de mayo de 2010, Rad. 11001-03-06-000-2010-00057-00(C) Consejero Ponente: William Zambrano Cetina; Sección Primera, sentencia de 8 de abril de 2010, actor: Contraloría Municipal de Bucaramanga, Exp. 11001-03-24-000-2004-00334-01, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Sección Primera, sentencia de 27 de mayo de 2010, Actor: Contraloría General del Departamento del Atlántico, Exp. 11001-03-24-000-2003-00053-01, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

⁹ Expediente: C-604, Actor: Contraloría Municipal de Ibagué, M.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa.

Aclaró que aunque el artículo 26 de la ley 42 de 1993 hace la salvedad de que la facultad excepcional se ejercerá sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, debe entenderse que es prevalente o preferente sobre el control fiscal que corresponda a la respectiva contraloría territorial, en cuanto lo contrario significaría la existencia de una competencia concurrente sobre un mismo caso."

De acuerdo con los apartes transcritos, pierde solidez el argumento de la demanda acerca de la violación de la autonomía de la Contraloría de Bogotá para el ejercicio del control fiscal, como quiera que en virtud de la prevalencia del control excepcional posterior para el tema de la contratación del sistema Transmilenio y el IDU, el ente de control distrital perdió la competencia para ejercer dicho control, con el fin de evitar una competencia concurrente.

6.7.3. El tercer cargo de la demanda consiste en que, a juicio de la demandante, el ente de control nacional con su actuación irregular, sustrajo al Concejo de Bogotá del ejercicio del control político sobre las actuaciones relacionadas con la totalidad del sistema Transmilenio, pese a que se trató de una inversión económica, administrativa y funcional del Distrito Capital

La Sala no comparte este argumento de censura, por cuanto en primer lugar le correspondería alegarlo directamente al Concejo Distrital y en segundo término, porque dicho control político en dado caso, podría llevarlo a cabo el Congreso de la República, en virtud del artículo 114 de la Carta Política que dispone: *"Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración"*.

En vista de que los cargos de la demanda no alcanzaron a restarle mérito a la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, la Sala denegará las pretensiones de la demanda, tal y como lo dispondrá en la parte resolutive del presente fallo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO. **DECLÁRANSE NO PROBADAS** las excepciones presentadas.

SEGUNDO: **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, con fundamento en los planteamientos expuestos en la parte considerativa de este fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
PRESIDENTE

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO