



Radicado No: 20181100011501

Fecha: 23-04-2018

Bogotá,
110

RN 94338835300

Doctor
HECTOR ROLANDO NORIEGA LEAL
Subcontralor Municipal de Bucaramanga
Carrera 11 núm. 34 – 52 Fase II Piso 4
contactenos@contraloriabga.gov.co
Bucaramanga - Santander

Referencia: Radicado núm. 2018-233-001366-2 / Solicitud de concepto jurídico
SIA - ATC 2018000235

Respetado Subcontralor,

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Entidad, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde se reglamentan las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

“Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad”.

Es necesario manifestar que este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que se ejerce un control posterior y selectivo de la gestión fiscal. Por lo anterior no se emiten conceptos de situaciones particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia.

Página 11 de 15

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre el tema, pasa esta Oficina Jurídica a formular algunas consideraciones de manera general y abstracta teniendo en cuenta las inquietudes formuladas por usted.

A. Síntesis de la consulta

En atención a su solicitud del concepto referido en el asunto, sobre las siguientes inquietudes planteadas:

"1. ¿Puede un equipo auditor de una seccional regional de la AGR en ejercicio de una auditoría especial a procesos de responsabilidad fiscal de una Contraloría Territorial determinar observaciones y hallazgos disciplinarios y penales fundamentado en que no comparten los apartes considerativos o que hay inconsistencias en las consideraciones de un auto de archivo o de un fallo sin responsabilidad fiscal? 2. ¿Está dentro de las funciones de un equipo auditor de la AGR cuestionar y/o reprochar las decisiones de fondo que se tomen en procesos de responsabilidad fiscal por parte de sus sujetos auditados? Si es así cuál es el fundamento jurídico? 3. Una vez recibidas en la AGR denuncias o quejas sobre posibles irregularidades en nombramientos y posesiones de funcionarios en contralorías territoriales sujeto de control, ¿Es deber de la seccional competente iniciar auditoría especial definiendo observaciones y hallazgos al respecto o puede obviar el ejercicio auditor de investigación y remitir directamente este tipo de denuncias y quejas a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia? 4. ¿Está dentro de las funciones de los equipos auditores de la AGR el revisar el fondo de las decisiones en firme que se toman en procesos de responsabilidad fiscal en cada una de las contralorías territoriales que son sus sujetos de control? 5. ¿Si un equipo auditor en ejercicio de una auditoría especial define presuntas inconsistencias en las consideraciones tomadas en autos de archivo o fallos sin responsabilidad fiscal debe trasladar en garantía del debido proceso y derecho de defensa observaciones y hallazgos a los presuntos responsables y autores de estos actos administrativos o puede obviar tal actuación y remitir a los entes de control penal (fiscalía) y disciplinario (procuraduría) las anteriores apreciaciones? 6. Si el equipo auditor de la AGR no hizo traslado de observaciones ni hallazgos a los presuntamente responsables de inconsistencias en las consideraciones de los autos de archivo o fallos sin responsabilidad de la contraloría territorial auditada ¿En qué tipo de ilegalidades se estaría incurriendo? 7. Si el equipo auditor de la AGR en una auditoría especial no puede reprochar ni cuestionar el fondo o las consideraciones que toma un operador jurídico dentro de los procesos de su conocimiento, ¿En qué ilegalidades y/o delitos podría incurrir si así lo hicieran?"

B. Consideraciones preliminares de la Oficina Jurídica

Teniendo en cuenta que los distintos interrogantes planteados en la presente solicitud, específicamente los contenidos en los numerales 1, 2, 4, 5, 6 y 7 obedecen a la misma materia, no obstante a las diferentes maneras de plantear las preguntas, la Oficina Jurídica reitera la posición asumida mediante los conceptos 110.059.2007 y 110.015.2016, donde se trata de manera amplia y conjunta inquietudes como las planteadas en su oficio, así:

"En relación a la competencia la Auditoría General de la República, ésta tiene una función establecida por la Constitución Nacional en su artículo 274, que al tenor literal reza:

<<Artículo 274. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para periodos de dos años por el Consejo de Estado, de tema enviada por la Corte Suprema de Justicia.

La Ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal>>

En desarrollo del precepto constitucional el legislador expidió la Ley 106 de 1993, cuyo artículo 81 determinó la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa de la Contraloría General de la República, como una dependencia adscrita y subordinada al Contralor General. Sin embargo mediante sentencia C-499 de 1998, la Corte Constitucional declaró inconstitucional dicha norma por cuanto vulneraba la necesaria autonomía e independencia que se exigía del órgano de control fiscal.

De la mencionada sentencia de inconstitucionalidad cabe traer a cita un aparte referido al alcance del que hacer misional de la Auditoría General de la República:

<<Aunque la norma constitucional no especifica en qué términos debe desarrollarse la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República por parte del auditor, la vigencia del principio de legalidad y de los principios de moralidad y probidad en el manejo de los recursos y bienes públicos impone concluir que la anotada vigilancia debe producirse con la misma intensidad y de conformidad con los mismos principios que regulan el control fiscal que la Contraloría General de la República realiza frente a las restantes entidades y organismos del Estado. Si ello es así, la auditoría a que se refiere el artículo 274 de la Constitución Política debe contar con todas aquellas garantías de autonomía que el Estatuto Superior depara a los órganos que llevan a cabo la vigilancia de la gestión fiscal en Colombia para la realización de sus funciones>>

Como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad, el Gobierno Nacional, en virtud de las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 573 de 2000, profirió el Decreto Ley 272 de 2000, por el cual se creó la Auditoría General de la República, como un ente autónomo en los siguientes términos:

10/01/2018

<<Artículo 1.- Denominación y naturaleza. La Auditoría General de la República es un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, el cual está a cargo del Auditor de que trata el artículo 274 de la Constitución Política>>

Respecto del ámbito de competencia señaló de manera puntual lo siguiente:

Artículo 2.- Ámbito de competencia: *Corresponde a la Auditoría General de la República ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales, en los términos que este Decreto establece.*

Artículo 5.- Función. *Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de los organismos de control señalados en el artículo segundo, conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos en la Constitución, para lo cual el Auditor General fijará las políticas, prescribirá los métodos y la forma de rendir cuentas y determinará los criterios que deberán aplicarse para la evaluación financiera, de gestión y de resultados, entre otros, de conformidad con lo que para el efecto dispone este Decreto.*

La Corte Constitucional en Sentencia C-1176 de 2004 efectuó las siguientes contundentes y definitivas precisiones de derecho respecto de la competencia que tiene la Auditoría General frente a la Contraloría General, en los siguientes términos:

<<Es claro entonces, que por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución. También le corresponde a la Auditoría, la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías departamentales; y, de manera excepcional, ejerce vigilancia sobre las cuentas de las contralorías municipales y distritales, sin perjuicio del control que le corresponda a las contralorías departamentales, en los términos que establezca el legislador. Atribución que le corresponde ejercer a la Auditoría, respecto de la Contraloría General y las territoriales, de conformidad con los mismos principios y sistemas de control fiscal establecidos en la Constitución y la ley para todas las entidades y organismos del Estado>>¹

En concepto emitido por esta oficina en el año 2007, respecto a la competencia de la AGR en la gestión del proceso de responsabilidad fiscal, se señaló lo siguiente:

¹ Auditoría General de la República. Concepto Oficina Jurídica núm. 110.015.2016 Competencia y vigilancia de la AGR al proceso de RF – 2015-01314.



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 de forma posterior y selectiva²; 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 está definida por la ley y la jurisprudencia en los siguientes términos:

<<ARTICULO 3o. GESTION 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 o administren 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, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales³>>

Así mismo, en Sentencia C-529 de 1993 la Corte Constitucional definió Gestión Fiscal de la siguiente manera:

El concepto de **gestión fiscal** alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza 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 jurisprudencial se extracta 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

2 Énfasis (Cursiva y subrayado) por fuera del texto original.

3 Ley 610 de 2000. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000.



Página 3 de 5

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 reglamentaria⁴.

Ahora, en relación con la actividad que desempeñan las contralorías en ejercicio del control fiscal y más exactamente en los procesos de responsabilidad fiscal, que son de naturaleza resarcitoria, es claro que los funcionarios encargados de llevar a cabo el proceso ejercen gestión fiscal en la medida en que la naturaleza del procedimiento lo determina y porque su actividad al ser recaudadora de bienes o fondos públicos debe ser realizada con eficiencia, eficacia y economía.

(...)

Ahora bien, no obstante lo establecido en los acápite 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 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

⁴ “La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y 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 en la forma y condiciones prescritos por la ley. La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.” Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001.

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 derecho⁵.

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 de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho para atacar las decisiones contrarias a derecho, además de existir otro tipo de consecuencias que no viene 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, es 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 competente 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”⁶.

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 deban 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 corresponden bien a los superiores jerárquicos, a través de la definición de los recursos de la vía gubernativa, o a las autoridades judiciales mediante las acciones de tutela o contenciosos administrativas, sin perjuicio

⁵ 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.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 1993.



de que la violación de aquellos incida negativamente en la gestión fiscal de las contralorías vigiladas”⁷.

La Oficina Jurídica de la AGR considera en ese orden de ideas, que 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 esta oficina también señaló en el mismo concepto⁸ lo siguiente:

(...) 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 a las contralorías vigiladas.

En efecto, esa Alta Corporación expresó:

“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”⁹.

Concluyó en ese momento esta oficina, situación que hoy seguimos considerando ajustada a derecho que “... la Auditoría General de la República, no puede participar,

7 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 28 de febrero de 2002, C.P. Susana Montes de Echeverry. Radicado. 1392.

8 Auditoría General de la República. Concepto Oficina Jurídica núm. 110.015.2016 Competencia y vigilancia de la AGR al proceso de RF – 2015-01314.

9 Corte Constitucional. Sentencia C- 113 de 1999.

validar, refrendar o autorizar actuaciones subjetivas y específicas propias de la gestión de sus sujetos vigilados, porque de hacerlo, se estaría coadministrando en la labor misional de esa entidad, lo cual está expresamente prohibido en el control fiscal”.

Por ende, no es competencia de la AGR trasladar en garantía del debido proceso y derecho de defensa observaciones y hallazgos a los presuntos responsables y autores de los actos administrativos, así como tampoco le atañe remitir directamente a los entes de control penal y disciplinario sus apreciaciones de su gestión fiscal porque ésta no se lo permite.

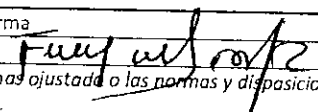
Respecto al cuestionamiento núm. 3, la Oficina Jurídica considera que desde el punto de vista misional de la Auditoría General de la República se podrá remitir directamente las presuntas irregularidades en nombramientos y posesiones a la Procuraduría General de la Nación y a la Comisión Nacional del Servicios Civil para lo de su competencia, podría además la AGR incluir como muestra de auditoría, cualquiera que sea su modalidad, las denuncias y quejas al respecto en el desarrollo de su ejercicio posterior y selectivo.

Bajo las anteriores consideraciones esperamos haber resuelto las inquietudes planteadas, reiterándole que las opiniones vertidas en el mismo, son proferidas con criterio orientador y sin carácter vinculante, dado 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.

Atentamente,



CARLOS ÓSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director oficina

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Felipe Andrés Sánchez Cotes, Profesional Universitaria		12/03/2018
<i>Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para lo firma.</i>			