

CONTROL FISCAL - Noción / CONTROL FISCAL - Es posterior y selectivo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, el control fiscal es una función pública especializada, radicada en cabeza de la Contraloría General de la República, mediante la cual se “vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación”. La vigilancia de la gestión fiscal está orientada a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que dicha gestión se traduce, se cumplen de conformidad con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contralor General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración. Establece igualmente el referido artículo 267, que dicho control se ejerce con un doble carácter, posterior y selectivo. Esto es, que la vigilancia se cumple respecto de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos que son objeto de control y de los resultados obtenidos por los mismos, mediante un procedimiento técnico de elección de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones y actividades que permitan obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal, tal como lo determina el artículo 5o. de la ley 42 de 1993

AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultad para aportar pruebas en investigaciones penales o disciplinarias / AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Su facultad es restringida respecto del contralor general

El Auditor General de la República se encuentra facultado para promover ante las respectivas autoridades, aportando las pruebas necesarias, las investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios de las entidades bajo su vigilancia, incluidos los contralores territoriales, que hayan causado perjuicio a los intereses del Estado, a diferencia del Contralor General, quien está facultado no sólo para promover la referidas investigaciones sino también para solicitar la suspensión inmediata de los mencionados funcionarios. Es decir, la función asignada al Contralor General es mucho más amplia y determinante que la del Auditor.

AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA - No está facultado para solicitar la suspensión provisional de los funcionarios sujetos a su control

En cuanto hace al Auditor General de la República es de anotar que la Constitución defirió a la ley la regulación de sus competencias, y si bien es cierto que en el numeral 8o. del artículo 17 del decreto ley 272 de 2000, se le asignó la función de “Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios o ex funcionarios de las entidades vigiladas que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado”, también lo es que en este caso, el legislador no lo facultó, ni en forma directa ni por remisión de normas, para solicitar la suspensión provisional de los funcionarios sujetos a su control. Por otra parte, es menester recordar que al tenor de los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución Política todo empleo público debe tener sus funciones y competencias previamente detalladas en la Constitución, la ley o en el reglamento, y los servidores públicos que los desempeñen están obligados a ejercerlas en la forma como aparecen previstas en el referido ordenamiento y no pueden asumir ninguna diferente de las constitucional y legalmente atribuidas al cargo que ostentan, so pena de incurrir en la causal de responsabilidad establecida en el artículo 6o.

ibídem. A lo anterior se suma el hecho de que es principio general de derecho que las competencias de los órganos estatales deben ser Constitucionales o legales, preexistentes y explícitas, de manera tal que las mismas no pueden ser aplicadas por analogía o extensión, como se sugiere en la consulta.

NOTA RELATORIA: Respecto de la asimilación de funciones entre la Auditoría General de la República y la Contraloría General, Corte Constitucional sentencia C-319 de 2007. Autorizada la publicaron con oficio OF21859 DDP 0210 de 30 de mayo de 2011.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 123 / DECRETO LEY 272 DE 2000 - ARTICULO 17 - NUMERAL 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00023-00(2056)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Facultad para suspender de forma inmediata funcionarios mientras culminan los respectivos procesos penales o disciplinarios.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a petición del Auditor General de la República, solicita a la Sala conceptuar acerca del ejercicio de la facultad de suspensión inmediata de los contralores territoriales, verdad sabida y buena fe guardada. Previa algunas consideraciones de orden jurisprudencial, formula los siguientes interrogantes:

“1. ¿La facultad de suspensión inmediata de funcionarios amparada en el criterio de verdad sabida y buena fe guardada, otorgada al Contralor General de la República es aplicable por extensión al Auditor General de la República respecto de las Contralorías Territoriales en el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal?”.

2. En caso de ser procedente la suspensión, ¿cuál autoridad estaría llamada a hacer efectiva la suspensión ordenada por el Auditor General de la República, respecto de los contralores territoriales?”.

CONSIDERACIONES

1. Ejercicio del Control Fiscal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, el control fiscal es una función pública especializada, radicada en cabeza de la Contraloría General de la República, mediante la cual se *“vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación”*.

La vigilancia de la gestión fiscal está orientada a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que dicha gestión se traduce, se cumplen de conformidad con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contralor General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración.

Establece igualmente el referido artículo 267, que dicho control se ejerce con un doble carácter, posterior y selectivo. Esto es, que la vigilancia se cumple respecto de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos que son objeto de control y de los resultados obtenidos por los mismos, mediante un procedimiento técnico de elección de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones y actividades que permitan obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal, tal como lo determina el artículo 5o. de la ley 42 de 1993¹.

La Carta Política, al otorgar a la Contraloría General de la República, la facultad de vigilar la gestión fiscal de la administración y de las entidades o particulares que manejen fondos o bienes de la nación, consagra una cláusula general de competencia, pero a la vez y en forma específica a través del artículo 268 atribuye una serie de competencias al Contralor General de la República, entre las cuales se encuentra la siguiente:

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

...

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

...”

Con respecto a la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios, el artículo 272 de la Carta dispuso:

“ARTICULO 272. 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.

...

¹ LEY 42 DE 1993, *“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*.

*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.
...”*

Nótese como la remisión a las funciones previstas en el artículo 268 Superior, es directa y general, es decir, faculta a los Contralores departamentales, distritales y municipales para ejercer, dentro de su jurisdicción, todas y cada una de las atribuciones asignadas al Contralor General de la República en la citada norma.

2. La Auditoría General de la República

La Constitución Política en su artículo 274 dispuso que la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República fuera ejercida por un Auditor, elegido por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, para un período de dos años y defirió a la ley establecer la forma en que dicha vigilancia sería ejercida en los niveles departamental, distrital y municipal.

Mediante ley 573 de 2000, se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que expidiera normas con fuerza de ley que permitieran, entre otros, *“Determinar la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa de la Contraloría General de la República en lo no previsto en la Ley 330 de 1996”*.

Precisamente, en ejercicio de dichas facultades, el Presidente de la República expidió el decreto ley 272 de 2000, por medio del cual estableció la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, como un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, con autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, bajo la dirección del Auditor a que se refiere el artículo 274 Superior.

El decreto ley en mención asignó a la Auditoría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de las Contralorías General de la República y departamentales; vigilancia que debe ejercer mediante los sistemas de control financiero, de gestión y de resultados, en desarrollo de los principios de eficiencia, economía y equidad.

En relación con las contralorías municipales y distritales, el referido decreto ley atribuyó a la Auditoría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de éstas, pero de forma excepcional, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, y previa solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República, de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales o de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la ley.

Respecto de las funciones otorgadas por el legislador a la Auditoría General de la República, la Corte Constitucional en sentencia C-1176 de 2004, precisó:

“Cabe recordar, que es el Decreto 272 de 2000 ‘Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República’, el que señala, en el artículo 17, las funciones del Auditor General, la mayoría de ellas referidas a la organización y funcionamiento interno de la

propia Auditoria, otras relacionadas con la forma como ejercerá la función de vigilancia que le corresponde, tales como:

- *Prescribir los métodos y la forma en que sus vigilados deben rendir cuentas y determinar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados, entre otros, que deberán aplicarse para el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal y para la evaluación del control fiscal interno.*
- *Promover las acciones pertinentes para resolver los conflictos de competencia que se susciten entre las entidades sujetas a su vigilancia; recomendar al Contralor General de la República y al Gobierno Nacional las reformas legales que considere necesarias para el mejoramiento del régimen de control fiscal.*
- *Solicitar con carácter obligatorio información relevante para el ejercicio de sus funciones a las entidades sometidas a su vigilancia; presentar los informes sobre el ejercicio de su gestión a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado cada año.*
- *Certificar la gestión de resultados de las entidades sometidas a su vigilancia.*
- ***Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios o exfuncionarios de las entidades vigiladas que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.***
- *Constituirse por sí mismo o por intermedio de abogado, en representación de los intereses de la Nación, como sujeto procesal dentro de los procesos penales que se adelanten contra funcionarios o exfuncionarios de las entidades sometidas a su vigilancia, y contra los funcionarios o exfuncionarios de la Auditoria.*
- *Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal, **imponer las sanciones pecuniarias** que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.*

En suma, la Auditoria General de la República, vigila la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, de conformidad con los postulados que para el efecto consagra el legislador” (Negrillas fuera de texto).

Es de anotar que, el Auditor General de la República se encuentra facultado para promover ante las respectivas autoridades, aportando las pruebas necesarias, las investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios de las entidades bajo su vigilancia, incluidos los contralores territoriales, que hayan causado perjuicio a los intereses del Estado, a diferencia del Contralor General, quien está facultado no sólo para promover la referidas investigaciones sino también para solicitar la suspensión inmediata de los mencionados funcionarios. Es decir, la función asignada al Contralor General es mucho más amplia y determinante que la del Auditor.

3. El caso concreto objeto de consulta

En la consulta se pregunta acerca de la posibilidad de que mediante la aplicación extensiva de competencias, el Auditor General de la República en ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal pueda hacer uso respecto de los contralores territoriales, de la facultad de suspensión inmediata de funcionarios otorgada al Contralor General de la República, en el numeral 8o. del artículo 268 Superior.

Efectivamente, como antes se dijo, el artículo 268.8 en cita, faculta al Contralor General de la República para que, de una parte, promueva ante las respectivas autoridades, las investigaciones penales o disciplinarias que sean del caso contra quienes hayan causado perjuicio patrimonial al Estado; y de otra, para solicitar la suspensión inmediata de los funcionarios involucrados en los referidos procesos.

Al respecto cabe señalar que la medida de la suspensión inmediata busca garantizar la buena marcha y la continuidad de la función pública, sin que con ello se afecte el empleo ni se atente contra la honra ni el debido proceso del disciplinado o investigado, porque en el curso de la investigación el servidor público tiene la oportunidad de desvirtuar la acusación que se le imputa a fin de que sea reintegrado al servicio, con el reconocimiento de lo dejado de percibir. Dicha medida se profiere no a título de sanción sino como un mecanismo transitorio encaminado a lograr la efectividad del control, toda vez que permite que la investigación se tramite sin ningún tipo de interferencia por parte del funcionario implicado.

Es de precisar, que la facultad de solicitar la referida suspensión se predica no sólo respecto del Contralor General de la República sino de los Contralores departamentales, distritales y municipales, toda vez que el constituyente, por remisión expresa del artículo 272 Superior, atribuyó a estos últimos, dentro de su jurisdicción, el ejercicio de las funciones asignadas al Contralor General en el artículo 268 ibídem.

Sobre la extensión a los contralores territoriales de las atribuciones que la Constitución confiere al Contralor General de la República se pronunció la Corte Constitucional al declarar mediante sentencia C-603 del 2000, la exequibilidad del artículo 105.5 de la ley 136 de 1994²:

“La Corte considera, entonces, que, si se otorga -como debe otorgarse pleno efecto a la norma constitucional en mención, los contralores seccionales y locales gozan, en sus respectivas órbitas de competencia, de la atribución señalada al Contralor General por el artículo 268, numeral 8, de la Carta, en su totalidad. Es decir que, como al hacer la remisión, el artículo 272 Ibídem no distinguió, tampoco el intérprete ni el juez constitucional pueden distinguir, y, por tanto, se encuentra autorizado constitucionalmente cada contralor departamental, distrital o municipal, en el ámbito de su respectivo departamento, distrito o municipio, para exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”.

² LEY 136 DE 1994, “Artículo 105. Causales de Suspensión. El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos:... 5. Cuando la Contraloría solicite la suspensión provisional de conformidad a lo establecido en el numeral 8o., del artículo 268 de la Constitución Política. La Contraloría bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”.

Igualmente, el legislador en el artículo 99 de la ley 42 de 1993 atribuyó a los contralores la facultad de solicitar la referida suspensión, en los siguientes términos:

“ARTICULO 99. Los contralores podrán imponer sanciones directamente o solicitar a la autoridad competente su aplicación. La amonestación y la multa serán impuestas directamente; la solicitud de remoción y la suspensión se aplicarán a través de los nominadores”.

Al declarar la exequibilidad de esta norma, la Corte Constitucional en sentencia C-484 de 2000, precisó que la solicitud de suspensión del cargo:

“...es una medida cautelar de origen constitucional que no busca sancionar sino asegurar la transparencia, imparcialidad y efectividad de la investigación fiscal, pues para adelantar el proceso fiscal es razonable la separación del cargo del funcionario involucrado en la falta fiscal. Ahora bien, esta última figura goza de pleno respaldo constitucional, como quiera que el propio numeral 8o. del artículo 268 superior dispone que la contraloría podrá exigir ‘la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios’. Por consiguiente, la medida es válida constitucionalmente si se entiende como medida cautelar que podrá ser solicitada por la contraloría, y no como sanción fiscal”.

Ahora en cuanto hace al Auditor General de la República es de anotar que la Constitución defirió a la ley la regulación de sus competencias, y si bien es cierto que en el numeral 8o. del artículo 17 del decreto ley 272 de 2000, se le asignó la función de *“Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios o ex funcionarios de las entidades vigiladas que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado”*, también lo es que en este caso, el legislador no lo facultó, ni en forma directa ni por remisión de normas, para solicitar la suspensión provisional de los funcionarios sujetos a su control.

Por otra parte, es menester recordar que al tenor de los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución Política todo empleo público debe tener sus funciones y competencias previamente detalladas en la Constitución, la ley o en el reglamento, y los servidores públicos que los desempeñen están obligados a ejercerlas en la forma como aparecen previstas en el referido ordenamiento y no pueden asumir ninguna diferente de las constitucional y legalmente atribuidas al cargo que ostentan, so pena de incurrir en la causal de responsabilidad establecida en el artículo 6o. ibídem.

A lo anterior se suma el hecho de que es principio general de derecho que las competencias de los órganos estatales deben ser Constitucionales o legales, preexistentes y explícitas, de manera tal que las mismas no pueden ser aplicadas por analogía o extensión, como se sugiere en la consulta.

Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2007, cuando al decidir la constitucionalidad de los numerales 2, y 3 del artículo 3o. de la ley 909 de 2004³, en la que se planteó la posibilidad de que por ser la Auditoría General de la República un órgano autónomo similar a la Contraloría General, al titular de

³ LEY 909 DE 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.*

aquella le fuera atribuible la función asignada al Contralor General por el artículo 268.10 Superior, de proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia, dijo:

“17. De esta manera, y como equivocadamente lo entiende el demandante, mal puede en un Estado de Derecho hacerse valer atribuciones, funciones o competencias que no estén expresamente y de manera previa señaladas en la Constitución o la ley. Cualquier ejercicio - por parte de un órgano del Estado o de un servidor público de éste- de atribuciones, funciones o competencias que no estén expresa y previamente indicadas en la Constitución o la ley, es un acto arbitrario y despótico y por ende abiertamente inconstitucional.

Por consiguiente, no puede prosperar el argumento del demandante cuando afirma que el legislador al expedir la norma referida omitió considerar que la auditoría general de la República, constitucionalmente es un órgano autónomo y que en tal virtud, a sus servidores se les debe aplicar el régimen propio de la carrera especial que corresponde a un órgano autónomo de control fiscal.

En momento alguno se puede aceptar como argumento constitucional, que el Auditor General de la República y la Auditoría General de la República son similares al Contralor General de la República y a la Contraloría General de la República . Ni siquiera lo son desde el punto de vista del lenguaje. El Auditor General de la República y por ende la Auditoría, tienen como competencia constitucional la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, muy distinta competencia se le asigna constitucionalmente al Contralor y por ende a la Contraloría General de la República.

Ahora bien, la competencia del Contralor General de la República respecto de proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley, no le es asignada constitucionalmente al Auditor General de la República. Por tal razón, no cuenta con dicha competencia.

*En otras palabras , no puede prosperar el argumento del demandante por cuanto lo que pretende es **la aplicación de una competencia por analogía**, en este caso para administrar la carrera administrativa, debido a la naturaleza jurídica de la Auditoría General de la República y su relación con la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República y por ende la relación entre las atribuciones del Contralor General de la República (Art. 268 numeral 10 Constitucional) y las competencias del Auditor General de la República.*

*Por lo anterior, es deber de esta Alto Tribunal reiterar -como se expuso en el numeral 6 de esta sentencia- que **en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión**, porque ello permitiría que los órganos del Estado o sus servidores públicos se atribuyan competencias, funciones o atribuciones según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas. Situaciones éstas en contravía del Estado de Derecho que como principio fundamental*

establece la Constitución Política de Colombia". (Negrillas del texto original).

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que al no haber otorgado la Constitución Política ni la ley al Auditor General de la República la facultad de solicitar la suspensión inmediata de los funcionarios sujetos a su control, por ejemplo los contralores territoriales, como si lo hace respecto del Contralor General en los artículos 268.8 Superior y 99 de la ley 42 de 1993, aquél no puede por analogía o por extensión asumir dicha atribución.

En consideración a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESPONDE:

"1. ¿La facultad de suspensión inmediata de funcionarios amparada en el criterio de verdad sabida y buena fe guardada, otorgada al Contralor General de la República es aplicable por extensión al Auditor General de la República respecto de las Contralorías Territoriales en el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal?.

El Auditor General de la República no puede asumir por extensión una competencia constitucional y legalmente atribuida al Contralor General de la República, pues no le ha sido otorgada explícitamente por la Constitución o por la ley.

2. En caso de ser procedente la suspensión, ¿cuál autoridad estaría llamada a hacer efectiva la suspensión ordenada por el Auditor General de la República, respecto de los contralores territoriales?."

Al no tener el Auditor General de la República competencia para solicitar la suspensión inmediata de los contralores territoriales, por sustracción de materia no se dan los supuestos de esta pregunta.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala