

Universidad de San Buenaventura Cali

Aspectos
constitucionales del

CONTROL

FISCAL

en Colombia

Franklin Moreno Millán

Aspectos constitucionales del control fiscal en Colombia



UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI

Aspectos constitucionales del control fiscal en Colombia

Franklin Moreno Millán

2012

Moreno Millán, Franklin

Aspectos constitucionales del control fiscal en Colombia – Cali : Editorial Bonaventuriana, 2012.

90 p.

Incluye referencias bibliográficas
ISBN: 978-958-8785-00-4

1. Control fiscal – Colombia 2. Finanzas públicas – Colombia I.Tit.

336.861 (DD 23)

M843

© Universidad de San Buenaventura
 Editorial Bonaventuriana

Aspectos constitucionales del control fiscal en Colombia

© Autor: Franklin Moreno Millán,
Grupo de investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (Gipcodep),
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de San Buenaventura Cali
Colombia

© Editorial Bonaventuriana, 2012
Universidad de San Buenaventura
Coordinación Editorial Cali
Calle 117 No. 11A-62
PBX: 57 (1) 520 02 99 - 57 (2) 318 22 00 - 488 22 22
e-mail: editorial.bonaventuriana@usbrecgen.edu.co
<http://servereditorial.usbcali.edu.co/editorial/>
Colombia, Sur América

El autor es responsable del contenido de la presente obra. Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso escrito de la Editorial Bonaventuriana.

ISBN: 978-958-8785-00-4

Tiraje: 300 ejemplares

Cumplido el depósito legal (Ley 44 de 1993, Decreto 460 de 1995 y Decreto 358 de 2000).

Impreso en Colombia - Printed in Colombia.

Agosto de 2012

*A Ana María, mi esposa,
por ese amor transparente que me da.*

Tabla de contenido

Introducción	9
El control fiscal	13
– Naturaleza del control fiscal	13
<i>Función autónoma del poder público</i>	13
<i>Función pública</i>	15
– Naturaleza administrativa del control fiscal en Colombia	16
<i>El origen del principio de la separación de funciones</i>	16
<i>La separación de funciones en la Constitución de 1991</i>	20
<i>La función de control y su naturaleza</i>	23
– Características del control fiscal	33
<i>Control posterior</i>	34
<i>Carácter selectivo</i>	35
– Principios del control fiscal	36
<i>De eficiencia</i>	38
<i>De eficacia</i>	39
<i>De economía</i>	40
<i>De valoración de los costos ambientales</i>	41
– Aspectos sobre los que recae el control fiscal	42
<i>Control financiero</i>	42
<i>Control de legalidad</i>	43
<i>Control de gestión</i>	43
<i>Control de resultados</i>	44
– Sujetos sobre los cuales recae el control	45
La Contraloría General de la República	49
– Naturaleza	49
<i>Autonomía administrativa</i>	50

<i>Autonomía contractual</i>	50
<i>Autonomía presupuestal</i>	51
<i>Funciones de la Contraloría General de la República</i>	52
El contralor general de la República	55
– Requisitos para ser contralor general.....	55
– Elección y periodo.....	57
– Régimen de inhabilidades e incompatibilidades.....	58
<i>Vigencia del régimen</i>	63
– Faltas del contralor general.....	63
<i>Faltas absolutas</i>	64
<i>Faltas temporales</i>	64
– Atribuciones del contralor.....	65
El auditor general de la República	71
– Elección y periodo.....	73
– Requisitos para ser auditor general.....	74
– Funciones.....	76
– Faltas del auditor general.....	78
<i>Faltas absolutas</i>	79
<i>Faltas temporales</i>	80
Conclusiones	83
Bibliografía	85
<i>Doctrinarias</i>	85
<i>Jurisprudenciales</i>	87
<i>Normativas</i>	89
<i>Otras referencias</i>	90

Introducción

La Constitución Política de Colombia de 1991 recogió el clásico principio de la separación de funciones pero, además de las tres clásicas funciones (legislativa, ejecutiva y judicial), le agregó tres nuevas atribuciones: de control, electoral y económica.

Entre esas nuevas funciones, el control fiscal tiene un papel preponderante en tanto representa la más cara expresión del principio de los controles recíprocos, que a su vez es base de la separación de funciones, así como de la transparencia que debe regir la conducta oficial.

Esta investigación, hecha desde la pura dogmática, pretende sistematizar las principales expresiones del control fiscal en Colombia. Para tal efecto, se divide en cuatro capítulos: el control, el contralor, la contraloría y el auditor general.

Asimismo, es una investigación científica descriptiva por cuanto su principal preocupación es detallar las características constitucionales (entiéndase fundamentales) del control fiscal en Colombia, así como las transformaciones que ha sufrido por la legislación y la jurisprudencia. Para tal fin se usarán criterios que permitan poner de manifiesto estas realidades.

El método aquí utilizado es el lógico inductivo porque, a partir de los casos concretos (leyes, jurisprudencia, doctrina) se pretende derivar razonamientos generales sobre el control fiscal en Colombia y postular principios que sirvan de base para abordar casos hipotéticos aún no considerados por la legislación y la jurisprudencia.

Se pretende ser lo más completo posible al analizar en forma exhaustiva el estado actual del arte. Lo anterior se conjugará con un examen de cada fenómeno por separado.

En el primer capítulo se habla de la naturaleza del control fiscal como función autónoma del poder público y se critica el tratamiento que tanto la ley como la jurisprudencia de la Corte Constitucional le han dado como si fuese una extensión de la labor administrativa del poder público.

En el segundo capítulo nos referiremos a la Contraloría General de la República como órgano de control y explicaremos tanto su naturaleza como sus funciones de vigilancia, para demostrar que cuenta con todas las condiciones para ser considerado órgano autónomo del poder público.

En el tercer capítulo se presenta la regulación constitucional de las funciones del contralor, los requisitos para acceder al cargo, su régimen de inhabilidades e incompatibilidades y las faltas tanto absolutas como temporales.

En cuarto y último lugar se aborda la figura del auditor general como funcionario que vigila el correcto desempeño del contralor general. Esta inclusión de la figura del auditor general no es casual ni inconexa. Precisamente, entre los aspectos relevantes del control fiscal en Colombia está, sin lugar a dudas, la gradación de los órganos que ejercen esta función. En esta dirección, el control fiscal se ejerce por la Contraloría General de la República respecto de los servidores públicos y de los particulares que administran recursos públicos, y la Auditoría General lo ejerce frente a la gestión fiscal de la Contraloría General.

Ni el orden ni los temas son casuales; con uno y otros se pretende ubicar al lector en los puntos centrales de análisis constitucional sobre el campo específico del control fiscal. Casi todas las referencias son jurisprudenciales, porque nuestra pretensión es mostrar el denominado derecho viviente, es decir, la realidad jurídica del control fiscal.

Esperamos que esta segunda publicación del Observatorio por la Transparencia, surgida del proyecto Corrupción y Control Fiscal en Santiago de Cali, coordinado por el profesor Germán Marín Zafra, dentro de la línea de investigación Transformaciones del derecho y la política en el ámbito de la gobernabilidad, suscite inquietudes y mueva a los lectores a profundizar en estos temas.

Agradezco al doctor Nicolás Orejuela Botero, ex-decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura Cali, su decidido apoyo al observatorio y a sus proyectos. Asimismo, al profesor Germán Marín Zafra, director del observatorio, por su confianza y estímulo; y, claro está, a Diana Bustamante, coordinadora de investigaciones de la Facultad de Derecho

y Ciencias Políticas, cuyo indiscutible liderazgo ha sido clave para este y para muchos otros proyectos de investigación.

Finalmente, doy mis agradecimientos a Jorge Caicedo, notario tercero de la ciudad de Cali, por facilitarme buena parte de la bibliografía y discutir conmigo los borradores iniciales.

Naturaleza del control fiscal

Función autónoma del poder público

De conformidad con los artículos 113 y 119 de la Constitución Política (en adelante CP), la Contraloría General de la República (en adelante CGR) ejerce la denominada función de control fiscal.

Esta función es una especie de la general *función de control* desarrollada por los denominados *órganos autónomos e independientes* y que, de conformidad con el desarrollo de la clásica teoría de la separación de funciones, viene a complementar las actividades legislativa, ejecutiva y judicial del poder público.¹

Si bien el Art. 113 de la CP nos dice que el poder público se compone de tres *ramas* y de unos *órganos autónomos e independientes*, en una distinción que pareciera dar cuenta de la jerarquización de las ramas sobre los órganos, lo cierto es que no sólo no son ramas sino funciones, sino que además, todas las funciones están horizontalmente distribuidas, con atribuciones separadas, con colaboración armónica y con controles recíprocos.

Entre las funciones expresamente reconocidas por la Constitución² están la legislativa, la ejecutiva, la judicial (funciones clásicas), la de control, la electoral y la económica (funciones contemporáneas).

-
1. Para nosotros la ficción de las ramas del poder público utilizada en el Art. 113 no sólo es innecesaria sino contradictoria. Por nuestra parte, preferimos acudir a la idea de la separación de funciones por ser técnica y lo suficientemente ilustrativa.
 2. Hay funciones expresamente reconocidas como las enunciadas en los artículos 113 y s.s. y funciones tácitamente reconocidas, que serían las ejercidas por órganos autónomos e inde-

Sobre el origen tripartito de funciones y la consagración de nuevas actividades, la más autorizada doctrina señala que “*se han distinguido tradicionalmente tres funciones fundamentales del Estado que tienen, por lo demás, el carácter de funciones jurídicas: la función legislativa, la función administrativa o ejecutiva y la función jurisdiccional o judicial. Es esta la tridivisión clásica, cuyos orígenes encontramos en los griegos y cuyo moderno planteamiento se debe en gran medida a Montesquieu. Pero, posteriormente, en la época contemporánea muchos autores y legisladores han hablado –e incluso han consagrado– otras funciones adicionales, dada la trascendencia de las mismas, como es el caso de la función constituyente, de la electoral o de la fiscalizadora*” (Naranjo, 2010, p. 245).

Expresa el Art. 113 lo siguiente:

Art. 113. Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

La función de control, en los términos del Art. 117, es ejercida por dos órganos:

Art. 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control.

Por su parte, separando el control disciplinario del fiscal, expresa el Art. 119 lo siguiente:

Art. 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

Lo anterior se complementa con lo establecido en el Capítulo I del Título X, artículos 267 y s.s. de la CP, que reglamentan lo concerniente al ejercicio del control fiscal en Colombia.

Conforme lo anterior, es claro que la función de control, en este caso control fiscal, al ser ejercida por uno de los denominados *órganos autónomos* del poder público, al tener un campo de acción distinto al de las otras funciones, y al

pendientes como la Comisión Nacional del Servicio Civil (función pública) o la función de inspección, vigilancia y control en cabeza del Gobierno Nacional.

contar con medios y procedimientos propios para su ejercicio, se convierte en una función específica del poder público.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al decir que el principio de la separación de funciones en la CP de 1991 tiene el triple propósito de “*buscar mayor eficiencia en el logro de los fines propios del Estado constitucional de Derecho, determinar las diferentes competencias de manera que una vez limitadas se constituyeran en controles de las distintas ramas entre sí, y defender la libertad del individuo y de la persona humana*” (Corte Const., SC-557, 2009).

Adicional a ese triple propósito, señala el Art. 113 que existen otros órganos, autónomos e independientes, que desarrollan las demás funciones del Estado. Entre tales órganos se encuentra la Contraloría General, que tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares que administran recursos públicos.

Como bien lo recuerda la Corte, “*la misma Constitución ha determinado que la Contraloría es una entidad de carácter técnico, que no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización; y también le otorga autonomía administrativa y presupuestal, como un reflejo de la estructura orgánico-funcional básica del Estado*” (id).

Función pública

El concepto de función pública tiene, dentro de la CP de 1991, tres grandes significados: 1) como función particular del poder público (Arts. 113 y 130, concepto funcional); 2) como conjunto de actividades desarrolladas por los servidores públicos (Arts. 122, 124 y 209, concepto material); y 3) como conjunto de servidores públicos que prestan sus servicios a la administración pública (Arts. 6, 125 y 128, concepto orgánico).

En el caso del control fiscal, es función pública porque es una actividad especial del poder público. Así como la legislativa, la ejecutiva o la judicial, el control fiscal es una de las funciones constitucionalmente asignadas al poder público.

Asimismo, es función pública en tanto tiene unas competencias o materias específicamente señaladas, tanto en la Constitución como en la ley, lo cual es manifestación del principio de legalidad de la función pública previsto en los Arts. 6 y 122 de la CP.

Finalmente, porque esta actividad es desarrollada por unos servidores públicos, de régimen especial, con la autonomía necesaria para ejercer su actividad sin la injerencia indebida de otros órganos.

Así lo reitera el artículo 4º de la Ley 42 de 1993 cuando expresa lo siguiente:

Art. 4o. El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Naturaleza administrativa del control fiscal en Colombia

El origen del principio de la separación de funciones

Fundamento teórico

El principio de la separación de funciones,³ fundamento del constitucionalismo contemporáneo, tuvo su origen en el constitucionalismo liberal de los siglos XVI y XVII, especialmente con las obras de John Locke y Charles Louis de Montesquieu (Rodríguez-Zapata, 1996).

Algún sector de la doctrina considera que su origen se remonta a la obra de Aristóteles (Gellinek, 1999)⁴. La teoría de las tres partes del poder del Estado, según la lectura que se hace de *La Política*, sería fundamento incuestionable del origen clásico de este principio.

Sin embargo, una lectura menuda de la obra de Aristóteles nos demostrará que, aunque el estagirita prevé la existencia de tres funciones, no concibe la separación funcional entre estas.

Prueba de lo primero es que Aristóteles justifica la existencia de una Constitución en la necesidad de organizar políticamente la sociedad cuando expresa que: “(...) **La constitución del Estado tiene por objeto la organización de las magistraturas, la distribución de los poderes, las atribuciones de la soberanía, en una palabra, la determinación del fin especial de cada asociación política**” (Aristóteles, s.f.). (Negrilla fuera de texto).

3. Hemos convenido utilizar esta denominación y no la clásica *división del poder* por razones que se expondrán más adelante.

4. En el mismo sentido Naranjo Mesa, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. (12ª edición). Bogotá D.C.: Temis. (p. 258).

De manera más precisa, describe en los capítulos siguientes la función de cada uno de los tres poderes, para señalarles atribuciones específicas que permitan diferenciarlos entre sí y, a su vez, según sea su ordenación, hacer la clasificación de los diferentes tipos de Estado.

En relación con el poder legislativo, manifiesta: *“En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos”* (Aristóteles, s.f.). Sobre el poder ejecutivo, expresa que *“A la cuestión de la organización de la asamblea general debe seguir la relativa a las magistraturas. Este segundo elemento de gobierno no presenta menos variedad que el primero desde el punto de vista del número de sus miembros, de su extensión y de su duración”* (Id.). Finalmente, sobre el poder judicial, nos dice que *“De los tres elementos políticos antes enumerados, sólo nos resta hablar de los tribunales”* (Id.).

Al margen de esta clasificación, de por sí muy valiosa, hay que expresar que Aristóteles no concibió una separación funcional permanente de los diversos órganos señalados que permitiera reconocer la titularidad de la función, amén de no ser exclusiva, por lo menos ontológicamente, sino que en su sistema existía la posibilidad de que varias funciones estuvieran en cabeza de una misma magistratura. Según señala Loewenstein (1994, p. 56), *“los griegos no parecen haberse alarmado ante el hecho de que la ekklesia ateniense realizara simultáneamente funciones legislativas, ejecutivas y judiciales”*.

De este modo, y aunque según señalan algunos (Gellinek. 1999, p.358), en el sistema griego, *“a sujetos distintos deben corresponder funciones diferentes”*, lo cierto es que los constitucionalistas clásicos no le encontraron reparo a la promiscuidad en el ejercicio de las competencias, en tanto ellos, así como los romanos, no reconocieron derechos inviolables del individuo frente al aparato estatal ni reconocieron que, por principio de representación, los órganos sólo pueden desempeñar las tareas que previamente les han sido asignadas.

Muy al contrario, el constitucionalismo liberal se trenza en una lucha contra el absolutismo monárquico que desemboca en la identificación del principio de separación del poder con la libertad de los individuos frente al Estado.

Aunque el mayor aporte se encuentra en la obra de Montesquieu, en su *Ensayo sobre el gobierno civil*, Locke plantea la necesidad de separar las funciones legislativa y ejecutiva, tras considerar que, si se dejase atribuida la competencia

para su apreciación al mismo órgano encargado de hacerla, se correría el peligro de que estas se hiciesen y aplicasen de acuerdo con intereses personales y no en beneficio de la comunidad. Así, manifestaba que *“además, tampoco es conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas”* (1944, p. 165).

Pese a tan claro aporte, es Montesquieu (1944, p. 150) quien da el paso decisivo cuando retoma las ideas de Aristóteles y Locke sobre la existencia de tres actividades, al expresar que *“en cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”*; pero, a diferencia de ellos, las asigna a órganos separados entre sí.

De este modo, la función está asignada de manera permanente a un órgano, y además dicho órgano es identificado con el desarrollo de dicha función. Al respecto se puede leer lo siguiente: *“Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; [...] si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”* (Id. p. 150).

Esa separación de poderes implica el respeto por las competencias de cada uno, por su especialidad. Sin embargo, y aunque suene paradójico, Montesquieu no fue partidario de una separación rígida según la cual cada órgano ejerciera de manera exclusiva y excluyente la función asignada sino que, aunque separados los poderes, pudiera existir entre ellos una colaboración armónica y unos controles recíprocos, es decir, estamos ante una separación flexible de los poderes. No a otra conclusión se puede arribar cuando manifiesta que *“el cuerpo legislativo no debe reunirse por sí mismo, sino cuando es convocado; [...]. Ni ha de tener el derecho de disolverse él mismo, porque podría ocurrir que no se disolviera nunca; [...]. Si el poder ejecutivo no tiene el derecho de contener los intentos del legislativo, éste será un poder despótico, porque pudiendo atribuirse toda facultad que se le antoje, anulará todos los demás poderes”* (Id. p. 155).

Es claro, entonces, que desde el constitucionalismo liberal, separación de funciones, colaboración armónica y frenos y contrapesos forman parte de un mismo engranaje.

Fundamento normativo

El fundamento normativo del principio de separación de funciones, contrario a lo que muchos expresan (Loewenstein, 1994; Naranjo, 2010), no tiene su origen en el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia de 1789, sino que lo encontramos en las constituciones de Massachusetts y New Hampshire en los Estados Unidos de Norteamérica.

En la primera de ellas, que data de 1780, se expresa en el Art. 30 lo siguiente:

*Art. XXX. In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men.*⁵

A su vez, en la Constitución de New Hampshire, tan sólo tres años más tarde (1783), se dijo:

*Art. 37. Separation of Powers. In the government of this State, the three essential powers thereof, to wit, the Legislative, Executive, and Judicial, ought to be kept as separate from, and independent of, each other, as the nature of a free government will admit, or as is consistent with that chain of connection that binds the whole fabric of the Constitution in one indissoluble bond of union and amity.*⁶

Posteriormente vendría la declaración francesa de 1789, en cuyo Art. 16 se estableció nuevamente el principio de la separación de funciones en los siguientes términos:

*Article XVI. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*⁷

Con estos antecedentes teóricos y normativos podemos pasar a señalar las expresiones que en la actualidad se reconocen de este principio.

Concepción del principio

El principio de separación de funciones tiene actualmente dos grandes expresiones: un principio rígido y uno flexible.

5. Recuperado el 01-06-2011 de www.mass.gov/courts/sjc/constitution_and_slavery.html - United States

6. Recuperado el 01-06-2011 de www.nh.gov/constitution/constitution.html

7. Recuperado 01-06-2011 de www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp.

El primero de ellos, según nos recuerda la Corte Constitucional, “*asume que una definición precisa y balanceada en la cual cada órgano cumple un papel diferente, es una condición suficiente para mantener a dichos órganos del poder dentro de sus límites constitucionales. Por lo tanto, la separación funcional rígida es la estrategia que permite asegurar las libertades de los ciudadanos. Este modelo parte de la premisa según la cual el equilibrio de los poderes es una consecuencia natural de la autonomía de órganos con funciones legalmente bien delimitadas. De resto, el control que ejerce un órgano sobre otro en relación con el cumplimiento de sus propias funciones, es básicamente un control político, que se da de manera tanto espontánea como ocasional, y sólo frente a casos extremos*” (SC-971, 2004).

Este modelo, sin embargo, tiene el gran problema que, al establecer órganos sin vínculo entre ellos, sin un control recíproco, los condena “*fatalmente a la lucha; y como de estos dos poderes uno estará necesariamente peor armado que su rival, éste absorberá aquél*” (García, 1998, p. 45).

Conforme con el segundo de los modelos, “*la delimitación rígida de las funciones constitucionales es insuficiente para garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales e impedir el ejercicio arbitrario del poder. Desde dicha perspectiva, este modelo le otorga un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interorgánicas recíprocas, como reguladores constantes del balance entre los poderes públicos (Sistema de checks and balances)*” (Corte Const., SC-971, 2004).⁸

Sobra decir que en el caso colombiano tenemos una separación flexible, complementada por la colaboración armónica y los controles recíprocos. Sobre este principio y la función de control como función administrativa de control versa, precisamente, el siguiente apartado.

La separación de funciones en la Constitución de 1991

Enunciado constitucional: Artículo 113

De conformidad con el Art. 113 de la CP, el poder público se compone de tres ramas y de otros órganos, que reciben la adjetivación de *autónomos e independientes* y que, al decir del artículo, cumplen *las demás funciones del Estado*. Esta ficción de las ramas, construida sin el más mínimo rigor semántico por parte de

8. Ver un análisis del principio de frenos y contrapesos y su aplicación en el caso colombiano en Moreno Millán, Franklin. (2005). “Reelección presidencial inmediata y checks and balances”: *Observatorio*, No. 3, p. 15-29.

la Asamblea Constituyente, es el punto de partida para el estudio de la organización del poder público en Colombia, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional.⁹ Expresa el Art. 113 lo siguiente:

Artículo 113. Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Esta ficción de las ramas, incorporada en la Constitución de 1991¹⁰ como una manera de representar una superioridad política de los órganos que desarrollan las tres funciones clásicas respecto de los nuevos órganos reconocidos en la Constitución de 1991, no sólo era innecesaria, en tanto las ficciones se utilizan allí donde no existe posibilidad lingüística de denominar las instituciones, sino que además incurrió en contradicciones que saltan a la vista.

Así, por ejemplo, cuando el artículo habla de ramas (sustantivo), en lugar de aludir al sujeto (Congreso, gobierno, jueces) recurre al verbo, al decir que son tres: la legislativa, la ejecutiva y la judicial (verbo potenciado).

Además de esta incongruencia, al final del primer inciso expresa que los otros órganos cumplen las *demás funciones del Estado*. La frase “*demás*” tiene, en la oración, el papel de *adverbio de adición* para reconocer la existencia de *otras* funciones. Sin embargo, previamente no se habló de funciones sino de *ramas*, con lo cual queda en evidencia la confusión semántica que se tuvo sobre el manejo de la oración.

Sin duda, habría sido más pertinente hablar de las funciones del poder público, como modo explicativo y representativo de la distribución de tareas que se lleva a cabo para que el poder público pueda cumplir con los cometidos estatales, en lugar de inventarse una ficción que, además de no cumplir ningún papel dentro de la oración, fue utilizada sin el menor rigor semántico.

9. Conforme al Art. 122 de la C.P., “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento”.

10. La Constitución de 1886, en su Título VI, habló de los *poderes nacionales*, y el artículo 57 los denominó poderes públicos: “Art. 57.- Todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”. Autores como Naranjo Mesa (Ob. Cit.), Sáchica (1996) y Rodríguez-Zapata (1996) defienden la ficción de las ramas y su utilización en las constituciones colombiana y española.

Una explicación necesaria: Separación de funciones y no división de poderes

Conforme lo visto en el punto anterior, y si reconocemos que se trata de funciones y no de ramas, es necesario sentar posición frente a otra confusión semántica. Así, es común escuchar hablar de la *división de poderes*,¹¹ de la *separación de los poderes* (Corte Const., SC-189 de 1998), de la *distribución de poderes*, por citar sólo algunas de las más recurridas oraciones. Sin embargo, el propio constituyente decidió abandonar tan infundada acepción que parte de la posibilidad de fraccionar un elemento imaginario que se caracteriza por su carácter inescindible: el poder público (Palacios, 1965, p. 163).

Sin ahondar en esta temática, por demás compleja, es claro que la tesis de la división de poderes se enmarca dentro de una visión rígida¹² en la que cada órgano desarrolla en forma exclusiva y excluyente las competencias que le han sido asignadas. Al contrario, el Art. 113 citado expresa que “*los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*” (Negrilla fuera de texto).

Para la Real Academia de la Lengua, el verbo *dividir* tiene seis significados, de los cuales los dos primeros pueden servir para lo que tratamos de explicar. Así, este verbo significa: 1) *Partir, separar en partes*, 2) *Distribuir, repartir entre varios*.

Por su parte, separar se relaciona con la posibilidad de 1) *Formar grupos homogéneos de cosas que estaban mezcladas con otras*; y, 2) *Considerar aisladamente cosas que estaban juntas o fundidas*.

Es claro que, si dividiéramos el poder público, tendríamos que romper la unidad que existe entre unos y otros. Al contrario, si separamos las funciones, los órganos siguen siendo parte de un todo homogéneo, pero cada uno con unas actividades específicas que, en todo caso, tendrían que coordinarse con las actividades de los otros órganos en tanto hacen parte del mismo ente.

En este sentido, puede hablarse de órgano legislativo con función legislativa pero, asimismo, órgano legislativo con función administrativa, en tanto al hacer

11. Tal vez la referencia más usada la encontramos en Naranjo Mesa, V. (2010), p. , Sáchica, L. C. (1996). *Nuevo constitucionalismo colombiano* (12 edición). Bogotá D.C.: Temis, p. y Rodríguez-Zapata, J. (1996) p. 376.

12. Sobre las expresiones rígida y flexible del principio de separación de funciones véase Corte Constitucional, SC-971, 2004.

parte del mismo ente puede ejercer una actividad distinta de la ontológicamente asignada cuando así lo disponga la misma organización del poder público.

La función de control y su naturaleza

Naturaleza y características del control fiscal

Dentro de la categoría de órganos autónomos la CP estableció la Contraloría General de la República como el ente encargado del control fiscal en Colombia. Al respecto, expresa el Art. 117:

Art. 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control.

La actividad desarrollada por la Contraloría General de la República goza de una especial naturaleza: control fiscal como función pública particular, de finalidad resarcitoria, que se desarrolla de manera autónoma por un órgano especializado.

Al respecto, es dicente el enunciado inicial del Art. 267, cuando expresa que “*el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación*”.

La regulación de las competencias que a este órgano corresponden la encontramos en el Título X, Capítulo I, Arts. 267 a 274 de la CP, en cuya enunciación se establecen los órganos, las funciones y los procedimientos que se llevarán a cabo para el cumplimiento de su función misional.

La locución latina *fiscus*,¹³ de la cual proviene el actual vocablo fiscal, quiere decir *cosa pública* o *tesoro público*. En el mismo sentido, se llama Contraloría General de la República porque es la entidad que cuida de la *res-publica*, es decir, de la cosa pública.

Ese control o vigilancia fiscal de la actividad de la administración, como en tantas oportunidades lo ha reiterado la Corte Constitucional, tiene una finalidad resarcitoria,¹⁴ en tanto busca, a partir de los procesos de responsabilidad fiscal, la reparación del detrimento patrimonial que se haya causado a la administración

13. El término *fiscus* es una degeneración de la palabra *fique*, que era el material del cual estaba hecho el costal en el cual el monarca enviaba recoger los tributos; de ahí la denominación.

14. De conformidad con el Art. 4º de la Ley 610 de 2000, “*la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público*”.

con la acción u omisión de un servidor público o de un particular que maneje recursos públicos,¹⁵ y comprende las distintas etapas que cronológicamente transita el recurso público, las cuales van desde el recaudo hasta su ejecución o disposición.¹⁶

Para el desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal se hace necesario, conforme las normas constitucionales que regulan la materia, la existencia de órganos dotados de autonomía administrativa, presupuestal, técnica y jurídica que puedan evaluar la conducta de quienes son objeto del control (Corte Const. SC-132, 1993).

La autonomía administrativa hace referencia a la no interferencia de otros órganos en el desarrollo de sus competencias.¹⁷ La autonomía presupuestal conlleva: 1) la existencia de un presupuesto propio; y 2) la autorización para distribuirlo y ejecutarlo a través de la contratación y la ordenación del gasto de acuerdo con la evaluación que se haga de las necesidades de la entidad.¹⁸ La autonomía técnica es la posibilidad de elegir, de entre las distintas metodologías de evaluación de la gestión fiscal, la que más se ajuste a los procesos auditados,

15. Sobre esta naturaleza resarcitoria, consúltese, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional SC-046, 1994; SU-620, 1996; ST-973, 1999 y SC-484, 2000.

16. En tal sentido, véase Corte Constitucional, SC-529, 1993, en la que, además, expresó que *“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”*. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencias SC-586, 1995; SC-570, 1997 y SC-499, 1998.

17. En este sentido, Art. 6º del Decreto 267 de 2000. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencias SC-100, 1996; SC-272, 1996; SC-499, 1998 y SC-655, 2003. De manera particular, en la SC-272, 1996, expresó la Corte que la autonomía administrativa alude al *“establecimiento de una estructura y organización de naturaleza administrativa especializada, a la cual se le ha asignado un haz de competencias específicas en relación con la materia reseñada, que pueden ejercerse dentro de un cierto margen de libertad e independencia, a través de órganos propios, y que dispone, al mismo tiempo, de medios personales y de recursos materiales de orden financiero y presupuestal que puede manejar, dentro de los límites de la Constitución y la ley sin la injerencia ni la intervención de otras autoridades u órganos”*.

18. En este sentido, Art. 4º de la Ley 106 de 1993. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencias SC-592, 1995; SC-101, 1996; SC-192, 1997; SC-283, 1997; SC-315, 1997; SC-499, 1998 y SC-655, 2003.

el tipo de recursos involucrados y el tipo de resultado que se pretenda evaluar. Finalmente, la autonomía jurídica se evidencia en el hecho de que 1) el servidor público que ejerce el control no puede ser nombrado ni designado por las mismas entidades que serán objeto de vigilancia; y 2) porque los actos que definen la responsabilidad jurídica no son objeto de revisión o aprobación por quienes están siendo investigados (Corte Const., SC-499, 1998).¹⁹

Entre las características del control fiscal hay dos que lo identifican y diferencian de otros tipos de control que se puedan ejercer a la luz de la Constitución: la especial importancia que se da a los resultados de la gestión administrativa y su carácter selectivo.

Conforme la primera, la actividad de control recae sobre la evaluación de las políticas financieras de las entidades y su impacto en la optimización de los recursos, los beneficios obtenidos y el mejoramiento constante de la actividad administrativa (Corte Const., SC-716, 2002).

Su carácter selectivo implica que, dentro de la autonomía con que cuenta el organismo de control, está la posibilidad de que éste escoja “*cuáles actos jurídicos, por sus implicaciones o complejidad, deben ser objeto de la inspección financiera, de gestión y resultado*” (Ib).

Definidas la naturaleza y características de la función de control fiscal pasaremos, según lo presupuestado, a definir si es una función autónoma o si es una nueva modalidad de la función administrativa del poder público.

El control fiscal como función administrativa

De conformidad con lo señalado en el Art. 267 de la CP, el control fiscal es una actividad autónoma, distinta de la desarrollada por los demás órganos del poder público. No sólo el órgano que la ejerce es autónomo e independiente (Arts. 113 y 267), sino que la actividad es en sí misma una función pública particular encargada de la evaluación de la gestión fiscal del Estado (Art. 267).

Conforme con esto, no habría lugar a confundir las funciones administrativa o judicial del poder público con la función de control: son funciones autónomas y separadas. Sin embargo, una evaluación un poco más menuda de la situación nos demostrará que, aunque esa pudo haber sido la intención del constituyente,

19. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencias ST-006, 1994; SC-283, 1997 y SC-655, 2003.

tanto el legislador como la Corte Constitucional se han encargado de restringir el alcance de la función a ser una expresión más de la función administrativa del poder público, esto es, una función administrativa de control.

Para comprobar esta hipótesis, dividiremos este acápite en dos apartados: 1. la naturaleza y 2. el control de los actos administrativos proferidos en ejercicio del control fiscal.

Naturaleza de los actos de control fiscal: actos administrativos

A diferencia de los actos expedidos por los órganos que desarrollan las tres funciones clásicas del poder público (legislativa, ejecutiva y judicial), que reciben una denominación especial (leyes, decretos y providencias), los actos expedidos en desarrollo de la actividad de control fiscal reciben la denominación de actos administrativos.

Según la más tradicional definición, el acto administrativo es la *manifestación unilateral de voluntad de la administración, encaminada a producir efectos jurídicos*.²⁰

Conforme a tan simple pero replicada definición, es la administración –en sentido orgánico estricto, es decir, quienes hacen parte de la rama ejecutiva–²¹ la que expide este tipo de decisiones. Así, el legislador expide leyes –en sentido formal–²² y los jueces profieren providencias.

20. En este sentido, SÁNCHEZ, C. A. (1998), *El acto administrativo*. (2ª edición), Bogotá D.C.: Legis. GARRIDO, F. (1973). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Editorial. GORDILLO, A. (1975). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ed. Macchi-López. MARIENHOFF, M. (1959). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot. SANTOFIMIO, J. O. (1986/2004). *Tratado de derecho administrativo* Tomo II, (4ª edición), Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. (2006). *Curso de derecho administrativo* (13ª edición) Tomo I.

21. Usamos el concepto *rama* única y exclusivamente para los efectos de esta explicación.

22. La idea de leyes en sentido formal se remite a la teoría dualista de los alemanes, conforme la cual es posible distinguir entre leyes en sentido formal, es decir, meramente expedidas por el legislador y leyes en sentido material, o sea aquellas que tienen un contenido especial. A partir de los artículos 150 y 230 de la CP, es posible distinguir en Colombia leyes en sentido formal (expedidas por el Congreso, Art. 150) y leyes en sentido material (toda norma jurídica, Art. 230). Sobre el origen de las teorías monista y dualista del concepto de ley véase De Cabo, M. (2000), *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Editorial Trotta.; Sierra, H. A. (1998). *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. De Otto, I. (1998), *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel. En la jurisprudencia colombiana véase Corte Const. SC-893, 1999, en la cual expresó

Frente a la actividad de control de la gestión fiscal, no consagró la CP una naturaleza ni una denominación particular para los actos a través de los cuales se definiera la responsabilidad de las entidades objeto de control.

Ante el silencio del constituyente, correspondió al legislador, en desarrollo de la cláusula general de competencia, entrar a definir tan importante aspecto. Para tal fin, expresa el Art. 1º de la Ley 610 lo siguiente:

Art.- 1o. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Expresa el artículo en cita que el proceso de responsabilidad fiscal es *el conjunto de actuaciones administrativas*, es decir, la expresión de una actividad administrativa y no de una actividad autónoma distinta que pueda ser tenida en cuenta como una función particular del poder público.

En el mismo sentido, expresa el Art. 2 ibídem que la función de control se adelantará conforme los principios de la función pública consignados en el Art. 209 superior.²³ Dice este artículo lo siguiente:

Art. 2o. Principios orientadores de la acción fiscal. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

que: “La doctrina jurídica suele distinguir entre la ley en sentido formal y la ley en sentido material. Así, en la primera definición prima un criterio orgánico, pues corresponde a una regulación expedida por el legislador, mientras que la ley en sentido material es una norma jurídica que regula de manera general una multiplicidad de casos, haya o no sido dictada por el órgano legislativo. Por ende, una regulación es ley en sentido formal y material, cuando emana del órgano legislativo y tiene un contenido general; en cambio es sólo ley en sentido formal si ha sido dictada por el poder legislativo, pero su contenido se refiere a un solo caso concreto; y es ley sólo en sentido material, cuando tiene un contenido general, esto es, se refiere a una multiplicidad de casos, pero no ha sido expedida por un órgano legislativo. Esta distinción doctrinaria es en parte relevante en la presente discusión porque, en principio, cuando la Constitución habla de las “leyes”, en general lo hace en sentido formal, pues hace referencia a los actos producidos por el legislador, esto es, por el Congreso”.

23. Este artículo está en el Capítulo V del Título VI, De la rama ejecutiva.

A juicio de la Corte, las competencias de los órganos autónomos, entre ellos la Contraloría General de la República, “no pueden ni deben ser encajadas dentro de la división clásica en tres ramas del poder” (Corte Const., SC-189, 1998).

Sin embargo, confunde la Corte la autonomía orgánica, dada por la existencia de un ente especializado, no dependiente de otro órgano para el cumplimiento de sus funciones, con la autonomía funcional, para la que sería necesario reconocer un régimen jurídico propio, con decisiones particulares, que reflejen la naturaleza especial de sus actos. No existe autonomía funcional, según lo expresa el alto tribunal, por la mera adscripción de competencias particulares, cuando ellas se tienen que ejercer mediante los actos propios de otro órgano (actos administrativos) ni cuando están sujetas a las reglas y principios de otra actividad (principios de la función pública, Art. 209).

Dijo la Corte con relación a la autonomía de la función de control lo siguiente:

...la Carta otorga no sólo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las contralorías (CP arts 113, 119, 267 y 268), por lo cual es claro que estos órganos de control no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan, como actividad principal, tareas administrativas, como las que adelantan la administración central y las administraciones seccionales. Por ello, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, la Constitución quiso distinguir nítidamente la función propiamente administrativa del Ejecutivo de la función fiscalizadora de la Contraloría, pues consideró que la confusión de tales funciones comportaba efectos perjudiciales para la marcha del Estado (Corte Const., SC-100, 1996).²⁴

Aunque defiende la Corte la autonomía de la función de control, admite sin discusión el hecho de que se ejecute a través de actos administrativos y con observancia de los principios de la función pública, es decir, como si fuera una típica función administrativa y no una autónoma función fiscalizadora.

Esta posición de la Corte, reiterada por lo demás, fue más explícita en un fallo del año 2001, en el cual denomina el proceso de responsabilidad fiscal como de naturaleza netamente administrativa y no como un proceso con autonomía, es decir, fiscal. Dijo la Corte lo siguiente:

24. La Asamblea Nacional Constituyente dijo lo siguiente: “No se debe confundir la función fiscalizadora con la función administrativa o gubernativa, pues son de naturaleza totalmente distinta y se ejercen por actos también diferentes”. Hernando Herrera et al. “Informe Ponencia sobre Estructura del Estado”, en *Gaceta Constitucional No 59*, p 10.

Para hacer efectiva dicha responsabilidad y obligar al servidor público o al particular a reparar el daño causado al erario por su actuación irregular, las contralorías deben adelantar, según lo defina la ley, un conjunto de actuaciones jurídicas que conforman el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, de naturaleza netamente administrativa (Corte Const., SC-557, 2001).²⁵ (Negrilla fuera de texto).

Control de los actos de control fiscal

Conforme lo establece la Ley 610 de 2000, los actos proferidos en desarrollo del control fiscal se impugnan a través de los mismos mecanismos usados en el caso de los actos administrativos, tanto en sede administrativa como en sede judicial.

En el caso de la impugnación en sede administrativa, expresa el Art. 55 que “*la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico, ante los funcionarios competentes*”.

Al margen del error semántico en el que se incurre cuando se denomina *providencia* al acto por medio del cual se decide el proceso de responsabilidad fiscal, lo que se denuncia es la continua perversión de ligar y subordinar el proceso de responsabilidad fiscal a las reglas del proceso administrativo. Si estamos ante una función autónoma, distinta a la función ejecutiva o administrativa, el órgano que la desarrolla habría de tener unas reglas propias y particulares para su ejercicio y no tendría que subordinarse a las reglas que se aplican para el ejercicio de otra función. De la misma manera como los jueces fallan conforme lo establecen las reglas para los procesos judiciales, y el legislador hace leyes según el procedimiento legislativo, y el ejecutivo expide actos administrativos según se lo determinan las normas administrativas, debería el órgano de control fiscal tener un procedimiento propio para el ejercicio de su actividad. Esto, claro, no impide que, de manera residual, se apliquen otras normas en aquellos supuestos en los cual no existe regulación específica. Pero, de ahí a considerar que, de manera permanente, se deba recurrir a los procedimientos propios de otra de las funciones, es tanto como desconocer la autonomía que la misma Constitución predica de esos órganos que denomina independientes.

25. En igual sentido, Corte Constitucional, sentencias SU-620, 1996; SC-054, 1997; SC-540, 1997 y ST-973, 1999.

En el caso de la impugnación en sede judicial, preceptúa el Art. 59 que “en materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme”.

A juicio de la Corte Constitucional, esta preceptiva se ajusta claramente a la Constitución, y no podría ser de otra manera, porque si el acto que se expide tiene la naturaleza de acto administrativo, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa su enjuiciamiento (SC-557, 2001).²⁶

El juicio de constitucionalidad sobre la naturaleza administrativa tanto del procedimiento como del acto a través del cual se desata data del año 1998. En una demanda contra los Arts. 80 y 81 de la Ley 42 de 1993,²⁷ los accionantes afirmaron que las únicas actuaciones administrativas que podían ser ejercidas por las contralorías estaban relacionadas con las actividades “*inherentes a su propia organización*” (CP, Art. 267) y que, por tanto, las normas que atribuían naturaleza administrativa a los juicios fiscales resultaban inconstitucionales.

Tal afirmación se fundamentaba en el propio enunciado constitucional (C.P. art. 267) y en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente en los cuales, a propósito de la discusión, se rechazó la denominación de actos administrativos para los actos que desataban los juicios fiscales. Se dijo en aquel entonces lo siguiente:

Por lo mismo, el órgano de control no forma parte de las entidades que controla; es autónomo e independiente y no está sujeto a las directrices y pautas que pueden señalar las que han de ser controladas, pues de lo contrario de nada serviría el control si éste debe ejercerse conforme a los términos e indicaciones que señale el que ha de ser fiscalizado. Simultáneamente, el contralor no es superior jerárquico de las entidades u organismos controlados; si lo fuere, podría revocar directamente los actos administrativos de aquella, además, como sus actos, antitécnicamente llamados administrativos, son de naturaleza distinta, mal pueden entrar a ocupar

-
26. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 26 de noviembre de 1995; C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 23 de enero de 1997 C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 23 de enero de 1997. C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.
27. La Ley 42 de 1993 hablaba sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

*el sitio de los que verdaderamente sí lo son en el evento remoto de que así se procediera*²⁸ (Subraya fuera de texto).

Más adelante se dijo lo siguiente:

*Funcionalmente, sus actos no son legislativos, ni jurisdiccionales o administrativos. Expiden, sí, actos administrativos pero sólo en los asuntos inherentes a su propia organización, de la misma forma que las ramas jurisdiccionales o legislativas expiden este tipo de actos, pero sólo de manera secundaria. Para el desarrollo de su función fiscalizadora, sus actos son de control de vigilancia o en otros términos más precisos son actos fiscalizadores*²⁹ (Subrayas fuera de texto).

Frente a tan contundentes argumentos, la Corte entra en una contradicción lógica, en tanto admite que la expresión *acto administrativo* se ajusta a la Constitución pero, a la vez, termina exhortando al Congreso para que regule de manera precisa, autónoma y distinta los juicios fiscales.

Respecto a los argumentos para declarar la constitucionalidad, expresa el alto tribunal que “*el efecto de que la ley atribuya naturaleza administrativa a un acto es permitir su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por ende, la definición de un acto de control de una entidad como ‘administrativo’ en manera alguna convierte la actuación de esa entidad en una actividad de ‘administración’, esto es, de ejecución administrativa o de desarrollo de una función administrativa*” (Corte Const., SC-189, 1998).

Agrega el alto tribunal que la función administrativa puede ser activa o pasiva. Se está frente a una función administrativa activa cuando se ejecutan actividades administrativas. A su vez, la función administrativa es pasiva cuando se controla la actividad de la Administración. De allí, concluye la Corte que “*cuando el artículo 267 de la Constitución establece que las contralorías sólo ejercen aquellas funciones administrativas inherentes a su organización, la norma constitucional se refiere a la administración activa, esto es, al desarrollo de labores de ejecución propias para el cumplimiento de los fines de la entidad*” (Corte Const., SC-189, 1998).

Por ende, las contralorías “*no ejercen una función propiamente administrativa, pues no ordenan ni ejecutan gasto, sino que desarrollan un control posterior de la gestión administrativa activa*” (Corte Const., SC-189, 1998).

28. Cf Hernando Herrera et al. “Informe Ponencia sobre Estructura del Estado” en *Gaceta Constitucional* No 59, p 10.

29. *Ibidem*.

Sin embargo, se plantea el siguiente interrogante: “*¿significa, entonces, que los actos de la Contraloría, por no ser producto de una ejecución administrativa, no pueden ser de naturaleza administrativa, sino de otro carácter?*” (Corte Const., SC-189, 1998).

Frente a esto, la Corte responde escuetamente lo siguiente: “*Por ende, no es incompatible con la autonomía de las funciones de control que sus actos sean calificados por la ley como administrativos, pues ello no confiere naturaleza administrativa a la actuación del órgano sino que simplemente señala que, debido a la ausencia de los requisitos de imparcialidad, independencia e inamovilidad de los funcionarios que los emiten, estos actos no son definitivos, pues pueden ser revisados por los jueces en cuestión*” (Corte Const., SC-189, 1998).

Una vez ha restado la Corte la importancia institucional que la función de control tiene en el andamiaje constitucional, afirmando que, aunque función autónoma, sus actos no tienen una naturaleza ni una denominación propia sino que deben cobijarse por la regulación propia de otra de las funciones, y tras afirmar que la diferenciación entre actos administrativos y actos fiscales puede resultar académicamente útil pero sin relevancia constitucional, termina diciendo que dichas aseveraciones “*no significan que esta Corporación no reconozca que la particular naturaleza de los juicios fiscales amerita una mejor comprensión por la doctrina y un más adecuado desarrollo legal*” (Corte Const., SC-189, 1998).

Esta mejor comprensión, a juicio de la Corte, se puede evidenciar en la necesidad de corregir “*esos defectos de regulación que puedan existir en materia de procesos de responsabilidad fiscal. Sin embargo, esa actualización de la legislación fiscal no puede hacerse por medio del control constitucional de las leyes, pues para tal efecto la Carta prevé otras instancias*” (Corte Const., SC-189, 1998).

Resulta claro, entonces, que la Corte reconoce la imprecisión técnica utilizada y, tras afirmar que su corrección es una tarea del legislador y no del tribunal constitucional, procede a declarar su constitucionalidad con el –aparente– objetivo de no generar un vacío legal por una discusión más académica y doctrinaria que práctica.

Sin embargo, con tal argumentación desaprovechó una oportunidad histórica para obligar al Congreso de la República a dar el debate democrático en torno a la consolidación de órganos autónomos como órganos que desarrollan funciones propias y no simples derivaciones de las ya clásicas funciones.

Características del control fiscal

El control fiscal en Colombia, a partir de la CP de 1991, goza de dos características esenciales: es posterior y es selectivo.

La idea de un control posterior rompe con toda una tradición histórica que permitió y alentó la coadministración entre el órgano de control y los órganos objeto de control. Recordemos que, mediante Ley 42 de 1923, se ordena la creación del Departamento de Contraloría como ente independiente, encargado de ejercer control previo sobre el manejo de propiedades y fondos públicos. Posteriormente, en el año 1945 se incorpora en la Carta Política como la Contraloría General de la República, con el ya tradicional control previo, hasta que mediante la Ley 20 de 1975 se agregaría la posibilidad de un control preceptivo y de un control posterior restringido.

Las características del control previo estaban descritas en el artículo 2o. del Decreto 925 de 1976 en los siguientes términos:

Art. 2º.- El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos.

El control preceptivo estaba definido en el artículo 3o. (id) en los siguientes términos:

Art. 3º.- El control preceptivo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su control, consiste en la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros.

Entre las potestades específicas derivadas de la existencia de un control fiscal estaban las de verificar el cumplimiento de la ley de apropiaciones; examinar que los gastos fueran autorizados por el funcionario competente; que existieran las disponibilidades presupuestales para cubrir los gastos; verificar que todo gasto estuviera soportado en las correspondientes facturas, comprobantes de pago, etc., entre otras (Younes, 1987).

Una de las ventajas en este sistema señalaba que ayudaba a prevenir y evitar operaciones ilegales y que la liquidación y comprobación de las erogaciones públicas se realizaran antes de salir de las arcas públicas (Younes, *Op. cit.*).

Pese a las ventajas que pudiera representar el control previo, éste generó muchas dificultades porque la intervención del órgano de control antes de la ejecución del gasto conllevó que se ejerciera una coadministración perniciosa entre quien administraba el recurso público y quien controlaba su ejecución, en unas ocasiones, y a que el ente de control obstaculizara el desarrollo de las políticas públicas, en otras.

Así lo denunció la jurisprudencia constitucional cuando, al revisar el nuevo sistema, dijo que el anterior había generado una intromisión indebida en el ejercicio de la función administrativa. Además, no se puede haber sido parte en el proceso de asignación y ejecución de los recursos y luego entrar a evaluar si ello se hizo de manera transparente, porque eso equivaldría, en el caso de la Contraloría, a ser juez de sus propias actuaciones. Dijo la Corte Constitucional lo siguiente:

Naturalmente que la intención de separar las funciones de administración y vigilancia responde a la necesidad de asegurar que los organismos de control actúen con plena objetividad, imparcialidad e independencia, porque no sería lógico que luego de haber intervenido en la ejecución de ciertas actividades, un organismo se convirtiera desapasionadamente en juez de sí mismo (Corte Const., SC-089, 2001).

En igual sentido, la más autorizada doctrina señaló que el abandono del sistema numérico legal propio del control previo se dejaba atrás para concentrarse en un “control de evaluación de los resultados globales de la gestión administrativa”. (Restrepo, 1994, p. 279).

Con ocasión de la entrada en vigencia de la CP de 1991, se eliminó la posibilidad de ejercer control fiscal previo y se instituyó el control posterior y selectivo.

A continuación una breve explicación de estas dos características.

Control posterior

La existencia de un control fiscal posterior tiene su fundamento en el artículo 267 de la CP, el cual reza:

Art. 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas

colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

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 (Subraya fuera de texto).

En desarrollo de la libertad configurativa que le es propia, el legislador ordinario expidió la Ley 42 (1993), en cuyo Art. 5 se reitera el carácter posterior del control fiscal en Colombia en los siguientes términos:

Art. 5o. Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

Para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes (Subraya fuera de texto).

Conforme a lo anterior, en el nuevo sistema de control fiscal se rinde enorme importancia a los resultados de la gestión administrativa. Este sistema de control posterior busca, ante todo, distinguir entre la actividad de gasto, propia de la función administrativa, y la actividad de control (examen de legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión), asignada a los órganos que ejercen función de control (Corte Const., SC-189, 1998).

En este nuevo sistema se centra la atención en 1) los resultados globales de la gestión fiscal; 2) la evaluación de los resultados obtenidos por esta gestión; 3) la optimización de los recursos; y 4) la evolución de la actividad administrativa (Corte Const., SC-716, 2002).

En conclusión, el control posterior es el que se realiza una vez han sido ejecutados los recursos públicos para evaluar no sólo su correcta utilización sino también los resultados obtenidos con ellos.

Carácter selectivo

El carácter selectivo del control fiscal igualmente tiene asiento constitucional en los artículos 267 de la CP y 5o. de la Ley 42 (1993), según se anotó líneas atrás.

De conformidad con esta característica, no todos los procesos administrativos o de actividad fiscal son materia de examen, por cuanto una evaluación de todos los procesos haría imposible, por lo voluminoso, ejercer un control eficaz. Por ello, dentro de la autonomía propia del órgano de control, éste tiene la potestad de definir o seleccionar los actos jurídicos sobre los cuales ejercerá el control. Así lo establece la CP y lo reitera la Corte Constitucional al decir lo siguiente:

El carácter selectivo del control fiscal denota, por demás, que no todas las operaciones de tipo administrativo tienen que estar sujetas a la inspección de la Contraloría General de la República: al organismo de control se le concede la potestad de señalar cuáles actos jurídicos, por sus implicaciones o complejidad, deben ser objeto de la inspección financiera, de gestión y resultado. La selectividad del sistema tiende a la identificación de patrones de gestión antes que a la revisión de resultados fragmentarios e individualmente considerados; persigue una visión global de las operaciones o actividades administrativas en una tónica de decidido estilo empresarial que supera los resultados obtenidos por el caduco régimen de control previo (Corte Const., SC-716, 2002).

Principios del control fiscal

Según una particular teoría jurídica, las normas se dividen en valores, principios y reglas. Los valores, según esta teoría, “representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, y pueden tener consagración explícita o no” (Corte Const., ST-406, 1992). En este sentido, los valores son fines en sí mismos. Se caracterizan por tener una textura en extremo abierta; de allí que corresponda al legislador establecer su sentido y alcance a través de las distintas normas que los desarrollan. En este sentido, los valores tienen función creadora, esto es, sirven de inspiración para la expedición de reglas. De manera excepcional, pueden tener función interpretativa y, en tal caso, ayudan a ilustrar el sentido y el alcance de normas de contenido confuso. Esta función interpretativa, de aplicación restringida, está en cabeza de los jueces por ser ellos quienes tienen a su cargo la aplicación de las reglas a los casos concretos.

Los principios, por su parte, según lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (Corte Const., ST-406, 1992).

Los principios tienen, de conformidad con la doctrina (Valencia, 1999), tres típicas funciones: 1) creativa, 2) interpretativa y 3) integradora.

De conformidad con la función creativa, los principios son fuente formal y material del derecho, esto es, guían y direccionan la creación de otras normas jurídicas. Tal y como se ha señalado, “*los principios creativos señalan las pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogatoria de las normas*” (Valencia, Ob. Cit. p. 65). Esas pautas aluden tanto a la forma como al contenido mismo de la regla creada y están dirigidas a todo aquel que, por razones de su competencia, tiene asignada la función de producción normativa, sin importar si se trata del constituyente, del legislador ordinario o extraordinario o de los órganos inferiores con potestad normativa.

Respecto de la función interpretativa, los principios sirven para fijar el sentido y el alcance de otras normas. Esta función puede ser desarrollada por específicos principios de interpretación, como por ejemplo, los principios del efecto útil, del *indubio pro reo*, *iura novit curia*, entre otros; también se puede aplicar a partir de la interpretación del ordenamiento jurídico *de conformidad* con los principios, como se hace, por ejemplo, cuando se interpreta un derecho de rango legal de conformidad con los derechos fundamentales insertos en la Constitución o con los tratados sobre derechos humanos, según lo prevé el artículo 93 de la CP.

Finalmente, tienen función integradora, conforme a la cual corresponde a los principios llenar los vacíos dejados por las reglas. Si, como se ha dicho, la función ontológica de los jueces es fallar (Corte Const., SC-083, 1995), no pueden estos dejar de hacerlo pretextando la ausencia de regla específica de solución al conflicto planteado.

En esta hipótesis, de suyo extrema en un contexto de hiperinflación normativa como el nuestro, corresponde a los principios servir como norma del caso concreto. Esta función integradora se puede presentar en los denominados casos difíciles (Dworkin, 1989), esto es, cuando la regla no tiene expresamente prevista la solución y cuando estamos ante un ámbito de apertura o caso dudoso, que alude a las hipótesis de vaguedad del lenguaje, situaciones de antinomia, ausencia de norma o, incluso, la posibilidad de fallar aun contra el texto de una norma (Alexy, 1989).

Finalmente, las reglas, también vistas como normas no principales (Valencia, 1999), son aquellas normas que regulan situaciones jurídicas concretas.

En el caso del control fiscal, se consagran principios generales y especiales. Los principios generales serían los mismos aplicables a todos los órganos que ejercen función pública y que están consagrados en el artículo 209 de la CP en los siguientes términos:

Art. 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Los principios específicos están consignados en el artículo 267 y de la CP y en la Ley 42 de 1993, “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, y cumplirían, dentro de la ley y en el ejercicio mismo del proceso fiscal, las tres funciones descritas y, como bien lo señala la doctrina, tienen la categoría de principios rectores que limitan y condicionan la gestión fiscal de las entidades y los particulares sujetos a control (Rodríguez, 2011).

De eficiencia

En los términos del Art. 8o. de Ley 42 (1993), la eficiencia se mide por la posibilidad de que la Administración defina, “en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados” y que, en igualdad de condiciones de calidad, “los bienes y servicios se obtengan al menor costo”.

Por su parte, para el DRAE³⁰ la eficiencia es la “capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”.

Según señala la doctrina, la eficiencia es un concepto relativo que requiere la comparación de un ente con otro y se “refleja en la fijación de políticas orientadas con certeza al cumplimiento de los objetivos de la entidad y en la obtención de los máximos resultados a los menores costos de ejecución de la función administrativa” (Gómez. 2006. p. 207).

De conformidad con esto, la gestión fiscal es eficiente si cumple con dos condiciones: 1) cuenta con las herramientas jurídicas, técnicas, presupuestales y administrativas para cumplir su cometido; y, 2) cuando se desarrollan los pro-

30. Disponible en www.rae.es, capturado el 25/9/2011.

cesos previstos en la norma o se da aplicación a criterios amplia y generalmente aceptados sobre administración, es decir, se adelantan las actuaciones administrativas conforme a los parámetros legales y gerenciales aplicables a la materia.

En el ámbito de la competencia del control fiscal, a éste le corresponde, conforme al referido principio, examinar si, primero, se estaba en presencia de las herramientas idóneas y necesarias para una correcta administración del recurso público y, segundo, si ella se hizo conforme a los criterios legales y técnicos vigentes.

En el evento de que se carezca de lo primero, no podrá endilgarse responsabilidad fiscal,³¹ frente a lo segundo, no corresponde al órgano de control la escogencia del criterio de evaluación, salvo si se trata de criterios legales, por cuanto su actividad se debe limitar a constatar la existencia de un parámetro de verificación y a evaluar la idoneidad de éste sin que pueda sopesar su eficacia frente a otros³².

De eficacia

Señala el Art. 8o. de la Ley 42 (1993) que la eficacia está dada por la posibilidad de que los “*resultados [de la gestión fiscal] se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas*”.

Para la Real Academia, la eficacia está referida a la “*Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”. El concepto de eficacia está íntimamente ligado con el logro de los fines propuestos en la norma o en la correspondiente política pública. Una administración eficaz del recurso público es aquella que logra, por un lado, materializar los propósitos que se propuso con ella, por ejemplo, la construcción de la obra, la reducción de los costos de funcionamiento de una entidad, el aumento de los ingresos por una actividad económica, etc. Por otro,

31. Supongamos, por ejemplo, el hipotético caso en el que una entidad estatal no pueda sancionar al particular contratista por la impropiedad de cláusulas exorbitantes y de ello se genere un daño para la Administración. Tal era el caso, en el pasado, de los contratos de concesión en los cuales la cláusula de la reversión no obligaba a entregar los bienes utilizados en buen estado y fue recurrente que, al pasar estos a propiedad de la administración, estuvieran en situación casi inservible.

32. Es el caso, por ejemplo, de las empresas industriales y comerciales del Estado en las que la estrategia de penetración del mercado puede estar fundamentada en actuaciones no admisibles desde el punto de vista de protección del patrimonio público, por el alto riesgo, pero aceptables desde el punto de vista de la empresa privada.

alcanzar los fines del Estado que subyacían con la política, digamos, la superación de la pobreza, la disminución de la inseguridad, el mejoramiento de la calidad de vida, la garantía de los derechos y libertades, por decir algo.

De economía

La economía, como principio de la función pública, en general, y del control fiscal, en particular, se basa en: 1. prontitud en los procesos administrativos; y 2. el menor desgaste, entendido como la menor inversión de recursos tanto para el servidor público como para el particular involucrado en la actuación administrativa. No a otra conclusión se puede arribar de la lectura del Art. 8o. de la Ley 42 (1993) cuando expresa que se tendrá en cuenta que la gestión del recurso se haga “*en igualdad de condiciones de calidad los bienes y [los] servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas*”.

A la misma conclusión se puede llegar a partir de la lectura del Art. 3o. del Decreto 01 (1984), cuando expresa que:

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos para quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene de forma expresa.

Esta idea, en nada novedosa, es reiterada de manera más precisa en el numeral 12 del Art. 3o. de la Ley 1437 (2011), que expresa en relación con este principio lo siguiente:

En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

En este sentido, el principio de la economía alude a la menor inversión de recursos y el menor sacrificio de los derechos en correlación con el mayor logro de resultados.

Para la doctrina nacional, en una posición que no se comparte, el principio de la economía no se traduce solamente en una evaluación objetiva o puramente

numérica y de estudio de precios, sino que incluye “establecer si la asignación de los recursos fue la más conveniente a nivel de costos, de manera tal que permita aumentar los resultados. [...] de esta forma es un principio vinculado con la administración recta, austera y prudente de los bienes o recursos públicos” (Gómez. op.cit. p. 209).

En nuestro criterio, la escogencia de la estrategia debe guardar relación con el objeto de la entidad, por ejemplo, no se podrá invertir recursos en exceso para la compra de bienes suntuosos que no se requieran para el funcionamiento de la entidad, pero, al contrario –y reiteramos el ejemplo de la empresa industrial y comercial del Estado–, no podrá el órgano de control determinar si la estrategia de penetración del mercado era la adecuada por cuanto la visión gerencial de estas empresas es distinta de las empresas públicas, y evaluar la política de gestión equivale a coadministrar el recurso. En tal caso, lo único procedente es determinar que la estrategia es aceptada en términos contables, administrativos y de gerencia, sin hacer juicio de valor acerca de si era otra la que correspondía utilizar.

De valoración de los costos ambientales

En torno a este principio, expresa el Art. 8o. de la Ley 42 (1993) que corresponde al control fiscal “cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos”.

Recordando que la CP de 1991 ha sido catalogada como una Constitución verde, en directa alusión a la enorme –en número y en alcance– cantidad de artículos dedicados a la protección del medio ambiente, sumado a la existencia de acciones precisas para la defensa y protección del derecho al ambiente sano,³³ no podemos sino resaltar que el control fiscal está dirigido igualmente a brindar protección al medio ambiente, lo cual se logra a través de lo siguiente: 1. adopción de medidas administrativas para evitar su afectación; 2. expedición de órdenes tendientes a su reparación cuando sea físicamente posible; y, claro está 3. ponderación entre el interés económico y la protección del medio ambiente para que éste no se vea ilegítimamente afectado por aquel.

33. Ley 472 (1998), “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

Aspectos sobre los que recae el control fiscal

El control fiscal, de conformidad con lo previsto en la CP y la ley, y con el ánimo de ser integral, recae sobre cuatro grandes aspectos: 1. financiero; 2. de legalidad; 3. de gestión; y 4. de resultados. A continuación una explicación de cada tipo de control.

Control financiero

El control financiero evalúa dos obligaciones: una de medio y una de resultado. La obligación de medio a cargo de la Administración y de los particulares que administran recursos públicos está dada por la aplicación de las normas de auditoría y contables generalmente aceptadas. Su sola aplicación materializa el cumplimiento de la obligación. La segunda obligación, la de resultado, se cumple cuando a través de la aplicación de las normas contables y de auditoría, se logra 1) establecer la veracidad de los estados financieros de la entidad y 2) comprobar la aplicación de los protocolos en los procesos financieros. Dice al respecto el artículo 10 lo siguiente:

Art. 10. El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

En consonancia con lo anterior, se ha pronunciado la Corte Constitucional (Corte Constitucional, SC-623, 1999) para decir que en el control financiero “se examina si los estados financieros reflejan el resultado de las distintas operaciones hechas por una entidad y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron” las normas legales y constitucionales y aquellas relacionadas con la contabilidad.

En este sentido, a partir de la CP de 1991, y gracias a la creación de un Sistema Nacional de Contabilidad Pública y del Plan General de Contabilidad Pública (PGCP), es posible adelantar el examen financiero conforme procedimientos estructurados. Así, de la aplicación del control financiero se pueden constatar los siguientes aspectos: “1) Si los estados contables de las entidades se formulan de conformidad con los principios generales de contabilidad, y reflejan de manera fidedigna la situación de las entidades [...]; 2. La forma en que se generaron y aplicaron los

recursos durante el periodo considerado; 3. En lo relacionado con los presupuestos por programas y otros estados financieros, la pertinencia de los procedimientos utilizados en el cálculo de las proyecciones y perspectivas en que están soportados los programas, así mismo su correcta ejecución; 4. Con base en los estados contables se emitirá el respectivo dictamen fundamentado con los hallazgos y evidencias que resulten de las pruebas practicadas” (Gómez. p. 89-90).

Control de legalidad

El control de legalidad es el que se hace para verificar que se haya dado aplicación a las normas jurídicas que regulan la gestión fiscal de la Administración. Dice el Art. 11 lo siguiente:

Art. 11. El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

Control de gestión

El control de gestión, entendido en términos generales como la realización de las diligencias necesarias para la consecución de un fin, se mira, en el ámbito del control fiscal, como la evaluación de las medidas adoptadas por los entes objeto de control en el manejo de los recursos públicos, para lo cual se hace uso de indicadores de desempeño, de rentabilidad y de distribución de excedentes fiscales. Dice la norma pertinente lo siguiente:

Art. 12. El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Este control de gestión inicia con la reforma constitucional de 1968, la cual estableció: “La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejerce conforme a la ley”.

En los términos de la jurisprudencia constitucional, la gestión fiscal alude a la administración y manejo de los bienes públicos, desde su recaudo hasta su disposición, pasando por su adquisición, conservación y aprovechamiento. En tal sentido, expresó la jurisprudencia del tribunal constitucional lo siguiente:

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 (Corte Const., SC-529, 1993).

De la misma manera, se ha expresado que el control de la gestión fiscal tiene como finalidad evitar la coadministración por parte del órgano de control en tanto que los sujetos vigilados no dependen de autorizaciones previas para la ejecución de sus actos sino que estos son revisados una vez cumplidos. Dijo el alto tribunal lo siguiente:

...la gestión fiscal como proceso de operaciones administrativas de explotación, disposición y administración de los recursos que constituyen el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, de los particulares así como el recaudo de fondos, la buena adquisición o enajenación de bienes e inversiones se hace en forma posterior y selectiva. Esta función tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, de manera que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, igualmente es selectiva en cuanto que no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que se congestione la actividad administrativa de los sujetos controlados (Corte Const., SC-167, 1995).

En conclusión de lo anterior, conforme al actual marco constitucional, cuando se ejerce control de gestión no se limita el examen a la aplicación de “perfiles económico-formalistas”, sino que mira “la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico” planeados por la entidad (C. Const. SC-840, 2001).

Control de resultados

Finalmente, el control de resultados es el examen sobre los logros alcanzados con la distribución, asignación y manejo de los recursos públicos. Ese control se hace sobre la base de las metas establecidas por la entidad vigilada, la cantidad de recursos que tuvo a su disposición, las condiciones del entorno para el cumplimiento de las metas y los resultados precisos obtenidos. Dice el Art. 13 al respecto lo siguiente:

Art. 13. El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

En el mismo sentido, ha dicho la jurisprudencia que el control de resultados se traduce en la verificación del correcto manejo del patrimonio público. Al respecto, dijo la Corte Constitucional lo siguiente:

El control de los resultados de la Administración y la vigilancia de la gestión fiscal se traducen en la verificación del manejo correcto del patrimonio estatal (Corte Const., SC-716, 2002).

Sujetos sobre los cuales recae el control

De conformidad con el Art. 267 de la CP, el control fiscal recae sobre la Administración Pública y sobre los particulares que administren fondos o bienes de la Nación. Dice el artículo lo siguiente:

Art. 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

En desarrollo de este precepto establece el Art. 2o. de la Ley 42 (1993) lo siguiente:

Art. 2o. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos, y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.

Parágrafo. Los resultados de la vigilancia fiscal del Banco de la República serán enviados al Presidente de la República, para el ejercicio de la atribución que se le confiere en el inciso final del artículo 372 de la Constitución Nacional. Sin perjuicio de lo que establezca la ley orgánica del Banco de la República.

En el caso del Banco de la República, el control fiscal está circunscrito a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida que lo haga. Dijo al respecto la Corte Constitucional lo siguiente:

Someter el Banco de la República al control fiscal total que ejerce la Contraloría General de la República contraría el texto y el espíritu de las normas constitucionales. Adicionalmente, desconoce los límites de la materia fiscal y desvirtúa los propios de la monetaria, crediticia y cambiaria, amén de que el principio de eficiencia y economía dejan de observarse al pretender sumar al sistema de control especialmente estructurado para el Banco de la República otro que no es idóneo para los fines que persigue y que en todo caso resultará redundante. En consecuencia, se declarará la exequibilidad de la frase y el Banco de la República que aparece en el artículo 2o. de la Ley 42 de 1993, así como su parágrafo y las demás expresiones demandadas, en cuanto se refieren al Banco de la República, pero en el entendido que respecto de éste y de las funciones que la Constitución Política le atribuye en el artículo 371 el control se circunscribirá a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga (Corte Const., SC-529, 1993).

En el ámbito territorial, la propia ley establece que serán sujetos de control fiscal los organismos que integran la estructura de la administración. Dice al respecto el artículo 3o. de la Ley 42 lo siguiente:

Art. 3o. Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior.

Para efectos de la presente ley se entiende por administración territorial las entidades a que hace referencia este artículo.

De manera mucho más precisa, el Art. 4o. del Decreto 267 (2002) establece que serán objeto de control fiscal las siguientes personas y entidades:

Art. 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 y 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;*
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;*³⁴
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.*

Conforme a lo anterior, es claro que tanto la CP como la ley consagran un concepto orgánico de *administración*, y por ésta entienden los sujetos y las entidades que ejercen administración de recursos. Asimismo, se trata de un concepto amplio, en tanto no se restringe a las entidades de la denominada rama ejecutiva sino que se extiende a todos los órganos del poder público cuando ejercen función administrativa. Sobre este concepto orgánico amplio u orgánico institucional, si se prefiere, la doctrina ha establecido lo siguiente:

A diferencia de otros criterios, lo que determina a la administración como objeto del derecho administrativo no es la simple función calificada como administrativa, sino la existencia misma de órganos administrativos; de una institución administrativa, esto es, un cuerpo de sujetos u órganos conocidos y adjetivados como administrativos. [...]. Se trata, pues, de un criterio inspirado formalmente en la división de

34. En el caso de los recursos endógenos de las entidades territoriales, la CGR puede ejercer control fiscal: “1) cuando así lo solicite el gobierno de la respectiva entidad, una comisión permanente del Congreso, o la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales; y 2) cuando así lo solicite la ciudadanía, por medio de los mecanismos legales de participación”. Cf. Corte Const., SC-364, 2001.

poderes del Estado y dentro de esta concepción, en estricto sentido, en la existencia de un poder formado por órganos y sujetos administrativos (Santofimio, Tomo I, 2003, p. 50).

Es claro, por ende, que el control no recae única y exclusivamente sobre la denominada *rama ejecutiva*, sino respecto de todos los órganos del poder público cuando ejercen gestión fiscal.³⁵ Asimismo, comprende el examen de la gestión fiscal sobre recursos endógenos y sobre recursos exógenos de las entidades territoriales.

35. En este sentido se expresó la Corte Constitucional cuando manifestó que: “Es bajo este orden de ideas que el constituyente colombiano institucionalizó varios sistemas de controles entre los cuales se destaca el control fiscal, que comprende la ‘gestión fiscal de la administración’ que no sólo se limita a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación”. (Corte Const., SC-167,1995)

2

La Contraloría General de la República

Naturaleza

En los términos del Art. 113 de la CP, es uno de los órganos autónomos e independientes del poder público. Así como hay un órgano para la función legislativa (Congreso de la República), para la función ejecutiva (Gobierno) y para la función judicial (jueces, en general), asimismo existe un órgano especializado para el ejercicio de la función de control, específicamente, de control fiscal.

Dice al respecto el Art. 113 de la CP lo siguiente:

Art. 113. Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

En la medida en que el Art. 113 no dice cuáles son las otras funciones ni los órganos autónomos que las desarrollan, la CP destinó unos artículos específicos a hacer tal aclaración. En el caso del control fiscal, tanto la función como el órgano fueron previstos en los Arts. 117 y 119 que a la postre dicen lo siguiente:

Art. 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control.

Art. 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

Conforme a lo anterior, la CGR es uno de los órganos autónomos e independientes que desarrollan las funciones del poder público, distintas de las ya tres clásicas previstas por el constitucionalismo liberal.

Para garantizar la independencia de la CGR, la ley le reconoce los siguientes ámbitos de autonomía:

Autonomía administrativa

La autonomía administrativa, prevista en el Art. 6o. del Decreto 267 tiene como finalidad brindar a la CGR la posibilidad de definir los procedimientos para el ejercicio de su función. Como única limitante está la imposibilidad de crear gastos que no figuren en el presupuesto anual, en concordancia esto con el artículo 345 de la CP. Dice al respecto la norma lo siguiente:

Art. 6. AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA. En ejercicio de su autonomía administrativa le corresponde a la Contraloría General de la República definir todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de sus funciones en armonía con los principios consagrados en la Constitución y en este decreto.

Parágrafo. El contralor general no podrá crear con cargo al presupuesto de la Contraloría obligaciones que excedan el monto global fijado en el rubro de servicios personales de la Ley Anual de Presupuesto.

Autonomía contractual

La autonomía contractual es la posibilidad que tiene el contralor general de suscribir, en nombre y representación de la entidad, todos los actos y contratos necesarios para el ejercicio de sus funciones. Esta autonomía, además, comprende la posibilidad de delegar la facultad de contratación así como la representación judicial en los procesos en que sea parte la Contraloría. Expresa el Art. 7o. (id) lo siguiente:

Art. 7. AUTONOMÍA CONTRACTUAL. En ejercicio de la autonomía contractual, el contralor general de la República suscribirá en nombre y representación de la entidad, los contratos que debe celebrar en cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de la delegación que al efecto realice conforme a lo dispuesto en el presente decreto.

En los procesos contenciosos administrativos la Contraloría General de la República estará representada por el contralor general o por el abogado que él designe para el efecto mediante poder.

Lo anterior se ve complementado por el Art. 2o. de la Ley 80 (1993), que respecto de cuáles son las entidades estatales con capacidad para contratar, nos dice: “Art. 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: **1o. Se denominan entidades estatales:** [...] b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, **la Contraloría General de la República**, las contralorías departamentales, distritales y municipales...”. (Negrilla fuera de texto).

Autonomía presupuestal

La autonomía presupuestal de la CGR está prevista en el Art. 4o. de la Ley 106 (1996), el cual reza lo siguiente:

Art. 4o. AUTONOMÍA PRESUPUESTARIA. La Contraloría General de la República tendrá autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, en concordancia con la ley orgánica de presupuesto.

Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar el factor resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría sobre la sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada.

La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del contralor general de la República.

El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República.

Es de recordar que el Art. 8o. del Decreto 267 (2000) había derogado el Art. 4º precitado. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró que dicha derogatoria contrariaba la Constitución en tanto las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República “no comprendieron la atribución de modificar las bases para el cálculo de la tarifa de control fiscal que fue lo que hizo en exceso el precepto demandado”. En ese sentido, dijo el alto tribunal: “el artículo 4o. de la Ley 106 de 1996 continúa estando plenamente vigente y, por ende, es la normatividad aplicable a la determinación y cálculo de la tarifa de control fiscal” (Corte Const., SC-1550, 2000).

Funciones de la Contraloría General de la República

La CGR tiene como función principal la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración (en sentido orgánico amplio) y de los particulares que manejen fondos o bienes públicos. De manera particular, el Art. 5o. del Decreto 267 le asigna las siguientes:

Art. 5. FUNCIONES. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República:

- 1. Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal del Estado a través, entre otros, de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.*
- 2. Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal conforme a los sistemas de control, procedimientos y principios que establezcan la ley y el contralor general de la República mediante resolución.*
- 3. Ejercer el control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial en los casos previstos por la ley.*
- 4. Ejercer funciones administrativas y financieras propias de la entidad para el cabal cumplimiento y desarrollo de las actividades de la gestión del control fiscal.*
- 5. Desarrollar actividades educativas formales y no formales en las materias de las cuales conoce la Contraloría General, que permitan la profesionalización individual y la capacitación integral y específica de su talento humano, de los órganos de control fiscal territorial y de los entes ajenos a la entidad, siempre que ello esté orientado a lograr la mejor comprensión de la misión y objetivos de la Contraloría General de la República y a facilitar su tarea.*
- 6. Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales de conformidad con las disposiciones legales.*
- 7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prevenir graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.*
- 8. Prestar su concurso y apoyo al ejercicio de las funciones constitucionales que debe ejercer el contralor general de la República en los términos dispuestos en este decreto.*
- 9. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control interno en los términos previstos en la Constitución Política y la ley.*

La enunciación de las funciones que corresponde ejercer a la Contraloría tiene, de conformidad con los Arts. 6o. y 122 de la CP, carácter taxativo, sin perjuicio de que se trabaje armónicamente con los otros órganos del poder, en la denominada separación flexible de funciones.

La asignación de nuevas competencias corresponderá, de conformidad con la CP, al legislador ordinario (Congreso de la República) o extraordinario (Presidente de la República); en este último caso, cuando así se le habilite mediante la denominada ley de facultades.

Sin lugar a dudas, la disminución o el aumento de funciones, potestad del legislador, está sujeta a la valoración que se haga de las necesidades sociales y de la eficacia y eficiencia del actual estatuto jurídico del control. Así, cuando se considere que el actual marco de funciones es insuficiente para responder a los conflictos derivados de la gestión fiscal de las entidades públicas, se tendrá que hacer la revisión de éste para evaluar la necesidad de modificarlas o aumentarlas. Aunque nunca o poco se presenta, es posible también reducir funciones para permitir una función más eficiente cuando el cumplimiento de la misma no aporte resultados que justifiquen el tiempo y los recursos destinados a ella.

El contralor general de la República

Requisitos para ser contralor general

De conformidad con el Art. 267 de la CP, para ser elegido contralor general de la República se requiere: “[...] *ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley*”.³⁶

Respecto de la primera exigencia, esta debe entenderse a la luz del Art. 96 de la Constitución, el cual preceptúa que los colombianos lo son por nacimiento o por adopción y fija las reglas para reconocer la nacionalidad.³⁷

La razón de tal exigencia deriva de la enorme importancia política que para el Estado colombiano significa el ejercicio de este cargo; de allí que no baste con ser colombiano sino que sea necesario que tal condición se tenga por nacimiento y no por adopción.

36. Establece el Decreto 267 de 2000 lo siguiente: “Art. 37. *Calidades. Para ser elegido contralor general de la República se requiere cumplir lo señalado por el artículo 267 de la Constitución Política y los demás requisitos que determine la ley*”.

37. Establece el Art. 96 lo siguiente: “Art. 96. *Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y; b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República*”.

En segundo lugar, se requiere que sea ciudadano en ejercicio,³⁸ esto es, nacional, mayor de edad,³⁹ en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

En tercer lugar, debe tener una edad mínima de treinta y cinco años. En cuanto a la edad como requisito para el ejercicio de ciertos derechos, hemos de recordar que la CP consagró la edad como criterio de diferenciación para el acceso a muchos cargos.

De manera particular, la edad es un criterio semisospechoso de diferenciación, es decir, un criterio que, aunque aceptado, conlleva un examen riguroso de constitucionalidad. Sin embargo, el criterio será sospechoso cuando se use como límite máximo de edad para el ejercicio de un derecho porque, una vez alcanzada ésta, no es posible volver atrás.⁴⁰ Por el contrario, la edad mínima no vulnera la CP porque, si bien es cierto la edad no es un determinante inequívoco de madurez, sí es un indicador razonable de presunción de ésta que, acompañado de otros criterios objetivos como la experiencia y la preparación académica, dan cuenta de la idoneidad de un sujeto para acceder a un cargo o para desempeñar una función.⁴¹

En el caso del contralor general de la República, al margen de las anteriores consideraciones, al ser un requisito de rango constitucional, éste resulta inobjetable.

En cuarto lugar, se exige que tenga título universitario o haber sido profesor universitario durante un espacio no inferior a cinco años. Frente a este requisito, vale la pena expresar que no se exige ninguna profesión en particular. Sin embargo, opera lo que podríamos llamar la “costumbre constitucional”, esto es, la práctica reiterada y socialmente aceptada que complementa las normas de la Constitución. Así, podríamos afirmar que, para esta alta dignidad, la profesión

38. Sobre el concepto de ciudadanía ha dicho la Corte: “Son ciudadanos los nacionales mayores de dieciocho años (18), de conformidad con el párrafo del artículo 98 de la Carta. La ciudadanía es el nexo que une al Estado con un nacional para efectos de concederle derechos y obligaciones políticas, siempre que la persona reúna los requisitos exigidos al efecto por la ley. Pues bien, sólo los ciudadanos pueden ejercer los derechos políticos”. (Corte Const., SC-03, 1993).

39. Conforme al Art. 98 de la CP, mientras la ley no disponga otra cosa, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años.

40. Cf. Corte Constitucional. SC-093, 2001, en la cual se expresó que “una diferenciación con fundamento en la edad no puede ser tachada como sospechosa de discriminación cuando se establecen mínimos para el ejercicio de una actividad. En cambio, ella se torna más problemática si fija toques (máximos) a partir de los cuales no podrá ejercerse una actividad, sencillamente porque la edad se convierte ahora en rasgo permanente de la persona y del cual no podrá prescindir voluntariamente”.

41. Cf. entre otras, Corte Const., ST-395, 1997; ST-108, 2001; SC-093, 2001.

debe estar relacionada con las funciones que se desarrollan, no porque así lo exija la Constitución, sino porque así lo entendió la costumbre.

Adicional a lo establecido en el Art. 267 de la CP, el Art. 59 de la Ley 42 (1993) establece que *“para ser elegido contralor general de la República se requiere, además de lo señalado por el artículo 267 de la Constitución Nacional, [...] haber ejercido funciones públicas por un período no menor de cinco años”*.

El ejercicio de dichas funciones públicas se establece con el fin de que quien vaya a vigilar la conducta oficial de quienes ejercen gestión fiscal tenga un mínimo de conocimiento de la materia sobre la cual va a ejercer control.

Elección y periodo

De conformidad con el Art. 267 de la CP, *“el contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo”*; manifestará su aceptación ante el nominador en los quince días siguientes a la elección y tomará posesión del cargo ante el Presidente de la República (Art. 36, Decreto 267/2000).

Según lo anterior, la elección del contralor general tiene las siguientes características: 1) es elegido por el Congreso en pleno; 2) proviene de una terna plurinominada; 3) su periodo es coincidente con el del Presidente de la República; 4) no puede ser reelegido para el periodo inmediato.

Respecto de las anteriores características podríamos señalar lo siguiente.

La elección por el Congreso en pleno y no por una de sus cámaras –Senado o Cámara de Representantes– nos da cuenta de la importancia institucional que la figura tiene en la arquitectura constitucional colombiana. A diferencia del procurador general, que requiere únicamente de las mayorías en el Senado, o del defensor del pueblo, que las necesita en la Cámara de Representantes, el contralor general necesita presentar su propuesta de trabajo ante la instancia representativa de la Nación (Senado) y de los territorios (Cámara) y encontrar el apoyo mayoritario en ambos espacios para dar a su elección una mayor legitimidad, es decir, el Constituyente encontró tan delicada la función de control fiscal que exigió que la elección del titular no se hiciera por unas pocas

mayorías existentes en una de las cámaras sino que fuera fruto de un amplio consenso democrático.

Su origen de terna plurinominada también busca garantizar su independencia. Cuando la terna es uninominada, es decir, viene de una sola persona o institución, como en el caso del defensor del pueblo (Art. 281 CP), del fiscal general de la Nación (Art. 249 CP) o de la terna para magistrados de la Corte Constitucional que puede presentar el Presidente de la República (Art. 239 CP), la sola inclusión en la terna, al margen de quién resulte elegido, genera un vínculo invisible de agradecimiento con el nominador; mientras que cuando la terna se genera en diversas instancias el vínculo es menor, en razón a que la sola inclusión en la terna no es suficiente para garantizar la elección.

Por otro lado, el hecho de que la terna provenga de corporaciones judiciales de cierre le brinda mayor independencia, toda vez que estas no actúan por móviles electorales o de consensos democráticos sino por razones de política pública y de respeto hacia las instituciones jurídicas.

La coincidencia con el periodo del Presidente de la República obedece a dos grandes razones: por un lado, unas de tipo clientelista de asignación de cuotas dentro del ente de control para quienes participan de la elección; por otro lado, unas de tipo institucional de ejercicio del poder en periodos concretos, con la errónea creencia de que la vigilancia fiscal debe recaer sobre programas específicos de Gobierno más *“que sobre proyectos de larga mira con respecto a sus propósitos constitucionales”* (Corredor, 2009, p. 35).

Adicional a lo anterior, cabe agregar que se trata de un periodo institucional y no personal. Así las cosas, en caso de falta absoluta, quien lo reemplace lo hará por el tiempo que falte para culminar el periodo, sin importar de cuánto se trate.

La prohibición de reelección inmediata, y a diferencia del procurador general de la Nación, titular del control disciplinario, que sí puede ser reelegido, se debe a la presunción de que el contralor general buscará ser reelegido a partir de un ejercicio no muy eficaz del control fiscal, esto es, del encubrimiento de factores dignos de sanción a cambio del voto en la reelección.

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Las inhabilidades generales o comunes a todo servidor público están consignadas en los artículos 122, 126 y 127 de la CP, mientras que las especiales están consagradas en su artículo 267.

El estricto régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Constitución y la ley tiene como finalidad que los principios de moralidad, idoneidad, probidad e imparcialidad sean rectores de la función pública y caractericen a quienes ejercen o piensan desempeñar empleo público,⁴² y se consideran mandatos de orden público en tanto su desconocimiento no puede ser saneado.

La fijación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, de conformidad con lo señalado en los Arts. 6o., 123 y 150-23 del texto superior, corresponde, en principio, al constituyente y en todo lo no expresamente señalado por éste al legislador, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Constitución,⁴³ siempre y cuando se le haya habilitado para ello.

Frente a esta limitación, es claro que el establecimiento de causales de inhabilidad e incompatibilidad es competencia exclusiva de la Constitución y de la ley. Sin embargo, el legislador sólo podrá introducir nuevas causales cuando el constituyente le haya deferido expresa o tácitamente esta competencia. Si, por el contrario, la Constitución fue clara y precisa a la hora de fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el legislador no podrá exceder ese marco

42. En tal sentido véase Corte Constitucional, SC-546, 1993. En igual sentido, se ha dicho que “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa, que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos”. (Corte Const., SC-564, 1997). Sobre el objetivo de las incompatibilidades había expresado lo siguiente: “Se trata de impedir que se confunda el interés privado del congresista, directo o indirecto, con los intereses públicos; evitar que el congresista pueda valerse de la influencia inherente a su función para derivar cualquier tipo de provecho en nombre propio o ajeno” (Corte Const., SC-349, 1994).

43. Mientras que el legislador tiene un amplio margen para configurar este régimen exceptivo de ingreso a la función pública, sin más limitaciones que las que surgen de la Constitución, los operadores jurídicos deben “interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos” (Corte Const., SC-200, 2001). Sobre la potestad del legislador para establecer el régimen exceptivo se ha dicho que: “el legislador goza, por mandato de la Constitución, de plena libertad, independencia y autonomía para determinar los parámetros, criterios y reglas a seguir en cuanto a la definición de alguna de las materias que le corresponde reglamentar, como es el caso del régimen de prohibiciones para la elección y el ejercicio de la función de alcalde, gobernador, concejal o diputado” (Corte Const., SC-329, 1995).

e introducir nuevas circunstancias sino que tendrá que limitar su actuación a reglamentar lo previsto en la Constitución.⁴⁴

En este sentido, la Corte ha establecido con gran reiteración que al legislador no le está constitucionalmente permitido introducir cualquier tipo de regulación respecto de los requisitos de acceso a la función pública, sino que debe ponderar la protección de los derechos e intereses colectivos y el derecho político de acceso a los cargos públicos consignado en el Art. 40-7 superior, con la consagración de causales de ineligibilidad a dichos cargos.

Sin embargo, cuando el legislador ejerce su libertad para configurar dicho régimen, debe *“evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de inhabilidad o incompatibilidad, así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas”* (Corte Const., SC-194, 1995).⁴⁵

En resumen, se le reconoce al legislador la competencia de conformar el orden jurídico, es decir, la potestad para regular fenómenos no expresamente consignados en la Constitución, de modo que se garantice la transparencia en el acceso a la función pública, las sanas costumbres y la separación entre lo público y lo privado (Corte Const., SC-617, 1997), pero a su vez dicha regulación, al no tratarse de una libertad configurativa absoluta, debe garantizar el pleno ejercicio de derechos fundamentales como el trabajo, la libre escogencia de profesión u oficio, el acceso a la función pública y el derecho a elegir y ser elegido (Corte Const., SC-537, 1993).

En el caso del contralor general de la República, las inhabilidades tienen carácter taxativo, en tanto la CP no defirió al legislador, ni expresa ni tácitamente, la posibilidad de incluir nuevas situaciones.

44. Por ejemplo, el Decreto 267 (2000) se abstiene de hacer referencia al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del contralor general, en tanto la Constitución reguló el tema sin dejar libertad al legislador para introducir nuevas causales.

45. En igual sentido expresó: *“En otras palabras, [...] las prohibiciones deben ser definidas de conformidad con el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades, pues de esta manera no sólo se respeta la libertad de configuración legislativa –amparada en los principios de razonabilidad y proporcionalidad–, sino, además, se garantiza plenamente la ejecución de los fines esenciales del Estado en sus diferentes niveles, notoriamente asociados, como quedó dicho, con la consecución y satisfacción de los intereses de la comunidad”* (Corte Const., SC-209, 2000).

Tal posición se fundamenta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que de manera reiterada ha dicho que el carácter cerrado de las inhabilidades su sustenta en que 1) se trata de una afectación al derecho de elegir y ser elegido; 2) el principio de la supremacía de la Constitución impide que la ley establezca disposiciones que la contraríen; 3) las limitaciones a los derechos fundamentales son de interpretación restrictiva; 4) la Constitución se reservó la prerrogativa de establecer límites al ejercicio de elegir y ser elegido (Corte Const., SC-540, 2001).⁴⁶

En el caso de las incompatibilidades, a nuestro parecer, en la medida que la CP no mencionó la posibilidad de incluir por vía de la ley otras circunstancias como causales de incompatibilidad, ha de entenderse que su carácter es taxativo.

Adicional a lo anterior, hay que expresar que entre la inhabilidad y la incompatibilidad existen claras diferencias no siempre reconocidas o tratadas con rigor por la misma Constitución, el legislador y la doctrina;⁴⁷ diferencias que incluyen la definición, el momento fáctico de su ocurrencia y los efectos que producen, aun cuando la finalidad sea la misma.

Respecto a su definición, expresa la Real Academia Española de la Lengua que lo inhábil se traduce en un *“defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio”*.

En vigencia de la anterior Constitución, la CSJ manifestó que por tal había de entenderse *“aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros”* (CSJ, Sent. 9/6/88).

Por su parte, la Corte Constitucional, interpretando la Carta de 1991, las ha entendido como *“aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio”* (Corte Const., SC-546, 1993).⁴⁸

46. En el mismo sentido, Corte Const., SC-209, 2000 y SC-015, 2004.

47. Por ejemplo, el inciso 2o. del Art. 181 de la Constitución establece que *“quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión”*, sin tener en cuenta que el régimen de inhabilidades aplica antes de la posesión mientras que el de incompatibilidades, a partir de ella.

48. En igual sentido expresó que *“las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han*

En relación con el concepto de incompatibilidad, este es visto por la Real Academia Española de la Lengua como la “*repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí*”.

La Corte Constitucional, a su vez, conceptualiza la incompatibilidad como “*una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado*” (Corte Const., SC-181, 1997).

De lo anterior se concluye que las inhabilidades son anteriores al ejercicio de la función pública, mientras que las incompatibilidades son concomitantes con ella, es decir, unas son prohibiciones para su ingreso mientras que las otras son limitaciones en su ejercicio.

Respecto a la regulación precisa de las inhabilidades e incompatibilidades del contralor general, que ya está claro son de carácter taxativo, tenemos que el Art. 267 de la CP establece las siguientes:

Respecto de las inhabilidades:

No podrá ser elegido contralor general quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En tratándose de las incompatibilidades:

Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Cf. Corte Const., SC-380, 1997; en el mismo sentido, SC-200, 2001 y SC-1212, 2001.

Vigencia del régimen

El estricto régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conforme al Art. 267 de la CP, inicia un año antes de la elección, se mantiene durante la totalidad del respectivo periodo constitucional y se prolonga hasta un año después de la dejación del cargo.

Adicional a lo anterior, el Art. 267 de la CP trae como excepción a este régimen el ejercicio de la docencia, cualquiera que sea el nivel académico y la naturaleza de la institución, que puede ser pública o privada.

Faltas del contralor general

Las faltas, de conformidad con la Constitución y la ley, pueden ser absolutas y temporales. Serán absolutas cuando el titular de la función no pueda, por razones físicas, síquicas o jurídicas volver al cargo para el resto del periodo. Serán temporales cuando la ausencia del cargo tenga carácter transitorio.

Según el Art. 267 de la CP, la declaratoria de falta absoluta y la elección de quien ha de continuar en el ejercicio del cargo mientras se cumple el periodo constitucional corresponde al Congreso de la República como directo nominador. En el evento de la falta temporal, tanto su declaratoria como la designación de su reemplazo corresponden al Consejo de Estado.⁴⁹

Si bien es cierto ni la Constitución ni la ley hicieron alusión a quién debía declarar la falta, absoluta o temporal, lo cierto es que no puede corresponder sino a la entidad que tiene la función de hacer la designación o el nombramiento. De otra manera, el principio de separación de funciones se vería menguado puesto que la entidad correspondiente no podría ejercer su función constitucional sino cuando otra se lo autorizase a través de dicha declaración.

Tampoco expresan ni la Constitución ni la ley cuál es el término máximo por el que debe darse la falta temporal antes de tornarse en absoluta. Frente a tal hipótesis, habría que expresar que el límite está dado por la extensión misma del periodo, es decir, si la falta es temporal pero está previsto que se extienda más allá de la finalización del periodo, habrá de tomarse como absoluta. Si no

49. Así lo reitera el Num. 4 del Art. 96 del Decreto 01 (1984) y el Num. 5 del Art. 109 de la Ley 1437 (2011).

supera dicho límite, por más extenso que sea, debe mirarse como falta temporal y suplirse como lo ordena la Constitución.

Faltas absolutas

Frente a las faltas absolutas expresa el artículo 38 del Decreto 267 (2000)⁵⁰ que, de conformidad con el Art. 267 de la CP, corresponde al Congreso de la República proveer las faltas absolutas del contralor general. Esto tiene su lógica en tanto no puede proveer la falta sino quien hizo la elección y ante la presentación de nuevo candidato por parte de quien hizo la postulación original. En el tema preciso de las causales de falta absoluta, tanto la Constitución como la ley guardaron silencio al respecto. Por esta razón, se aplican aquellas que por su propia naturaleza constituyen retiro definitivo del cargo. En este sentido, se tienen como faltas absolutas las siguientes:

- a) La muerte;
- b) La renuncia aceptada;
- c) La destitución del cargo decretada por sentencia judicial o fallo disciplinario;
- d) La incapacidad física permanente que impida el ejercicio del cargo;
- e) El abandono del cargo;
- e) El haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Proveer la falta absoluta del contralor general corresponde, según se dijo, al Congreso de la República. En el interregno entre la presentación de la falta absoluta y el nombramiento de su sucesor, el vicecontralor asumirá las funciones del contralor general (Pár. 1, Art. 38, id). Asimismo, asumirá las funciones en los casos de ausencia forzosa e involuntaria.

Faltas temporales

De conformidad con el artículo 267 de la CP, corresponde al Consejo de Estado proveer las faltas temporales del contralor general. Son causales de falta temporal, de conformidad con el artículo 39 del Decreto 267, las siguientes:

50. Este decreto fue expedido, previo concepto del contralor general de la República, con base en las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 1º de la Ley 573 del 2000 al Presidente de la República.

Art. 39. FALTAS TEMPORALES. Son faltas temporales del contralor general de la República:

1. Los permisos para separarse del cargo por un periodo superior a un (1) mes;
2. Las licencias superiores a un (1) mes;
3. La incapacidad física transitoria cuando ésta supere un (1) mes;
4. La suspensión provisional en el desempeño de sus funciones dentro de un proceso disciplinario, fiscal o penal;
5. La suspensión provisional de la elección, dispuesta por la jurisdicción administrativa; y
6. La ausencia forzada e involuntaria cuando ella supere un (1) mes.

PARÁGRAFO. La ausencia forzada e involuntaria cuando supere un (1) mes, también se considerará falta temporal de carácter especial, evento en el cual no habrá solución de continuidad en los derechos laborales y prestacionales del contralor titular.

Atribuciones del contralor

Las atribuciones están señaladas en el Art. 268 de la CP. Este listado, de carácter enunciativo, en tanto permite la asignación de nuevas funciones (Núm. 13), contiene atribuciones normativas y reguladoras; de inspección, vigilancia y control; correccionales; nominadoras; de expedición de conceptos; y de registro. Expresa el artículo 268 lo siguiente:

Art. 268. El contralor general de la República tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

En este numeral encontramos dos obligaciones diferenciadas: primero, la relacionada con los métodos de rendir las cuentas; y segundo, la atinente a los criterios de evaluación financiera que deben seguirse.

Frente a lo primero, es claro que el obligar a la unificación de los métodos para la rendición de cuentas es competencia exclusiva de la CGR, y el legislador –ordinario y extraordinario– no puede intervenir en dicha facultad (Corte Const., SC-490, 1996).

En relación con lo segundo, se estableció que la legitimidad de la gestión fiscal también está dada por la aplicación de los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y economía y por la materialización de los fines esenciales del Estado, de tal suerte que los criterios de evaluación han de ceñirse a tales postulados (Corte Const., SC-167, 1995)

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

Frente a esta potestad, lo primero que ha de aclararse es el concepto de “cuenta”, que ha de entenderse, “*para efectos fiscales, el informe acompañado de los documentos que sustentan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por las personas responsables del erario*” (C. Const., SC-046, 1994).

Adicional a lo anterior, hay que señalar que la norma no prevé un límite para levantar el fenecimiento de una cuenta. Frente a esto, se tiene que sustentan la posibilidad de levantar el fenecimiento de las cuentas en cualquier término en consideración a lo siguiente: 1) la aprobación de una cuenta no incluye el dolo contenido en ella; 2) las aprobaciones de fenecimiento no condonan el dolo contenido en ellas; 3) el surgimiento de nuevos elementos de juicio puede tornar el fenecimiento en ilegal al mantener intacta una situación irregular.

Finalmente, hay que aclarar que si luego de declarado el fenecimiento aparecen nuevos elementos de prueba, se puede reabrir el proceso siempre que no hayan transcurrido más de dos años, pues en tal caso no se podrá reabrir el proceso de responsabilidad fiscal sin perjuicio de que se adelante la acción penal (C. Const. SC-046, 1994).

3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.

Esta competencia debe entenderse en consonancia con el Art. 364 de la CP, el cual preceptúa que:

Art. 364. El endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades territoriales no podrá exceder su capacidad de pago. La ley regulará la materia.

Ese registro del endeudamiento cumple la triple función de ser base certificadora de las finanzas del Estado, permitir el acceso a los contratos de empréstito y cuantificar los compromisos financieros del Estado (Gómez. *Op. cit.*).

4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

Como ya se dijo frente a la competencia del numeral primero, la CGR tiene la potestad para unificar la entrega de los informes y, si puede ejercer tal atribución, con mayor razón puede exigir que se le presenten pues no tendría sentido que exigiera la utilización de un formato específico pero no fuera competente para exigir la presentación de los informes.

5. Establecer la responsabilidad 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.

El proceso de responsabilidad fiscal encuentra pleno sustento en el Art. 268-5 de la CP. De él se desprende la posibilidad que tiene el contralor general de atribuir la responsabilidad, imponer las sanciones, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, facultades estas que tienen sustento en la función de vigilancia y control fiscal de la que es titular.

Conforme a lo anterior, la competencia se desarrolla en dos momentos: la etapa de formular observaciones y recomendaciones y la etapa de la investigación con la correspondiente imputación de responsabilidad fiscal (C. Const. SC-840, 2001).

Esta segunda etapa comprende el proceso declarativo y el de ejecución. En el proceso declarativo se discute la existencia de la responsabilidad fiscal, para lo cual se aplican íntegramente las reglas del debido proceso. Por su naturaleza es un típico proceso de conocimiento en el cual se discute la existencia de la responsabilidad. El segundo proceso o etapa, denominado de ejecución, se dedica a recaudar, coactivamente, el pago de la obligación contenida en el fallo de responsabilidad fiscal (Corte Const., SC-919, 2002).

6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

Frente a esta competencia, aunque no resulte obligatorio el concepto, y sin que la misma función se traduzca en una coadministración, estamos ante un eficiente mecanismo porque permite a las entidades hacer un autocontrol de su gestión y articularse al Sistema Nacional de Control Fiscal.

7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

Esta competencia es derivación directa del carácter verde o ecológico de la CP de 1991. Puesto que uno de los elementos del control fiscal es la valoración de los costos ambientales de la gestión fiscal, queda claro que no se trata de

una actividad de levantamiento de inventarios de los recursos ambientales ni de la posibilidad de imponer sanciones en este campo, sino de un control de la gestión pública en el aspecto ambiental con miras a un desarrollo sostenible.

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.

Esta facultad, prevista expresamente para el contralor general de la República, también puede ser ejercida por los contralores seccionales o locales cuando le solicitan al Presidente de la República o a los gobernadores, la suspensión provisional de los alcaldes municipales y distritales (Corte Const., SC-603, 2000).

9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.

Esta competencia, conocida como iniciativa legislativa restringida, encuentra fundamento en el Art. 140 de la Ley 5 (1992), que expresa lo siguiente:

Art. 140. INICIATIVA LEGISLATIVA. Pueden presentar proyectos de ley: [...]

9. El contralor general de la República.

La única condición para el ejercicio de esta facultad es que el proyecto de ley tenga relación con las funciones de la entidad que presenta el proyecto, con el criterio de la especialidad funcional.

10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho.

11. Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.

12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

13. Las demás que señale la ley.

Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General.

En desarrollo de este precepto constitucional, el Decreto 267 (2000)⁵¹ le asigna las siguientes funciones:

Art. 35. DESPACHO Y FUNCIONES DEL CONTRALOR GENERAL. Corresponde al Despacho del contralor, con la colaboración y coordinación del Secretario Privado, prestar y suministrar en forma efectiva los servicios de apoyo inmediato que requiera el contralor general, con el fin de facilitar el ejercicio de sus funciones.

Son funciones del contralor general de la República, además de las atribuciones constitucionales y legales a él asignadas, las siguientes:

- 1. Fijar las políticas, planes, programas y estrategias para el desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal, del control fiscal del Estado y de las demás funciones asignadas a la Contraloría General de la República de conformidad con la Constitución y la ley.*
- 2. Adoptar las políticas, planes, programas y estrategias necesarias para el adecuado manejo administrativo y financiero de la Contraloría General de la República, en desarrollo de la autonomía administrativa y presupuestal otorgada por la Constitución y la ley.*
- 3. Fijar las políticas, planes y programas para el desarrollo, ejecución y control del sistema presupuestal de la Contraloría General de la República.*
- 4. Dirigir como autoridad superior las labores administrativas y de vigilancia fiscal de las diferentes dependencias de la Contraloría General de la República, de acuerdo con la ley.*
- 5. Llevar la representación legal de todos los asuntos que en el ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad.*
- 6. Ordenar la suspensión inmediata, mientras culminan los procesos penales o disciplinarios a que alude el ordinal 8 del artículo 268 de la Constitución Política.*
- 7. Dictar las normas tendientes a la armonización de los sistemas en materia de vigilancia de la gestión fiscal y los controles y modalidades que corresponda, las que serán de obligatorio cumplimiento y adopción por las contralorías territoriales.*
- 8. Las demás que le señale la ley.*

51. Decreto 267 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”.

Parágrafo. El contralor general de la República conocerá en segunda instancia de los procesos de responsabilidad fiscal que conozca en primera instancia la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, cuando así lo determine aquél en forma general.

Además de las funciones señaladas en el Art. 268 de la CP, el Art. 267 (id) le había asignado la competencia para, “en los casos excepcionales, previstos por la ley, [...] ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”, incluidos recursos endógenos, según señaló la Corte Constitucional en la SC-364 (2001). Por su parte, el Art. 270 nos dice: “La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”,⁵² en clara y directa alusión a la posibilidad de participar del control de la gestión fiscal. Finalmente, el Art. 273 nos dice: “A solicitud de cualquiera de los proponentes, el contralor general de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública”.⁵³

El ejercicio de las anteriores funciones está preñado por los principios de la función pública enunciados en el Art. 209 de la CP y, además, puede ejercerse por las vías que le señala el ordenamiento jurídico, es decir, de manera directa, o por sus directos colaboradores a través de la delegación, cuando la naturaleza misma se lo permite.

Adicional a lo anterior, se deja abierta la puerta para la asignación de nuevas funciones, lo cual deberá hacerse siempre a través de la ley.

52. Al respecto, expresó la Corte Constitucional que “en el marco de la democracia participativa adoptada como elemento esencial de la República, se dispuso la intervención ciudadana mediante ley, que organizará las formas y los sistemas de participación que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados (art. 270 C.N.)”. SC-534, 1993.

53. Sobre el punto, expresó la Corte que “la adjudicación de una licitación en audiencia pública es un requisito que normalmente compete a la ley establecer en el estatuto general de contratación de la administración pública. Si bien la adición de supuestos en los que se contemple, en aras de la transparencia del proceso de contratación pública, la necesidad de que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública, corresponde a la ley, fuera de la situación a la que se refiere la Constitución, no es posible que ella le conceda al contralor general de la República la facultad discrecional de ordenarla”. Corte Const., SC-529, 1993.

4

El auditor general de la República

La figura del auditor general fue introducida en el Art. 274 de la CP de 1991 como una expresión de los principios de separación de funciones y de frenos y contrapesos (*checks and balances*) previstos en el Art. 113 (id).

La Auditoría General es uno de los denominados órganos autónomos e independientes de que nos habla el Art. 113, encargado de vigilar la gestión fiscal de la CGR. En un comienzo, mediante el Art. 81 de la Ley 106 (1993),⁵⁴ se previó que la Auditoría tendría carácter técnico y estaría adscrita al Despacho del contralor general. Decía la norma lo siguiente:

Artículo 81.- Naturaleza. La Auditoría de la Contraloría General de la República es una dependencia de carácter técnico adscrita al Despacho del contralor general. Con la autonomía administrativa señalada en la presente Ley y presupuesto descentralizado.

Esta situación, sin lugar a dudas, contrariaba los dos principios antes mencionados, en tanto no puede estar separado en el ejercicio de sus funciones, ni mucho menos ejercer el control que institucionalmente le corresponde, aquel que está *adscrito* a aquel a quien, precisamente, debe vigilar o depende de él. En otras palabras, si se encuentra *adscrito* hace parte de la misma institución y,

54. Ley 106 de 1993, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el Sistema de Personal, se desarrolla la Carrera Administrativa Especial y se dictan otras disposiciones”.

en términos sencillos, no es posible garantizar la vigilancia y el control que se ejerce sobre sí mismo.

Si lo que la CP quiso garantizar fue el ejercicio eficiente y eficaz del control, la CGR debía ser independiente de todos aquellos sobre los cuales se ejercería vigilancia. Asimismo, no era posible asignar la vigilancia de la gestión fiscal de la CGR a uno de los órganos sobre los cuales ella ejercía control, en tanto esto no iba a conducir a un control mutuo sino a una obstrucción mutua en el ejercicio de las funciones. Al contrario, para garantizar que la CGR ejerciera su labor sin interferencias indebidas se asignó la vigilancia de su gestión fiscal a un ente distinto de aquellos sobre los cuales ella ejerce control.

Por ello, no tiene sentido que la institución encargada de vigilar a la CGR no tenga la autonomía e independencia requeridas para el ejercicio de su actividad. De allí que se declarara la inconstitucionalidad del apartado normativo que la adscribía a la Contraloría y con ello se reivindicara la independencia y autonomía de la Auditoría. Dijo sobre esto la Corte lo siguiente:

No obstante no ocurre lo mismo con la expresión ‘adscrita al despacho del contralor general de la Nación’, del artículo 81 de la Ley 106 de 1993. Ciertamente, dicha expresión sólo tiene efectos jurídicos si es interpretada dentro del sentido técnico que la comunidad jurídica le reconoce, en cuyo caso es inconstitucional. Si, por el contrario, se limita su entendimiento a algunos de los significados que pueden tener en el lenguaje común (como encontrarse anexa a o hacer parte de), podría permanecer en el ordenamiento, pero, no obstante, carecería de toda eficacia jurídica. En efecto, indicar que la Auditoría se encuentra adscrita al despacho del contralor general de la República, sin que ello implique alguna relación de subordinación, sujeción, sometimiento o siquiera, coordinación, no genera ningún efecto jurídico directo ni indirecto.

En este sentido, no resulta apropiado aplicar el principio de conservación del derecho a fin de producir una sentencia de constitucionalidad condicionada, pues no es claro cuál es la obra legislativa que se podría conservar y, en cambio, se estaría permitiendo que siguiera en el ordenamiento una disposición jurídica confusa que puede afectar el principio de seguridad jurídica –al crear eventuales distorsiones en la interpretación–, así como el principio del efecto útil de las normas jurídicas.

Por las razones anotadas, la Corte declara inexecutable la expresión ‘adscrita al Despacho del contralor general de la Nación’ del artículo 81 de la Ley 106 de 1993. (Corte Const., SC-499, 1998).

Con este pronunciamiento se reivindica el carácter autónomo e independiente del auditor general a la par que se materializan los principios de separación de funciones y de frenos y contrapesos previsto en la Constitución.

Elección y periodo

De conformidad con el Art. 274 de la CP, el auditor general será elegido por el Consejo de Estado, de terna elaborada por la Corte Suprema de Justicia, para un periodo de dos años. Dice la norma lo siguiente:

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

En ejercicio de la competencia reglamentaria, se expide la Ley 573 (2000), por medio de la cual se le otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República, y éste a su vez expide el Decreto-Ley 272 (2000), “por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”.

En este decreto se reitera literalmente lo previsto en la CP y se dice en torno a la elección y periodo del auditor lo siguiente:

Art. 14. DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 274 de la Constitución Política, el auditor general de la República será elegido para un periodo de dos años por el Consejo de Estado, de terna presentada por la Corte Suprema de Justicia.

Esta norma se complementa con lo establecido en el Art. 96 del Decreto 01 (1984), modificado por el Art. 35 de la Ley 270 (1996), que no sólo reitera la competencia de la Corte Suprema para elaborar la terna y del Consejo de Estado para hacer la elección, sino que además agrega que éste no podrá ser reelegido; esto último con miras a garantizar el ejercicio transparente de su función. Dice la norma lo siguiente:

Art. 96. Modificado Ley 270 de 1996, art. 35. La Sala Plena del Consejo tendrá las siguientes atribuciones administrativas:

[...]

9. Elegir, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, para un periodo de dos años, al auditor ante la Contraloría General de la República o a quien deba reemplazarlo en sus faltas temporales o absolutas, sin que en ningún caso pueda reelegirlo;.

Recientemente, con la expedición de la Ley 1437 (2011), se reitera en el numeral 9o. del Art. 109 dicha competencia en los siguientes términos:

Art. 109. La sala plena del Consejo de Estado tendrá las siguientes atribuciones:

[...]

9. Elegir, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, para un periodo de dos años, al auditor ante la Contraloría General de la República o a quien deba reemplazarlo en sus faltas temporales o absolutas, sin que en ningún caso pueda reelegirlo;.

Requisitos para ser auditor general

Los requisitos para ser auditor general ante la CGR no fueron materia de regulación constitucional. A diferencia del contralor general, cuyos requisitos se encuentran en el Art. 267 de la CP, en el caso del auditor se le otorgó al legislador la competencia de fijar las calidades que debía cumplir quien aspirara a ocupar tan alta dignidad.

En ejercicio de esta cláusula especial de competencia, el Art. 14 del Decreto 272 (2000) estableció de manera taxativa los siguientes requisitos:

*Art. 14. DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA. [...] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 274 de la Constitución Política, el auditor general de la República será elegido para un periodo de dos años por el Consejo de Estado, de terna presentada por la Corte Suprema de Justicia. **La persona designada deberá ser profesional en ciencias económicas, contables, jurídicas, financieras o de administración.** (Negrilla fuera de texto).*

Según lo anterior son dos los requisitos que debe cumplir quien aspire a esta dignidad: 1) ser profesional universitario, y 2) que el título sea *en ciencias económicas, contables, jurídicas, financieras o de administración*.

Esta situación aparentemente contraría el derecho a la igualdad, en tanto sujetos como el contralor general o los contralores territoriales no tienen restricción respecto al área del conocimiento en la que deben ser profesionales, mientras que en el caso del auditor la ley restringe dichos títulos a las áreas referidas.

Frente a esto, dice la Corte que no están el contralor y el auditor en la misma situación, de tal suerte que se pueda alegar la violación del principio de igualdad formal, en tanto que en el caso del contralor la propia Constitución señaló los requisitos para el ejercicio del cargo, no estándole permitido al legislador exceder

el marco fijado por esta. Por el contrario, en el caso del auditor la Constitución guardó silencio al respecto, con lo cual se evidencia la existencia de una cláusula especial de competencia para que sea el legislador el que, dentro de los límites de la proporcionalidad, establezca dichos requisitos.

Por otro lado, las competencias asignadas al auditor están relacionadas con los campos del conocimiento en los cuales se exija el título profesional lo que, dice la Corte, materializa los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto se garantiza la idoneidad y probidad de quienes aspiran a ejercer el cargo.

Dijo al respecto la Corte lo siguiente:

En el caso del auditor ante la Contraloría, como ya se ha explicado, la Constitución no fijó los requisitos y calidades para acceder a él, por eso la decisión que aquí se adopta difiere sustancialmente de las precitadas.

8. Conclusiones

De lo expuesto se puede concluir lo siguiente:

- 1. La ley puede fijar requisitos y calidades para el desempeño de empleos públicos, en los eventos en que el constituyente no lo haya hecho;*
- 2. Tales requisitos deben estar dirigidos exclusivamente a demostrar el mérito o cualificación del aspirante o candidato para ejercer la función asignada;*
- 3. El derecho de acceso al desempeño de cargos públicos no se opone a la fijación de requisitos y calidades para su ejercicio, siempre y cuando éstos no excedan los límites de razonabilidad y proporcionalidad en relación con la labor que a ese empleo le corresponde cumplir y la finalidad de la función pública en general.*
- 4. En la fijación de tales requisitos el legislador debe respetar el principio de igualdad y los demás derechos constitucionales. Por tanto, un requisito 'sólo será razonable si apunta a asegurar en el candidato la cualificación técnica, profesional, empírica o académica requeridas para el idóneo desempeño de las responsabilidades y funciones inherentes al cargo o empleo, la probidad moral y ética requeridas para detentar con dignidad tan encomiable investidura y, en suma, para que el ejercicio de la función pública conduzca a realizar el interés general y a efectivizar los derechos protegidos constitucionalmente.'*

Criterios que en el caso que aquí se ha examinado se encuentran cumplidos, pues la exigencia de ser profesional en una de las áreas consagradas en el precepto parcialmente demandado se dirige exclusivamente a demostrar la cualificación del auditor en el ejercicio del control de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, a el asignada.

En razón de lo anotado, la Corte Constitucional declara exequible el aparte acusado del artículo 14 del decreto 272 de 2000, por no vulnerar precepto constitucional alguno. (Corte Const., SC- 408, 2001).

Así las cosas, quien aspire a ocupar el cargo de auditor general deberá cumplir solamente estos dos requisitos, pero ello deberá darse de manera exacta y precisa.

Funciones

Las funciones del auditor general están taxativamente señaladas en el Art. 17 del Decreto 272 en los siguientes términos:

Art. 17. FUNCIONES DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA. Son las siguientes:

- 1. Determinar las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos para el cabal cumplimiento de la vigilancia de la gestión fiscal a él encomendada y para el adecuado funcionamiento administrativo de la Auditoría General de la República, con base en su autonomía administrativa, jurídica, contractual y presupuestal.*
- 2. 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.*
- 3. Promover las acciones pertinentes para resolver los conflictos de competencia que se susciten entre las entidades sujetas a su vigilancia.*
- 4. 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.*
- 5. Solicitar con carácter obligatorio información relevante para el ejercicio de sus funciones a las entidades sometidas a su vigilancia.*
- 6. Presentar los informes sobre el ejercicio de su gestión a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado cada año.*
- 7. Certificar la gestión y resultados de las entidades sometidas a su vigilancia.*
- 8. 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.*

9. 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 ex funcionarios de las entidades sometidas a su vigilancia, y contra los funcionarios o ex funcionarios de la Auditoría General de la República.

10. Llevar la representación legal de la Auditoría General de la República en todos los asuntos inherentes al desarrollo de sus funciones y suscribir los actos y contratos de la entidad.

11. Establecer la responsabilidad 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.

12. Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal, sobre las cuentas de las contralorías municipales y distritales, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales,

13. Adoptar las políticas, planes, programas y estrategias necesarias para el adecuado manejo administrativo y financiero de la Auditoría General de la República, en desarrollo de su autonomía.

14. Asignar a las distintas dependencias y funcionarios de la Auditoría General de la República las competencias y tareas necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones constitucionales y legales, para lo cual podrá conformar equipos de trabajo y dictar los reglamentos internos que se requieran, así como delegar y desconcentrar las funciones a que hubiere lugar, con sujeción a las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

15. Ordenar el gasto, sin perjuicio de las delegaciones que considere convenientes para la buena marcha de la Entidad a su cargo, de conformidad con lo dispuesto por el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

16. Adoptar la planta de personal de la entidad de acuerdo con la viabilidad presupuestal expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, proveer los empleos cumpliendo las normas sobre carrera administrativa, así como distribuir los cargos de la planta global, conformar los grupos internos de trabajo, consejos y comités asesores que sean necesarios para el cumplimiento eficiente y eficaz de las competencias y responsabilidades de la entidad, asignándoles las tareas a ejecutar.

17. Establecer y desarrollar el Sistema de Control Interno de la Auditoría General de la República, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales que lo rigen.

18. Establecer las políticas, planes, métodos y procedimientos para el desarrollo de las actividades de capacitación integral de su talento humano, coordinar programas conjuntos con los organismos sujetos a su vigilancia.

19. Requerir reportes periódicos al asesor de control interno sobre los resultados de su gestión.

20. Designar el funcionario que adelantará las investigaciones disciplinarias internas a que haya lugar, de conformidad con lo establecido en la Ley 200 de 1995.

21. <Numeral INEXEQUIBLE>.

Las funciones del auditor, como las funciones de todos los servidores públicos, son de carácter taxativo, según se desprende de los Arts. 121 y 123 de la CP. Así lo concluyó la Corte Constitucional cuando declaró la inexequibilidad del numeral 21 precitado, el cual establecía que eran atribuciones del auditor, además de las previamente señaladas, “las demás que no estén expresamente relacionadas en este decreto y que sean inherentes a la naturaleza del cargo, sin perjuicio de las delegaciones a que hubiere lugar, así como, aquellas que le sean asignadas por la Constitución y la ley”.

Frente a esto expresó el tribunal constitucional lo siguiente:

- La asignación de funciones genéricas al auditor.

El numeral 21 del art. 17 prevé que además de las funciones expresamente asignadas al auditor, este funcionario puede cumplir ‘las demás que no estén expresamente relacionadas en este decreto y que sean inherentes a la naturaleza del cargo, sin perjuicio de las delegaciones a que hubiere lugar, así como, aquellas que le sean asignadas por la Constitución y la ley’.

Estima la Corte que el principio de legalidad exige la precisión de las funciones que deben desarrollar los servidores públicos al servicio del Estado, para efectos de poderles exigir las consiguientes responsabilidades (arts. 6, 121, 122 y 123, inciso 2 C.P.). Por lo tanto resulta contrario a la Constitución la asignación genérica de competencias que se hace al auditor en dicha norma. Por ello, ésta será declarada inexequible. (Corte Const., SC-1339, 2000).

Faltas del auditor general

Las faltas están reguladas por el Art. 15 del decreto 272 (2000). En el caso de las faltas absolutas, el decreto no trae las causales específicas que dan lugar a su declaratoria, contrario a las faltas temporales, respecto de las cuales el Decreto determina de manera específica las hipótesis que dan lugar a ellas.

Adicional a lo anterior, la norma en cita nos dice a quién corresponde llenar las faltas, tanto absolutas como temporales y asigna dicha competencia a la Sala Plena del Consejo de Estado, en concordancia con lo previsto en el Art. 35 de la Ley 270 (1996). Dice la norma lo siguiente:

Art. 15. FALTAS ABSOLUTAS Y TEMPORALES. De conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la ley 270 de 1996, corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado proveer las faltas temporales o absolutas del auditor general de la República.

Frente a la situación que se da en el interregno entre la presentación de la falta y el nombramiento de su reemplazo, prevé el parágrafo 1o. del mismo artículo que el auditor auxiliar asumirá las funciones del auditor general. Asimismo, asumirá el cargo en el evento de faltas accidentales y en la hipótesis de ausencia forzosa e involuntaria. De conformidad con el parágrafo 2o. (id), cuando se trate de comisiones fuera del país, el auditor general puede delegar en el auditor auxiliar el ejercicio de ciertas funciones necesarias para garantizar la normal prestación del servicio.

Dicen las normas pertinentes lo siguiente:

Par. 1. Mientras el Consejo de Estado hace la elección correspondiente, el auditor auxiliar asumirá las funciones del auditor general. Igualmente, asumirá tales funciones cuando se trate de faltas accidentales, entendiendo por éstas las de duración inferior o igual a un mes. Así mismo, el auditor auxiliar asumirá las funciones del auditor general en el caso de ausencia forzosa e involuntaria.

Par. 2. En caso de comisiones fuera del país, el auditor general podrá delegar en el auditor auxiliar el ejercicio de funciones indispensables para garantizar la normal prestación del servicio.

Faltas absolutas

Frente a las causales precisas de falta absoluta, el Decreto 272 (2000) guardó silencio, razón por la cual hay que concluir que se aplican aquellas que por su propia naturaleza constituyen retiro definitivo del cargo. En este sentido, se tienen como faltas absolutas las siguientes:

- a) La muerte;
- b) La renuncia aceptada;
- c) La destitución del cargo decretada por sentencia judicial o fallo disciplinario;

- d) La incapacidad física permanente que impida el ejercicio del cargo;
- e) El abandono del cargo;
- e) El haber llegado a la edad de retiro forzoso.

Faltas temporales

En el caso de las faltas temporales, el Art. 16 prevé de manera taxativa las hipótesis que dan lugar a la separación temporal del cargo. Reza la norma:

Art. 16. FALTAS TEMPORALES. Son faltas temporales del auditor general de la República:

- 1. Los permisos para separarse del cargo por un periodo superior a un (1) mes;*
- 2. Las licencias superiores a un (1) mes;*
- 3. La incapacidad física transitoria cuando ésta supere un (1) mes;*
- 4. La suspensión provisional en el desempeño de sus funciones;*
- 5. La suspensión provisional de la elección dispuesta por la Jurisdicción Contencioso Administrativa;*

PARÁGRAFO. La ausencia forzada e involuntaria también se considerará falta temporal de carácter especial, evento en el cual no habrá solución de continuidad en los derechos laborales y prestacionales del auditor titular.

Conforme a la anterior regulación, se evidencia la importancia que para el derecho colombiano tiene la figura del auditor, en tanto la regulación de su funcionamiento trata de abarcar los mismos aspectos de la regulación de la actividad del contralor general, es decir, que en términos institucionales y, guardadas las proporciones, tienen para el legislador la misma importancia.

No sobra decir que para la corriente teórica que alentó la formulación del principio de separación del poder y, consecuentemente, de los principios de colaboración armónica y de frenos y contrapesos, ninguna pieza del andamiaje institucional carece de importancia. Aquello no necesario simplemente no es utilizado; todo aquello incluido en la regulación constitucional del poder público tiene una función que, de no ser desarrollada, conllevará un mal funcionamiento del aparato estatal.

Esto es lo que sucede con la auditoría general. Si bien es cierto la CP no destinó más de dos artículos a su regulación y dejó todo lo demás en manos del legislador,

ello no significa que su actividad carezca de relevancia. De ser así, no habría sido incluida en la CP, ni por consagración expresa ni por referencia al legislador.

La auditoría general tiene la especial misión de vigilar la gestión fiscal del órgano de control, lo que hace evidente que la función de control recae sobre todos los órganos, sin excepción, y evita que quien controla, precisamente, desconozca sus propios postulados en materia de administración de los recursos públicos.

Conclusiones

De la investigación se concluye lo siguiente:

En primer lugar, el control fiscal representa una nueva concepción de Estado que pone fin a la omnipotencia del ejecutivo y da paso a un poder público basado en los controles recíprocos y en el respeto al ciudadano.

En segundo lugar, el reconocimiento de una función como autónoma e independiente está dado por la existencia de autoridades especializadas para su ejercicio, el establecimiento de regulaciones precisas para su desarrollo y, sobre todo, por una denominación precisa para los actos que se expidan. En este punto, aunque la CP brindó todas las herramientas para una completa separación de la función de control respecto de las otras funciones, en el ámbito preciso de la naturaleza de las decisiones falta que el Congreso de la República adopte denominaciones más precisas que se ajusten a ese carácter autónomo e independiente.

En tercer lugar, la Contraloría General de la República tiene, institucionalmente, todas las garantías necesarias para ejercer de manera autónoma e independiente su labor. Esta afirmación deriva del hecho de que ella cuenta con autonomía técnica, patrimonial y administrativa; no pertenece a las otras funciones del poder público, como por ejemplo la ejecutiva o la judicial; se rige por normas específicas; cuenta con procedimientos propios; su titular proviene de un esquema constitucional muy particular de designación, que busca garantizar la independencia y autonomía del órgano; el ente que lo vigila es autónomo y distinto de aquellos sobre los cuales ejerce el control, entre otros aspectos.

En cuarto lugar, si bien la elección del contralor general, a partir de una terna uninominada proveniente de corporaciones judiciales de cierre, le garantiza una amplio margen de independencia, su elección final por parte de una corporación

política impide que la autonomía sea completa, lo que lleva a plantear la necesidad de que tanto su postulación como su elección estén a cargo de órganos que, primero, no sean objeto de control fiscal por el mismo ente y, segundo, no estén impregnados de intereses políticos o burocráticos en la elección.

En quinto lugar, el periodo de cuatro años, coincidente con el periodo del Presidente de la República, impide la evaluación de políticas fiscales de largo plazo y se traduce en una pérdida de autonomía frente a periodos largos de ejercicio en los cuales la medición de los impactos fiscales de la política pública tendría un carácter más preciso y se evitarían injerencias sobre el ejercicio de control fiscal por parte de los nominadores y los electores.

Bibliografía

Doctrinarias

- ALEXY, R. (1989). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARISTÓTELES. *La política*.
- BETANCUR AGUILAR, J. H. (1995). *El control fiscal en Colombia*. Medellín: Luz Editorial.
- CORREDOR, A. (2009). *Control fiscal en Colombia, apuntes desde el derecho comparado y el proceso de responsabilidad*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- DE CABO, M. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Editorial Trotta.
- DE OTTO, I. (1988). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R. (2006) *Curso de derecho administrativo*. Tomo I (13ª ed.) Madrid: Civitas.
- GARCÍA ROCA, J. (1988). “Del principio de la división de poderes”. *Revista Jurídica Aequitas*. México.
- GARRIDO FALLA, F. (1973). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Editorial.
- GELLINEK, G. (1999) *Teoría general del Estado*. Oxford: University Press.

- GÓMEZ LEE, I. (2006). *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GORDILLO, A. (1975). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ed. Macchi-López.
- LOEWENSTEIN, K. (1994). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- LOCKE, J. (1963). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Aguilar.
- MARIENHOFF, M. (1959). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MONTESQUIEU, C. L. (1944). *El espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Ediciones Libertad.
- MORENO MILLÁN, F. (2005) “Reelección presidencial inmediata y checks and balances”. En: *Revista Observatorio*. Cali: Universidad Santiago de Cali.
- NARANJO MESA, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 12ª ed. Bogotá: Temis.
- PALACIOS MEJÍA, H. (1965). *Introducción a la teoría del Estado*. Bogotá D.C.: Temis.
- RESTREPO, J. C. *Hacienda Pública*. 2ª. Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, C. (2003). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. (3ª ed) Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ BECERRA, C. H. (2011). *La gestión, el control y la responsabilidad fiscal de la Administración Pública en Colombia*. Bogotá: Ibáñez.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. (1996). *Teoría y práctica del derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- SÁCHICA, L. C. (1996). *Nuevo constitucionalismo colombiano*. (12ª ed). Bogotá D.C.: Temis.
- SÁNCHEZ TORRES, C. A. (1998). *El acto administrativo*. (2ª ed). Bogotá D.C.: Legis.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2003) *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2004). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. (4ª ed). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- SIERRA PORTO, H. A. (1998). *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- VALENCIA RESTREPO, H. (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o de los principios generales del derecho*. Bogota: Temis.
- YOUNES MORENO, D. (1987) *Régimen del Control Fiscal*. Bogotá: Temis.

Jurisprudenciales

- Corte Const., ST-406, 1992, Colombia.
- Corte Const., SC-003, 1993, Colombia.
- Corte Const., SC-132, 1993, Colombia.
- Corte Const., SC-529, 1993, Colombia.
- Corte Const., SC-534, 1993, Colombia.
- Corte Const., SC-537, 1993, Colombia.
- Corte Const., SC-546, 1993, Colombia.
- Corte Const., SC -046, 1994, Colombia.
- Corte Const., SC-349, 1994, Colombia.
- Corte Const., ST -006, 1994, Colombia.
- Corte Const., SC-083, 1995, Colombia.
- Corte Const., SC-167, 1995, Colombia.
- Corte Const., SC-194, 1995, Colombia.
- Corte Const., SC-329, 1995, Colombia.
- Corte Const., SC-586, 1995, Colombia.
- Corte Const., SC-592, 1995, Colombia.
- Corte Const., SC-100, 1996, Colombia.
- Corte Const., SC-101, 1996, Colombia.

- Corte Const., SC-272, 1996, Colombia.
- Corte Const., SC-490, 1996, Colombia.
- Corte Const., SU-620, 1996, Colombia.
- Corte Const., SC-054, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-181, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-192, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-283, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-315, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-380, 1997, Colombia.
- Corte Const., ST-395, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-540, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-564, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-570, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-617, 1997, Colombia.
- Corte Const., SC-189, 1998, Colombia.
- Corte Const., SC-198, 1998, Colombia.
- Corte Const., SC-499, 1998, Colombia.
- Corte Const. SC-893, 1999, Colombia.
- Corte Const., ST-973, 1999, Colombia.
- Corte Const., SC-209, 2000, Colombia.
- Corte Const., SC-484, 2000, Colombia.
- Corte Const. SC-603, 2000, Colombia.
- Corte Const., SC-1339, 2000, Colombia.
- Corte Const., SC-1550, 2000, Colombia.
- Corte Const., SC-089, 2001, Colombia.
- Corte Const., SC-093, 2001, Colombia.

- Corte Const., SC-200, 2001, Colombia.
- Corte Const., SC-364, 2001, Colombia.
- Corte Const., SC-408, 2001, Colombia.
- Corte Const., SC-540, 2001, Colombia.
- Corte Const., SC-557, 2001, Colombia.
- Corte Const. SC-840, 2001, Colombia.
- Corte Const., SC-1212, 2001, Colombia.
- Corte Const., ST-108, 2001, Colombia.
- Corte Const., SC-716, 2002, Colombia.
- Corte Const. SC-919, 2002, Colombia.
- Corte Const., SC-655, 2003, Colombia.
- Corte Const., SC-015, 2004, Colombia.
- Corte Const., SC-971, 2004, Colombia.
- Corte Const., SC-557, 2009, Colombia.
- CSJ, Sent. 9/6/88, Colombia.
- C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto 26, noviembre, 1995.
- C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto 23, enero, 1997.

Normativas

- Constitución de Massachusetts, 1780 (Estados Unidos de Norteamérica).
- Constitución de New Hampshire, 1783 (Estados Unidos de Norteamérica).
- Constitución Política de Colombia de 1886.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre 1789 (Francia).
- Decreto 925, 1976, Colombia.

- Decreto 01, 1984, Colombia.
- Decreto Ley 267, 2000, Colombia.
- Decreto Ley 272, 2000, Colombia.
- HERRERA, Hernando, et al. “Informe Ponencia sobre Estructura del Estado”, *Gaceta Constitucional* No 59.
- Ley 20, 1975, Colombia.
- Ley 42, 1993, Colombia.
- Ley 106, 1993, Colombia.
- Ley 270, 1996, Colombia.
- Ley 472, 1998, Colombia.
- Ley 610, 2000, Colombia.
- Ley 1437, 2011, Colombia.
- Ley 573, 2000, Colombia.

Otras referencias

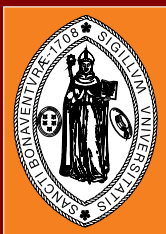
- www.corteconstitucional.gov.co
- www.senadodelarepublica.gov.co
- www.presidenciadelarepublica.gov.co
- www.rae.es
- www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp.
- www.mass.gov/courts/sjc/constitution_and_slavery.html
- www.nh.gov/constitution/constitution.html



El control fiscal no sólo es una de las funciones del poder público sino que es una de las herramientas para garantizar la correcta utilización de los recursos públicos. Aunque la Constitución Política de 1991 la cataloga como una función a cargo de “órganos autónomos”, en el rango mismo de las ramas del poder, tanto la ley como la jurisprudencia constitucional la han catalogado como una derivación de la función administrativa, eso es, una función administrativa de control.

El presente libro pretende mostrar sus principales vicisitudes, con el ánimo de reivindicar el rol que dentro de la arquitectura constitucional le corresponde. Para ello, se hace una descripción menuda de sus cuatro principales elementos teóricos: el control, la Contraloría, el contralor y el auditor.

Esperamos que esta descripción dogmática, salteada de elementos críticos, suscite nuevos interrogantes y discusiones que permitan madurar académicamente sobre la función de control fiscal en Colombia.



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

La Umbría, carretera a Pance
PBX: 318 22 00 – 488 22 22
Fax: 555 20 06 A.A. 25162
www.usbcali.edu.co