



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20171100009401.

Fecha: 22-03-2017

2017000140

Bogotá, D.C;

110

Señor

**JORGE MORENO GRANADOS**

Jorgemorenoc50@hotmail.com

Calle 5BN No. 15AE-17

Barrio San Eduardo

Cúcuta, Norte de Santander

**Asunto:** Respuesta consulta

Respetado señor Moreno

De conformidad con la consulta elevada, donde solicita, entre otros, se conceptué si la Auditoría General de la República tiene facultades de intervención sobre los fallos de responsabilidad fiscal dictados por la Contraloría Municipal de Cúcuta, entiéndase facultades de intervención, aquellas de revocar y dejar sin efecto fallos, aquellas de ordenar seguir con el proceso fiscal, de denunciar penal y disciplinariamente a los funcionarios cuando se advierta actos contrarios a la ley en los fallos, aquellas que les permitan asumir directamente la investigación fiscal en un acto de poder preferente. De igual forma, solicita se le informe si para iniciar actuaciones contra funcionarios de ese ente de control se requiere de queja de parte interesada.

Acorde con sus inquietudes, de manera atenta nos permitimos referirnos al tema bajo las siguientes consideraciones jurídicas.

• **CONSIDERACION PRELIMINAR**

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de



la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

#### • CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA

En primer término, debe señalarse que si iniciada una indagación preliminar y se establecen los elementos para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, es decir, se acredita la existencia de un daño patrimonial y los indicios sobre los autores del mismo, precedidos de la condición de gestores fiscales, resulta procedente ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, pero si no se encuentran acreditados tales elementos, debe ordenarse el archivo de la investigación.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta que los distintos interrogantes planteados en la presente solicitud, obedecen a una misma materia, no obstante las diferentes maneras de plantear las preguntas, esta Oficina Jurídica reitera la posición jurídica asumida mediante concepto 110.059.2007, donde se trata de manera amplia y conjunta inquietudes como las planteadas en su consulta, así:

#### **"DE LA GESTIÓN FISCAL – PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

*Como primer aspecto, es importante determinar que el control fiscal es una función pública mediante la cual se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; ejercida en forma posterior y selectiva; incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales.*

*Como se observa, el objeto y límite del control fiscal ejercido por las entidades competentes para ejercer tal vigilancia, es la gestión fiscal, ha sido ésta definida por la ley y la jurisprudencia en los siguientes términos:*

**ARTÍCULO 3º. GESTIÓN FISCAL.** Para los efectos de la presente ley, se entiende por **gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen a administran recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del**

estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, mortalidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.<sup>1</sup> (Negrilla nuestra)

En sentencia C-529, la Corte Constitucional expresó:

*El concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se encierra a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el contador 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.*

*De la definición legal y jurisprudencia se extrae sin lugar a equívocos que la gestión fiscal se circunscribe al conjunto de actividades para el manejo o administración de los recursos o fondos públicos; o mejor, que las actuaciones administrativas constitutivas de gestión fiscal son aquellas sobre las que la persona tiene posición de garante frente a los bienes del Estado. En otras palabras que el sujeto encargado funcionalmente de ejercer la actividad administrativa, debe estar facultado para disponer y administrar los bienes o fondos públicos bien sea por la ley, un contrato o a través de una relación legal y reglamentaria<sup>2</sup>.*

(...)

*Diferente a lo anterior, es claro que la función propiamente dicha de administrar justicia por parte de los jueces, escapa al ejercicio de la gestión fiscal como quiera que la actividad jurídica intelectual sobre la cual recae la función jurisdiccional no requiere de la administración o manejo de bienes del Estado como tal, y de contera no es posible endilgar una posible responsabilidad fiscal; salvo la que pueda darse con la pérdida de los bienes asignados para el desarrollo de la función judicial (computadores, impresoras, etc), lo que escapa a su labor de administrar justicia propiamente dicha.*

*Ahora bien, no obstante lo establecido en los acápites anteriores, respecto del control a los procesos de responsabilidad fiscal, es importante determinar que, el ejercicio del mismo se limita a lo determinado por el legislador en las normas regentes para la materia.*

*Es decir que, con fundamento en el ejercicio el proceso auditor no es jurídicamente viable que se extralimiten las funciones; al punto de convertirse el organismo de control en instancia de revisión, y mucho menos para que se invadan competencias propias del superior jerárquico, del juez*

<sup>1</sup> Ley 610 de 2000

<sup>2</sup> "La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y de los particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. <Advirtiéndose que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que, Hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento de la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que, si un apersona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes y rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallen a su cargo el proceso a seguir no será el de responsabilidad fiscal, pues, como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos." (C-840 de 2001)

constitucional o de lo contencioso administrativo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la Constitución Política de 1991 modificó la forma de ejercer el control fiscal previo que traía la constitución de 1886, estableciendo que se ejercerá de forma posterior y selectiva, generando así una plena autonomía del funcionario competente dentro del proceso a su cargo.

En relación con esta autonomía funcional de las entidades competentes para el desarrollo del ya mencionado proceso, esta dependencia jurídica considera que, si bien es cierto, la lectura, interpretación y valoración efectuada por éstas de los variados elementos para fundar sus decisiones, es un ejercicio mental, plenamente subjetivo y racional, también lo es que no puede quedar al libre albedrío del funcionario sustanciador; por el contrario, el análisis debe contar con un raciocinio jurídico, coherente y ajustado a derecho, por lo que esa autonomía no debe ser ajena a las fuentes del derecho.<sup>3</sup>

Contraría lo anterior el hecho de derivarse un posible hallazgo disciplinario por una decisión judicial (léase para este caso administrativa), en la medida en que sería tanto como investigar y sancionar el criterio y postura jurídica del funcionario encargado. Y bien, esto no quiere decir que todas las decisiones sean correctas y sobre el funcionario no vaya a recaer ninguna consecuencia; pero para ello existen los recursos propios del Código Contencioso Administrativo del artículo 50 y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el contencioso para atacar las decisiones contrarias a derecho, además de existir otro tipo de consecuencias que no vienen al caso indicar.

En cuanto a la autonomía investigativa, valorativa e interpretativa de los jueces y una correlativa investigación disciplinaria, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, lo que para efectos de los funcionarios encargados del proceso de responsabilidad fiscal, a nuestro juicio.

*"La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno. Si se comprueba la comisión de un delito al ejercer tales atribuciones, la competencia para imponer la sanción es la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria. Ello resulta de la autonomía garantizada en los artículos 228 y 230 de la Constitución."*<sup>4</sup>

De la misma manera, en relación con las posibles vulneraciones de las garantías constitucionales dentro del proceso de responsabilidad fiscal, esta oficina jurídica comparte la postura doctrinal del Consejo de Estado, quien ha señalado que no es mediante el ejercicio del control fiscal y más concretamente dentro del proceso auditor que se deben salvaguardar tales garantías.

### Sobre el particular:

*"El control del cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa de los inculcados no está comprendido dentro del objeto del control fiscal; la protección de dichos derechos corresponde bien a los superiores jerárquicos, a través de la definición de los recursos de la vía gubernativa, o a las autoridades judiciales*

<sup>3</sup> En cuanto a la interpretación normativa, se pone de relieve lo establecido por el legislador en el Código Civil, artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. C-417 de 1993

*mediante las acciones de tutela o contenciosos administrativos, sin perjuicio de que la violación de aquellos incida negativamente en la gestión fiscal de las contralorías vigiladas*<sup>5</sup>.

Por tanto, el ente fiscalizador es independiente y autónomo, lo cual excluye cualquier tipo de participación de esta entidad en el desarrollo de las funciones que le han sido encomendadas a los referidos organismos. La autonomía conlleva capacidad de decisión y de ejercicio de la función encomendada, sin ninguna clase de injerencia, participación o intervención de ningún otro organismo o entidad; su reconocimiento conlleva facultad para actuar y decidir autónomamente, dentro del marco de la Constitución y de la ley, sin sujeción a ninguna clase de parámetros externos distintos de los señalados por el propio ordenamiento jurídico.

Sobre este particular, resulta preciso tener en cuenta lo dispuesto en Sentencia C-113 de 1999 de la Corte Constitucional, en cuanto dispone que las contralorías no pueden participar en la gestión de sus vigilados, lo cual es perfectamente viable aplicar a la Auditoría General de la República respecto de las contralorías vigiladas.

En efecto, esa Alta Corporación expresó:

*"...Si el ente que controla ayuda también a tomar la decisión de carácter administrativo, la sugiere, la propicia o la presiona, o induce modificaciones a los iniciales propósitos de la entidad vigilada, está impedido para cumplir adecuadamente su labor. No puede confundirse al operador administrativo con el ente que vigila y controla la integridad de lo actuado por aquél.*

*(...) La tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función".*

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Auditoría General de la República, no puede participar, validar, refrendar o autorizar actuaciones subjetivas y específicas como las consultadas dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, porque de hacerlo, se estaría coadministrando en la labor misional de esa entidad, lo cual está expresamente prohibido en el control fiscal.

Como conclusión, se debe resaltar que la Auditoría General no puede proceder como instancia de revisión, para modificar, revocar o confirmar las decisiones de

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 28 de febrero de 2002, C.P. Susana Montes de Echeverry. Rad. 1392.

las contralorías, como tampoco ejercer funciones de control que competen a otras jurisdicciones como la contenciosa administrativa, pues es esta la función que la ley le ha asignado.

No existe duda, pues, que la Auditoría General no puede modificar las decisiones de fondo proferidas dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que lo que se trata es de revisar si en los procesos que adelantan esas contralorías, se realiza una gestión eficiente y eficaz y que las actuaciones desplegadas se rijan a los términos de ley, sin desconocer que si se advierten hechos constitutivos que ameriten investigaciones penales o disciplinarias, deberá promoverse las acciones ante los organismos correspondientes.

Cabe precisar que en los procesos de responsabilidad fiscal debe garantizarse el debido proceso, razón por la cual los organismos de control, al momento de recaudar los elementos probatorios que servirán de base para endilgar la responsabilidad fiscal y en general al adelantar el procedimiento respectivo, deberán hacerlo con plena observancia de los derechos y garantías fundamentales de los implicados. Lo anterior, previendo eventuales nulidades procesales, como mecanismo extremo que debe ser resuelto por el operador jurídico tendiente a subsanar irregularidades o vicios presentados en el proceso, cuya magnitud y trascendencia sean tales que lo afecten en su estructura o transgredan las garantías fundamentales de las personas.

El artículo 29 Superior es claro en determinar que *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”*.

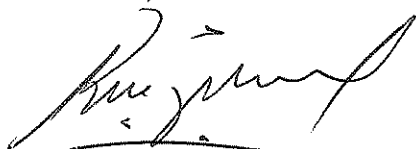
Ahora bien, si usted quiere interponer alguna queja a efectos que se investigue la conducta de los funcionarios que eventualmente pudieron transgredir el ordenamiento jurídico, bien puede hacerlo directamente ante el Procurador Regional de Norte de Santander, organismo con competencia para iniciar las respectivas investigaciones de orden disciplinario.

Por último, debemos agregar que, en consideración a que este Despacho no cuenta con la totalidad de las actuaciones administrativas efectuadas al interior del proceso que se adelanta por la respectiva contraloría y que no le asiste la competencia para determinar si los trámites y procedimientos están apegados al ordenamiento jurídico instituido, este concepto se emite en forma general y abstracta con el propósito de aportar elementos de juicio para orientar el asunto objeto de consulta.

Bajo las anteriores consideraciones esperamos haber resuelto las inquietudes planteada, reiterándole que las opiniones vertidas en el mismo, son proferidas con

criterio orientador y sin carácter vinculante, dado que conforme a nuestras funciones constitucionales y legales, no podemos tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal.

Cordialmente,



**ROBERTO ARRAZOLA MERLANO**  
Director Oficina Jurídica

Copia: Dra. Ana Milena Pacheco, Gerente Seccional VII- Cúcuta.

