



Bogotá, D.C., 6 OCT 2014

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el ordinal 7° del artículo 5° del Decreto 267 de 2000.

Actor: MARCELA MONROY TORRES.

Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Expediente No. D-10404

Concepto No. - 5 8 3 3 ' 3

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2°, y 278, numeral 5°, de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda que presentó la ciudadana MARCELA MONROY TORRES contra el numeral 7° del artículo 5° del Decreto 267 de 2000, el cual se cita textualmente:

“DECRETO 267 DE 2000

(22 de febrero de 2000)

Diario Oficial No. 43.905 de 22 de febrero de 2000

‘Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones’.

[...]

Artículo 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:*

[...]

7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”.

1. Planteamiento de la demanda

La accionante afirma que la función de la Contraloría General de la República de advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para

prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público, y ejercer el control posterior al respecto, vulnera la función de control fiscal. Lo anterior, en tanto que considera que esta última debe ser aplicada en forma posterior y selectiva, lo cual impide el ejercicio de funciones preventivas ejercidas a manera de control. Al respecto afirma expresamente en su demanda:

“En estas condiciones, resulta inconstitucional que el Decreto Ley 267 de 2000 introduzca una modalidad de control preventivo a cargo de la Contraloría General de la República, pues el carácter preventivo de dicha actividad no puede significar más que un regreso al modelo de control previo proscrito por la Constitución de 1991. Ciertamente, la norma prescribe que la función asignada a la Contraloría consiste en ‘advertir’ sobre operaciones o procesos en ejecución para ‘prever’ graves riesgos que comprometan el patrimonio público, lo cual solo puede hacer referencia a controles anteriores a la ejecución del gasto”.

También considera la actora que la función de advertencia que cuestiona vulnera la prohibición que tiene la Contraloría General de la República de desempeñar funciones administrativas diferentes a las inherentes a la de su propia organización, en tanto que considera que esa función de advertencia autoriza al ente de control para que intervenga en la toma de decisiones administrativas de las entidades sometidas a su control.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la demanda arriba resumida, esta jefatura considera que en el presente proceso corresponde determinar si la función de la Contraloría General de la República consistente en advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior al respecto, viola tanto la función de control fiscal —concebida ésta como posterior y selectiva— como la prohibición que tiene este ente de control de desempeñar funciones administrativas diferentes a las inherentes a las de su propia organización.

3. Análisis constitucional

Para poder resolver los problemas jurídicos planteados esta vista fiscal considera se debe analizar si la función de advertencia que se cuestiona efectivamente constituye un control fiscal previo, lo cual se hará a partir de revisar el contenido de la norma demandada en relación con las disposiciones constitucionales en donde se establecen las funciones de la Contraloría General de la República.

Antes de 1991 el control fiscal en Colombia se ejercía en todo el proceso administrativo a través de los controles previo, perceptivo y posterior¹. Sin embargo, el problema era que el control previo constituía, en la práctica, una coadministración por parte de la Contraloría sobre las entidades públicas, sin que esto le generara ningún tipo de responsabilidad a ese ente de control.

Precisamente en razón de lo anterior, es decir, de lo que venía sucediendo en materia de control fiscal, el constituyente de 1991 fijó un cambio radical al respecto estableciendo la procedencia del control fiscal únicamente en forma posterior y selectiva, bajo 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 ambientales², motivo por el cual la Corte Constitucional ha reiterado la procedencia de tal control en su forma posterior y selectiva³.

¹ El artículo 3° de la Ley 20 de 1975 lo ratificó en su momento de la siguiente manera: “La Contraloría General de la República aplicará sobre las dependencias incluidas en el Presupuesto Nacional, los sistemas de control fiscal que ha venido empleando dentro de sus etapas integradas de ‘control previo’, ‘control perceptivo’ y ‘control posterior’. El control de estas dependencias administrativas será ejercido por los Auditores Fiscales o los funcionarios designados por el Contralor, directamente sobre la caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando”.

² Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 267.

³ Cfr. Sentencia C-557 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

A nivel legal, por su parte, el artículo 5° de la Ley 42 de 1993 define el control posterior de la Contraloría como la vigilancia que ésta ejerce sobre las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control, lo que incluye los resultados obtenidos por los mismos en el ejercicio de su gestión para el cumplimiento de los fines estatales.

Una vez establecida la competencia de la Contraloría General de la República en materia de control fiscal, a continuación corresponde determinar si la función de advertencia asignada por la ley a este ente autónomo constituye algún tipo de control.

Al revisar el contenido del ordinal 7° del artículo 5° del Decreto 267 de 2000 esta vista fiscal observa que la Contraloría debe advertir sobre las operaciones o procesos administrativos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público. Lo anterior, más que una función, es una obligación que debe cumplir, no sólo la Contraloría General de la Nación sino cualquier otro ente de control cuando tenga noticia o detecte que en los procesos y operaciones administrativas que se están ejecutando se presentan inconsistencias, desviaciones o fallas que generan graves riesgos para el patrimonio público. De hecho, por mandato directo de la Carta Política la Procuraduría General de la Nación, por ejemplo, debe ejercer su función de ministerio público interviniendo en los procesos administrativos en defensa del patrimonio público y del orden jurídico, así como de los derechos y garantías fundamentales⁴.

De igual manera, éste es un deber moral que deben ejercer incluso los mismos ciudadanos para proteger sus propios intereses como sociedad utilizando para ello el derecho fundamental de petición de acceso a la información pública ante las entidades públicas para obtener información

⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 277 numeral 7o.

y para solicitarles el eficiente y eficaz cumplimiento de sus funciones⁵, además de acudir a los órganos de control con las mismas finalidades⁶, entre otras alternativas y mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la función de advertencia aludida no constituye ningún tipo de control fiscal como tal o de intervención en el proceso u operación administrativa que se esté ejecutando, ya que se trata solamente de llamados de atención para prevenir a la entidad pública y a sus funcionarios acerca de posibles errores u omisiones para que estos los corrijan, teniendo en cuenta que la administración pública tiene la oportunidad de corregir sus falencias o fallas hasta antes de que sus actuaciones queden en firme. Esto significa que las advertencias aludidas no tiene ningún efecto vinculante para la administración pública a la cual van dirigidas, lo cual constituye la característica por la que no se genera ningún tipo de control sobre la función que desempeñe la entidad aludida con el llamado de atención fiscal.

Lo anterior se percibe así porque en ningún momento estos llamados de atención para la revisión de sus actuaciones constituyen una obligación para las entidades públicas o sus funcionarios, quienes pueden hacer caso omiso de los mismos por considerar que sus actuaciones se ajustan al orden normativo y a los fines del mismo –o aún a sabiendas de las responsabilidades que deben asumir por sus conductas cuando las mismas no se ajustan a la Constitución y la ley-, ya que como representantes legales y ordenadores del gasto se rigen por el principio de autonomía administrativa, financiera y presupuestal.

⁵ Ley 1437 de 2011, artículo 5° numeral 7o: “En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: [...] 7. Exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones administrativas”.

⁶ Constitución Política de Colombia, artículos 23 y 40.

En el caso que los servidores públicos no tengan en cuenta las advertencias que les presenten los organismos de control, siendo conscientes de sus errores, las mismas se constituyen en elementos que agravan sus responsabilidades en los casos de las actuaciones posteriores que tales organismos tengan que ejercer por las conductas de los funcionarios contrarias a la preservación del orden jurídico o del patrimonio público.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que las funciones de advertencia o las actuaciones preventivas que realizan los organismos de control y los mismos ciudadanos⁷ se basan en los principios de legalidad, responsabilidad, publicidad y transparencia que rigen las actuaciones de los servidores públicos. Por tanto, es un deber de éstos estar sometidos al escrutinio público sin que esto signifique compromiso alguno del principio de autonomía administrativa o un control previo sobre la gestión pública.

De igual manera, no sobra resaltar que las advertencias que la Contraloría General de la República y los demás órganos de control hacen a las entidades públicas en función de la eficiencia de sus funciones y los fines estatales que les corresponde cumplir se sustenta en el principio de colaboración armónica que rige la separación funcional del poder público⁸, tal como en su momento lo advirtió esta jefatura en el concepto de constitucionalidad número 5706 emitido el 23 de enero de 2014 dentro del expediente D-10011⁹.

⁷ Ley 1437 de 2011, artículo 31: “La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código; constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria”. Lo anterior en concordancia con el derecho que tienen las personas de exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones administrativas.

⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 113: “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

⁹ En ese proceso se demandó la función a cargo de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana de la Contraloría General de la República consistente en la promoción de un especial seguimiento a los recursos estatales destinados a la participación ciudadana, a las emergencias y a los desastres, contenida en el numeral 8o del artículo 55 del Decreto 267 de 2000, por considerar el actor que la misma constituye un control previo y perceptivo contrario a la esencia del control fiscal, que es de naturaleza posterior y selectiva.

Por las razones antes expuestas, esta vista fiscal considera que la función de advertencia a cargo de la Contraloría General de la República tampoco constituye el desempeño de funciones administrativas diferentes a las inherentes a su propia organización, ya que las advertencias que formula dicho ente de control a las entidades públicas en ningún momento constituyen coadministración en relación con las funciones administrativas que estas cumplen.

Finalmente, debe agregarse que habiéndose demostrado que a la función de advertencia a cargo de la Contraloría General de la República no le cabe ningún reparo desde el punto de vista constitucional, es posible concluir que el problema que plantea la demandante es de mera percepción o de conveniencia política para el cual la solución es del mismo orden, tal como lo pretende el Gobierno Nacional cuando propone eliminar cualquier tipo de actuación previa o preventiva a la actuación administrativa por parte de la Contraloría General de la República en un proyecto de acto legislativo que se encuentra actualmente en curso¹⁰, mas no por vía del ejercicio de la acción o del control de constitucionalidad.

En relación con que la función aludida se sustenta en el principio de colaboración armónica, esta jefatura dijo al respecto en el proceso mencionado: *“En cualquier caso, el control preventivo o de advertencia encuentra su fundamento constitucional en la colaboración armónica de los poderes (art. 113 C.P.), razón por la cual la Corte ha dicho que este control es admisible desde el punto de vista constitucional, siempre y cuando no implique restricciones para el ejercicio de las competencias de las entidades públicas. En este orden de ideas, el control de advertencia (...) es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades”*.

¹⁰ Cfr. Proyecto de acto legislativo número 18 de 2014 Senado de la República *“Por medio del cual se adopta una reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones”*, artículo 24: *“El artículo 267 de la Constitución Política quedará así:*

Artículo 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.*

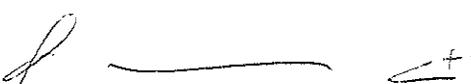
Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. En ningún caso la Contraloría podrá actuar en forma previa o preventiva a la actuación administrativa. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado”.

Por lo tanto, esta jefatura concluye que se encuentra ajustada al orden superior la función de advertencia que por la norma demandada se otorga a la Contraloría General de la República.

4. **Petición final**

De conformidad con lo anterior, el jefe del ministerio público le solicita a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** el ordinal 7° del artículo 5° del Decreto 267 de 2000.

De los señores Magistrados,



ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABG/JD Contreras B.