

C-534-93

Sentencia No. C-534/93

CONTROL FISCAL

REF. Expediente No. D-303

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4o. (parcial) de la Ley 42 de 1993.

CONTROL FISCAL EXTERNO Y CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACION.

Actor:

Dr. LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad autorizada en el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO solicita a esta Corporación declarar la inexequibilidad parcial del inciso 2o. del artículo 4o. de la Ley 42 de 1993, "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen".

Cumplidos los trámites que ordena la Constitución y la ley para este tipo de acciones, y especialmente oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, procede la Corte a dictar la sentencia correspondiente.

II. LA NORMA ACUSADA

“LEY 42 DE 1993

“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

“.....

“Artículo 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”.

“Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente ley.”

Se demandan los segmentos normativos subrayados.

III. LA DEMANDA

Los argumentos del demandante se resumen así:

- Que al adscribirle a “los auditores y auditorías” la función pública de control fiscal, la ley 42 de 1993 está violando los artículos 113, 117, 119, 267, 268, 269, 272, 274 y 4o. de la Constitución Nacional.
- Que la nueva Constitución estableció el control fiscal “como una función independiente y separada de la actividad y organización administrativa, razón por la cual permitir el ejercicio del control fiscal a órganos independientes y diferentes de la estructura misma de las contralorías, es contravenir los conceptos de separación y autonomía de los poderes, tal como sucede con las partes normativas que se demandan”. (art. 113 C.N.).
- Que el “énfasis que la norma hace en relación con la función del control fiscal y su asignación a la Contraloría y sus órganos dependientes, excluye cualquier otra posibilidad legal de reglamentación” y por tanto es inconstitucional- “...asignarle dicha función a auditores o auditorías como órganos independientes y distintos a los señalados

constitucionalmente como parte del sistema general de la Contraloría” (art. 119 C.N.).

- Que el artículo 272 de la C.N. determinó los organismos encargados del control fiscal “en los distintos niveles de la organización territorial y funcional”. De donde concluye que la Carta “no permite para el control fiscal nacional la creación de auditores o auditorías independientes, razón por la cual tampoco son de recibo para los niveles departamental, distrital o municipal”.

“Es evidente que dentro del nuevo espíritu funcional, el constituyente del 91 quiso unificar los sistemas de control fiscal y concentrarlos en las Contralorías a nivel nacional, departamental, distrital y municipal” (artículo 65 Ley 42/93).

- Que las auditorías y revisorías no han sido creadas constitucionalmente.

- Que la Constitución menciona los auditores (art. 274), para referirse a “un sistema de control para el que de todas maneras debe estar incluido dentro de una normatividad diferente, pero no como un organismo que haga parte de los sistemas fiscales de control”.

“Por otra parte, de acuerdo con disposiciones legales, existen los llamados auditores delegados de las contralorías, quienes forman parte de la organización interna de las mismas, pero que actúan de forma desconcentrada y a nombre de los respectivos contralores, en las entidades sobre las cuales ellos ejercen control fiscal”. Sobre revisores fiscales, invoca el contenido de los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 42 de 1993.

- Que la ley al contrariar los preceptos indicados del orden superior, viola, en consecuencia el artículo 4o. ibídem.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 244 de la Constitución Política, desarrollado en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, intervinieron las siguientes autoridades públicas:

1. El señor Ministro de Gobierno, por intermedio de apoderado, defiende la norma acusada, fundado en los siguientes argumentos:

- Que el órgano fiscalizador no puede ser administrador, ni superior jerárquico de éste

(artículo 267 C.N.).

- 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.”
- Que el control fiscal tiene por objeto combatir la corrupción y sus graves efectos:
- Que los “auditores, la auditoría y las Revisorías Fiscales, no son subordinados de nómina de la Contraloría General de la República sino de las Empresas Públicas de cada municipio; no se ve por donde puede romperse la función contralora estatuida en la Constitución, cuando se trata es de vigilar la gestión fiscal de estos entes municipales.”

“Para nadie es un secreto que en todas las Empresas Públicas existen las auditorías y las revisorías fiscales, lo que significa que la ley reafirma y “legaliza” lo que ya está hecho siendo sus procedimientos utilizados conforme a la presente ley.” (artículos 50 y 53 de la Ley 42 de 1993).

2. El señor Ministro de Justicia, por medio de apoderado, defiende la constitucionalidad del aparte impugnado del artículo 4o. de la Ley 42/93, en los siguientes términos:

- Que el sentido teleológico de la Carta de 1991, impone al principio de separación de poderes la garantía de los principios de convivencia.
- Que “cuando el sistema de distribución de competencias, como en el caso de la Contraloría no es taxativo, ni limitativo al encargarle una función, Vgr. la vigilancia del control fiscal y el control de resultado de la administración no puede entender el intérprete constitucional que está operando un límite organizativo en torno a la materia”.
- Que la competencia general legislativa sólo puede “ser restada por expreso mandato constitucional”.

“Como puede colegirse de lo anterior, la cláusula general es residual a los expresos dictados de índole constitucional. Opera con toda su eficacia en caso de que la Constitución no realice una expresa restricción, o que no se desvirtúen los principios esenciales de organización del Estado en cuanto a la distribución de competencias se refiere ni dándoles un arbitrario fin en

aquello que se podía denominar “dictadura legislativa”.

- Que la Asamblea Nacional Constituyente sentó la independencia de la Contraloría General de la República frente al ejecutivo, al legislativo y al judicial. “Dicha independencia en contra de lo que afirma el impugnante, no está dada, exclusivamente, por una estructura férrea de organización, sino por el carácter de la función que ejerce. La organización, como bien lo señalan los delegatarios, es materia de la ley, la cual debe someterse al postulado básico del ejercicio del control fiscal y en la cual pueden entrar, como lo expresan, los supervisores y auditores, entre otros”.

- Que el hecho de que la Constitución no cree como órganos de control fiscal “a las auditorías y a las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales no impide que la ley, determinando la estructura organizativa de la Contraloría y las formas del ejercicio del control fiscal, haga lo propio. En el caso de las auditorías, éstas, funcionalmente y tal fue la voluntad del legislador, cumplen el cometido de control, con la independencia y autonomía requeridas para tal fin”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, mediante el oficio No. 238 del 8 de julio de 1993, rinde, en la acción de la referencia, el concepto ordenado por los artículos 242-2 y 278-5 de la Carta Política, dentro del término establecido por el artículo 7o. del Decreto 2067 de 1991, en el cual solicita a la Corporación declarar inexequibles las expresiones “los auditores, las auditorías”, contenidas en el artículo 4o. de la Ley 42 de 1993, con base en los argumentos siguientes:

- Que en contraste con la anterior, la nueva Constitución explicita que los órganos de control son “autónomos e independientes”. (art. 113 C.N.).

- Que dentro de los órganos de control se encuentra la Contraloría General de la Nación (art. 117), a la cual se le asigna “la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. (arts. 119, 267 y 272 de la C.N.).

- Que la Carta de 1991 “celosa del principio de legalidad” de las funciones públicas dispuso que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le

atribuyan la nueva Carta y la Ley.”

- Que la atribución del control fiscal es posterior y selectivo (inciso 5o. art. 272 C.N.).
- Que la “diferencia entre quienes están habilitados para ejercer el control fiscal y la forma como deberán efectuar dicho control, radica esencialmente en que mientras la estructura de quienes están facultados, o sea el señalamiento de éstos, está fijado por la Constitución, excluyendo por ello regulación legal diferente al respecto...”.

“La infracción al ordenamiento superior se advierte, cuando el artículo acusado incorpora a la estructura de control ya establecida por la Constitución, unas figuras ajenas a la misma, los auditores y las auditorías de las empresas públicas municipales; sin que valga predicar en este evento, la cláusula general de competencia de la cual se haya revestido el Congreso para hacer leyes”.

- Que aparte del dicho control extremo, atribuido exclusivamente como quedó demostrado a la Contraloría, halló otro control de orden interno (artículos 209 y 269 C.N.), “mecanismo éste de cada entidad que debe propender al logro de una gestión de calidad, respecto de los objetivos sociales que le sean propios”. (Sentencia C-068 del 25 de febrero de 1993 Corte Constitucional).

- Que en la concepción de la Carta sobre la estructura del Estado, es taxativa la determinación de quienes componen el Ministerio Público y la Contraloría, para garantizar no sólo la autonomía e independencia, que con rango constitucional se ha reconocido a estos órganos del Estado, sino también para evitar funciones paralelas. La violación de tales parámetros, conlleva necesariamente la infracción de las normas superiores que los sustentan.”

“Finalmente, no está por demás advertir que, en la medida en que las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales no formen parte de la Contraloría, su creación por el artículo 4o, acusado es también contraria a la Constitución.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a. La competencia

Es competente la Corte Constitucional para conocer de la presente acción de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 4o. de la Constitución Política, por ser la preceptiva acusada parte de una ley de la República.

b) La Materia

La decisión aborda la problemática planteada acerca de la posibilidad de la existencia de “auditores” y “auditorías” independientes y distintos, en su organización institucional, de los organismos públicos señalados en la Carta Política como encargados de cumplir las funciones de control fiscal que ella dispone.

La Constitución Política, en desarrollo del esencial principio de la separación de poderes, dispuso que son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial; con lo cual se entiende la determinación superior del constituyente, de especializar la toma de las decisiones y las acciones del poder público, con el propósito no sólo de buscar mayor eficiencia en el logro de los fines que le son propios, sino también, para que esas competencias así determinadas, en sus límites, se constituyeran en controles automáticos de las distintas ramas entre sí, y, para, según la afirmación clásica, defender la libertad del individuo y de la persona humana.

Agrega la Constitución, en su lógica distributiva de las funciones públicas que, además de los órganos que integran a aquellas Ramas del poder público, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, (art. 113 C.N.), denominados “órganos de control”, entre los que se encuentran, además del Ministerio Público, la Contraloría General de la República (artículo 117), a cuyo cargo está la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración. Esta lógica de separación, independencia y autonomía otorgada a la Contraloría General de la Nación, anuncia por sí misma, la concepción que se consagra en la nueva Constitución, del control fiscal, separado, de manera rotunda, del anterior de la Carta de 1886, que lo involucraba en el proceso gerencial de la administración.

De donde se desprende que el texto constitucional posibilita la reorientación del control fiscal que, además de la protección del patrimonio público y la exactitud de las operaciones y de su legalidad, se deberá ocupar del “control de resultados”, que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada para

garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2o. de la norma constitucional.

Igualmente, se termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo; se introducen en la marcha del Estado criterios de racionalidad, y se dispone el control de los fines u objetivos del poder público.

La función pública del control fiscal, fue atribuida a la Contraloría General de la República (art. 267), y, en los departamentos, distritos y municipios se adelantará por sus contralorías, y en caso de que la ley no determine autonomía del orden municipal en el control fiscal, la vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales (art. 272 C.N.). 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.).

La Carta dispone ejercer el control fiscal en forma “posterior y selectiva”, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, pudiendo ésta, incluso, autorizar, en casos especiales, que la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado (art. 267 C.N.), con lo cual se abre un espacio más de participación democrática, por vía de la Contratación delegante que le autoriza la Carta a las instituciones de control fiscal arriba citadas.

Se ocupa la Ley 42 de definir los límites de las competencias de las entidades de vigilancia de la gestión fiscal, que conforman el sector central y el descentralizado, de manera que la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, distritales o municipales, cuando se presente solicitud en tal sentido del gobierno departamental, distrital o municipal, o de una comisión permanente del Congreso o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales; y, a solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la ley (art. 26 Ley 42/93).

En igual sentido se otorga al Contralor General de la República una función reglamentaria de orden superior, al otorgársele la competencia para dictar normas generales para armonizar

los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial, facultad que no puede interpretarse como extendida a la posibilidad de intervenir en los mecanismos de control interno que adopte la administración para el logro de sus objetivos, por cuanto, estaría de este modo interviniendo indirectamente en funciones de coadministración que le están prohibidas (art. 268 numeral 12 C.N.), sino como un poder de armonización y diseño de los sistemas de control atribuido a las instituciones, a cuyo cargo se encuentra el control fiscal y de resultado externo consagrado en la Constitución Política.

De otra parte, la Carta Política dispone la obligación de las autoridades públicas de diseñar, según su naturaleza, organización y métodos, procedimientos de control interno, conforme a la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas (art. 269 C.N.). De suerte que la administración pública, “en todos sus órdenes”, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que la ley señale (art. 209 ibidem).

Al colocarse en cabeza de la administración la obligación de conceptuar la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado, como lo prevé la propia Constitución (art. 268 numeral 6o.), se logra una distinción esencial entre los contenidos, fines y responsabilidades propios del control interno, que debe organizarse en las entidades públicas y las del control fiscal externo ejercido por la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales a nivel territorial. Se confiere así forma real a la diferenciación entre las tareas administrativas y las de control fiscal, de donde el control interno se entiende como parte del proceso administrativo y corresponde adelantarlo a los administradores; teniendo oportunidades propias en todos los momentos del cumplimiento de la función administrativa, pudiendo serlo previo, concomitante o posterior, lo que permite que el funcionario cumpla su función, asumiendo la responsabilidad por sus actuaciones y resultados; sin perjuicio de la independencia de los organismos de control fiscal, no coadministradores, que cumplirán sus funciones de manera posterior y selectiva, sin ocuparse de funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (artículo 267 C.N.). Por eso, la Carta atribuye al Contralor General de la República, la facultad de conceptuar sobre la “calidad” y “eficiencia” del control fiscal interno de las entidades y organismos estatales, evaluación que ha sido definida por la ley como el análisis de los sistemas de control interno de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede

otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos (artículo 18 Ley 42 de 1993).

La Ley 42 de 1993, “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, regula el control fiscal a cargo de la Contraloría General y las contralorías departamentales y municipales que, según señalamientos constitucionales antes indicados buscan separar funcionalmente las labores de los organismos de control en el marco de la clásica división de poderes adoptada por el constituyente. De suerte que no es posible desplazar a otros organismos o instituciones públicas el control fiscal y de resultados que les ha sido adjudicado.

El inciso 2o. del artículo 4o. acusado parcialmente preceptúa que el control fiscal externo, posterior y selectivo, será ejercido por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, los auditores, las auditorías, y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales. Al crear el precepto auditores y auditorías, como organismos encargados del control fiscal, distintos de los señalados por la Carta Política para cumplir ese cometido público, resulta ese desbordamiento, contrario a la Norma de normas, y, en consecuencia inexecutable las expresiones normativas acusadas.

No significa lo anterior que en el lenguaje jurídico no puedan existir dependencias de la Contraloría General o de las contralorías departamentales distritales o municipales que se denominen auditorías, y cuyos jefes a su vez sean calificados de auditores; lo que no puede existir son instancias de control fiscal sustitutivas de las que aquellas contralorías desempeñan por mandato constitucional, y entronizadas como parte de la administración en general, ni de la administración en particular de las empresas públicas municipales, como lo indica el inciso en examen.

Tampoco puede interpretarse la declaratoria de inexecutable de la preceptiva demandada como contraria a la institución de origen constitucional del “auditor” elegido por el Honorable Consejo de Estado para que se vigile la gestión fiscal de la Contraloría General de la República (artículo 274 C.N.), institución desarrollada por la Ley 42/93, en sus artículos 62 y 63, que dicen:

“El auditor ante la Contraloría General de la República será elegido por el Consejo de Estado, para un período de dos (2) años, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. La

persona designada deberá ser profesional en ciencias económicas, contables, jurídicas, financieras o de administración.

“Artículo 63.- El auditor ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal señalados en esta Ley.”

La Ley no hace expresa mención de los instrumentos de control fiscal de las actuaciones administrativas de las contralorías departamentales y municipales, pero establece, de manera general, que corresponde a las asambleas departamentales y a los consejos distritales y municipales, la organización y funcionamiento de las mismas, entre las cuales se encontraría la posibilidad de crear las respectivas auditorías y sus auditores.

Previas las anteriores consideraciones, la corte Constitucional, en Sala Plena. administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “los auditores” y “las auditorías” del inciso 2o. del artículo 4o. de la Ley 42 de 1993.

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General