

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Radicación numero: 11001-03-06-000-2008-00078-00(1926)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: Control Fiscal a la Contraloría Distrital de Bogotá D.C.

El señor Ministro del Interior y Justicia, a petición del señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C., solicita a la Sala resolver los interrogantes que a continuación se transcriben, con el fin de adelantar en el Concejo Distrital de Bogotá D.C. el trámite de unos proyectos de Acuerdo:

“1. ¿Se encuentra derogado el inciso final del artículo 105 del Decreto Ley 1421 de 1993, en virtud de la expedición del Decreto Ley 272 de 2000 y la inexecutable parcial que respecto del artículo 17, numeral 12, produjo la Sentencia C - 1339 de 2000?

2. ¿En caso de no estar derogado el inciso final del artículo 105 del Decreto Ley 1421 de 1993, ¿Tiene competencia el Concejo de Bogotá, D.C., a iniciativa del Alcalde Mayor, para crear en la estructura del Distrito un órgano de control denominado Auditoría Fiscal ante la Contraloría de Bogotá, D.C. y/o reglamentar su organización, a efecto de suministrar a quien designe el Tribunal Administrativo de Cundinamarca una infraestructura, autónoma e independiente para ejercer el control fiscal de la Contraloría de Bogotá, D.C.?

3. ¿Es jurídicamente procedente que coexistan la Auditoría General de la Nación y la Auditoría Fiscal ante la Contraloría de Bogotá, D.C. y que ambas entidades sean competentes para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría de Bogotá?”.

Como antecedentes de la consulta, se menciona que en la Constitución Política de 1991 se introdujo en el inciso primero del artículo 274 la figura del “Auditor”, en su carácter de funcionario encargado de vigilar el ejercicio de la gestión fiscal del Contralor General de la República, y en el inciso segundo se estableció que: “La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal”.

Se indica que el inciso primero del artículo 322 de la C.P. prevé que Bogotá se organiza como Distrito Capital (A. L. 1 de 2000), y el inciso segundo señala que su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución y las leyes especiales que para el mismo se dicten.

Con base en lo anteriores postulados, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1421 de 1993, cuyo artículo 105, que regula la titularidad y naturaleza del control

fiscal a cargo de la Contraloría Distrital, dispone en el último inciso que “*La vigilancia de la gestión fiscal de la contraloría se ejercerá por quien designe el tribunal administrativo que tenga jurisdicción en el Distrito*”.

Menciona que el Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo 16 del 27 de octubre de 1993, estableciendo la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría de Bogotá D.C., acto administrativo que fue derogado por el Acuerdo 24 del 26 de abril de 2001, mediante el cual se organizó la Contraloría de Bogotá, D.C., determinó las funciones de sus dependencias, fijó los principios generales inherentes a su organización y funcionamiento y señaló que la mencionada vigilancia la ejercerá un auditor designado por el Tribunal Administrativo que tenga jurisdicción en el Distrito Capital, para un periodo de dos años, quien ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal, aspectos que son desarrollados en los artículos 72 y 73 del Acuerdo 24, los cuales son transcritos en la consulta.

Por otra parte, la consulta plantea las tesis de la Auditoría de Bogotá, que considera viable jurídicamente que el Concejo de Bogotá reglamente y organice la Auditoría Fiscal ante la Contraloría de Bogotá, y de la Dirección Jurídica Distrital, que por el contrario estima improcedente dicha reglamentación y organización por parte del Concejo Distrital.

Para responder, la Sala CONSIDERA:

Los problemas jurídicos de la consulta consisten en establecer de conformidad con las normas vigentes: *i)* el órgano que tiene la función de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría de Bogotá D.C. y, *ii)* la autoridad competente para la organizar la estructura del órgano encargado de dicha función. Para tal fin la Sala procede al siguiente análisis:

1. EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ

La Sala se ha referido en oportunidades anteriores¹ al tratamiento especial de rango constitucional previsto por el constituyente de 1991 respecto del Distrito Capital de Bogotá.

El artículo 322 de la Constitución Política² que hace parte del capítulo IV denominado “*Del Régimen Especial*”³, establece que Bogotá, en su calidad de Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital y su régimen político, fiscal y administrativo será “*el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios*”. (Resalta la Sala).

El Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades conferidas en el artículo 41 transitorio de la Carta, expidió el decreto 1421 de 1993⁴, norma con fuerza de ley⁵, por el cual se dictó el régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá.

¹ Entre otros, los conceptos 1788 de noviembre 30 de 2006 y 1864 de diciembre 6 de 2007, por solo citar los más recientes.

² Modificado por el Acto legislativo 01 de 2000.

³ Título XI “De la organización territorial”.

⁴ “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”, D. O. No. 40.958, jul.22/93.

⁵ Cabe observar, como lo dijo la Sala en el Concepto 1502 de julio 4 de 2003, que resulta más preciso llamar al decreto 1421 de 1993, “decreto con fuerza de ley” antes que “decreto ley”, pues no fue expedido en virtud de facultades

La Corte Constitucional en varias oportunidades ha señalado que la especialidad de las disposiciones de este decreto con fuerza de ley se deriva de las características que la Constitución le otorga al Distrito Capital, que lo hace único frente a los demás entes territoriales⁶. Característica ésta que no impide, **a falta de regla especial**, la aplicación de las disposiciones vigentes para los municipios.

De esta manera, desde la misma Carta Política se establece una **jerarquía normativa** aplicable para el Distrito Capital de Bogotá, la cual está integrada, en primer lugar, por las disposiciones que expresamente consagra la Carta en el Título XI, Capítulo 4, artículos 322 a 327, que tratan sobre su régimen especial; en segundo lugar, por las leyes especiales que se dicten para el Distrito Capital, a las cuales se asimila el decreto con fuerza de ley 1421 de 1993, y por último, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales, las normas vigentes para los municipios.

En concordancia con lo anterior, el artículo 2o. del decreto 1421 de 1993, dispone:

“Artículo 2o.- Régimen aplicable. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios”. (Negrilla fuera del texto original).

Precisamente, dentro del anterior contexto constitucional y legal debe leerse lo previsto en el artículo 105 del decreto 1421 de 1993, que establece⁷:

“Artículo 105. Titularidad y naturaleza del control fiscal. La vigilancia de la gestión fiscal del Distrito y de los particulares que manejen fondos o bienes del mismo, corresponde a la Contraloría Distrital.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a las técnicas de auditoría, e incluirá el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en los términos que señalen la ley y el Código Fiscal.

El control o evaluación de resultados se llevará a cabo para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus

extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el Congreso, conforme el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución (y por ello, la Corte Constitucional no conoció de las demandas de inexecutableidad contra sus normas, habiéndole correspondido al Consejo de Estado la tramitación de las respectivas acciones de nulidad), sino que fue dictado con base en las atribuciones especiales que le confirió al Presidente, el artículo 41 transitorio de la Carta, ante la falta de expedición del estatuto de Bogotá D.C. por el Congreso en los dos años siguientes a la promulgación de la Constitución.

⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-198 de 1998, C-937 de 2001, C-905, C-778 de 2001. En la primera de las sentencias mencionadas se señala que la especialidad radica en contener “...una materia homogénea, tanto por el sujeto como porque sus reglas se informan de la singularidad de la ciudad en la que concurren condiciones no predicables de ningún municipio - sede de los órganos superiores del Estado, capital de la República y de un Departamento...”.

⁷ Dicha norma se encuentra ubicada en el Título VII “Control Fiscal, Control Interno y Veeduría”, Capítulo I “Control Fiscal y titularidad”.

objetivos y cumplen los planes, programas proyectos adoptados para un período determinado.

La Contraloría es un organismo de carácter técnico, dotado de autonomía administrativa y presupuestal. En ningún caso podrá ejercer funciones administrativas distintas a inherentes a su propia organización.

La vigilancia de la gestión fiscal de la contraloría se ejercerá por quien designe el tribunal administrativo que tenga jurisdicción en el Distrito. (Subraya la Sala).

De lo anterior se infiere que dentro del régimen especial aplicable al Distrito Capital de Bogotá, existe norma expresa que señala a quien le corresponde la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría de la ciudad, lo cual excluye la posibilidad de acudir para estos efectos a las normas generales previstas para los municipios.

2. EL RÉGIMEN DE VIGILANCIA DE LA GESTIÓN FISCAL DE LAS CONTRALORÍAS

El artículo 274 de la Constitución Política establece:

“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.

La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal”.

Como puede apreciarse, la asignación de la vigilancia de la gestión fiscal respecto de la Contraloría General de la República corresponde a un organismo de rango constitucional⁸, la Auditoría General de la República, cuyo régimen legal fue previsto, inicialmente, en la ley 106 de 1993⁹, y posteriormente en el decreto ley 272 de 2000¹⁰.

Por su parte, el constituyente delegó en el legislador la determinación de la entidad competente para la vigilancia de la gestión fiscal sobre las contralorías departamentales, distritales y municipales, así como la manera en que dicho control debe ejercerse. De esta forma, el legislador especial, ordinario y extraordinario ha ejercido dicha facultad en los siguientes términos¹¹:

2.1. Vigilancia de la gestión fiscal de la contraloría distrital de Bogotá: De conformidad con el régimen especial aplicable para el Distrito Capital de Bogotá, expuesto en el punto 1 de este concepto, se dispuso en el artículo 105 del decreto

⁸ Sentencia C – 499 de septiembre 15 de 1998.

⁹ Artículo 81.

¹⁰ “Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”. (Diario Oficial No. 43.905 de febrero 22 de 2000).

¹¹ La Sala, en el concepto 1.392 de febrero 28 de 2002, expuso un planteamiento similar sobre esta materia.

1421 de 1993 que dicha vigilancia se ejerciera *“por quien designe el tribunal administrativo que tenga jurisdicción en el Distrito”*.

2.2. Vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías departamentales: Será ejercida por la Auditoría General de la República, tal como dispone el artículo 10 de la ley 330 de 1996¹².

2.3. Vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías distritales¹³ (diferentes a la de Bogotá D.C.) o municipales: En principio, compete a las contralorías departamentales conforme a lo previsto en el artículo 162 de la ley 136 de 1.994¹⁴, cuyo texto señala:

“La vigilancia de la gestión fiscal en las contralorías distritales o municipales se ejercerá por parte de la correspondiente contraloría departamental.

“La vigilancia se realizará conforme a los principios, técnicas y procedimientos establecidos por la ley”.

Dicha norma general, en cuanto compete a las contralorías distritales debe entenderse en concordancia con el artículo 194 de la ley 136 que dispone:

“Art. 194. Distritos. En cuanto no pugne con las leyes especiales, la presente ley se aplicará a los distritos”.

Las competencias referidas en precedencia fueron observadas, en principio, por el decreto ley 272 de 2000, tal como se señala a continuación:

Respecto de la vigilancia de las contralorías General de la República y departamentales, la competencia de la Auditoría General establecida en los artículos 274 de la Constitución Política y 10 de la ley 330 de 1996, fue ratificada en el artículo 2o. de dicho decreto, de la siguiente manera:

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

Ahora, si bien el decreto extraordinario 272 de 2000, no atribuyó en el artículo 2o. antes transcrito, competencia a la Auditoría General de la República para ejercer la vigilancia plena de la gestión fiscal de las contralorías distritales, ni municipales, es de anotar que en el numeral 12 del artículo 17 ibidem, previó para el Auditor General de la República una competencia excepcional para la vigilancia de la gestión fiscal de dichas contralorías, en los siguientes términos:

“Artículo 17. Funciones del Auditor General de la República. Son las siguientes:

¹² “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales”. (Diario Oficial No. 42.938, de diciembre 12 de 1996). El artículo 308 de la C.P. establece: “La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de funcionamiento de las asambleas y de las contralorías departamentales”.

¹³ El artículo 328 de la C.P., modificado por el Acto Legislativo 2 de 2007, prevé la existencia de los distritos especiales de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, así como el de Buenaventura y Tumaco.

¹⁴ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”. (Diario Oficial No. 41.377, de junio 2 de 1994).

“(...)

12. **Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal, en forma excepcional, sobre las cuentas de las contralorías municipales y distritales, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, previa solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal; de cualquier comisión permanente del Congreso de la República; de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales o de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación ciudadana que establece la ley. Este control no será aplicable a la Contraloría del Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá”** (La parte en negrilla fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1339/00).

De esta forma, la norma transcrita reconocía la competencia general otorgada en el artículo 162 de la ley 136 de 1994 a las contralorías departamentales para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal a las contralorías municipales y distritales, pero establecía un control excepcional sobre las cuentas de las mismas, y excepcionaba de dicho control a la Contraloría del Distrito Capital de Bogotá, por cuanto respecto de ella el legislador había establecido un régimen especial contenido en el decreto 1421 de 1993.

3. EL CONTROL FISCAL ANTE LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ PREVISTO POR EL DECRETO 1421 DE 1993 NO FUE DEROGADO POR EL DECRETO LEY 272 DE 2000

Así se desprende del recuento realizado en el punto anterior y que se complementa con los siguientes argumentos:

3.1. El régimen especial aplicable al Distrito Capital de Bogotá, contempla la existencia de una norma (art. 105 del decreto 1421) que expresamente señala a quien le corresponde la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría de la ciudad. De esta manera no existe ausencia de disposiciones especiales que permitan acudir a otras normas legales o a las vigentes para los municipios. Lo anterior, no es más que la aplicación de la **jerarquía normativa** prevista en la misma Carta Política para Bogotá.

3.2. El anterior argumento sería suficiente para sostener que no existe contradicción entre el decreto 1421 de 1993 (con fuerza de ley) y el decreto ley 272 de 2000. No obstante, si se realiza una constatación de las previsiones de una y otra norma, también se confirma que entre ellas no existe incongruencia u oposición. En efecto:

i) El decreto ley 272 no derogó expresa ni tácitamente el decreto 1421, ni la materia regulada en aquél correspondía al control fiscal sobre la contraloría de Bogotá.

ii) El decreto ley 272 no contiene disposiciones especiales frente al decreto 1421; por el contrario, es el decreto 1421 el especial frente al 272.

iii) El decreto ley 272 respeta el régimen especial del decreto 1421, lo que hace compatible esas dos normas. Ello se comprueba con el simple cotejo de los artículos 2 y 17, numeral 12 del decreto 272 que, por una parte, no incluían dentro del ámbito general de competencia de la Auditoría General de la República a la Contraloría Distrital de Bogotá, y por la otra, expresamente exceptuaba del control asignado al Auditor General de la República “a la Contraloría del Distrito Capital de Santa Fé de Bogotá”, respectivamente.

De esta forma, la Sala observa que en el presente caso con la expedición del decreto ley 272 de 2000, no se dio el fenómeno de la derogación normativa en los términos previstos por nuestra legislación. Sobre el particular, el Código Civil dispone:

"Artículo 71. - La derogación de las leyes podrá ser **expresa o tácita.**

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Artículo 72.- *La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, **todo aquello que no pugna** con las disposiciones de la nueva ley". (Resalta la Sala)*

Como lo sostuvo la Sala en el concepto 1.675 del 31 de agosto de 2005, en la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo disponga el legislador.

Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, **una incompatibilidad** entre lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial.

La ley 153 de 1887 en su artículo 3¹⁵ establece otra forma de derogación y es la derogación orgánica. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que:

“La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley ‘regule íntegramente la materia’ que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.

¹⁵ “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

Así las cosas, en el presente caso, se observa en primer lugar, que no hay una derogación expresa del artículo 105 del decreto 1421 de 1993, ni mucho menos de su inciso final relativo a la vigilancia de la gestión fiscal de la contraloría de Bogotá, por cuanto no se encuentra una norma legal posterior que así lo declare explícitamente.

Por otra parte, tampoco se presenta una derogación tácita de la norma indicada, pues la regulación de los artículos 2 y 17, numeral 12, del decreto ley 272 de 2000, no entraña una contradicción con lo dispuesto por el citado inciso final del artículo 105, no entran en pugna y por tanto, no es posible afirmar que son excluyentes porque exista incompatibilidad entre sus textos. Antes bien, como quedó expresado arriba, las dos normas se complementan. Por tanto, a juicio de la Sala, lo dispuesto en la norma citada del decreto 1421 subsiste.

Por último, no se configura en este evento una derogación orgánica, en el sentido expuesto por la Corte Suprema en la sentencia reseñada, ya que el legislador extraordinario no expidió una regulación integral en relación con el tema del control fiscal sobre las contralorías, sino que de conformidad con las facultades otorgadas por el numeral segundo del artículo primero de la ley 573 de 2000¹⁶, sólo podía expedir normas con fuerza de ley para **“determinar la organización y funcionamiento de la Auditoria Externa de la Contraloría General de la República en lo no previsto en la ley 330 de 1996”**, habilitación que utilizó con el decreto ley 272 de 2000. (Resalta la Sala).

Lo anterior significa que las facultades otorgadas tenían un límite material estricto que le impedían emitir normativas frente a asuntos diferentes a los previstos en la ley de facultades y, por lo mismo, no estamos frente a una **“regulación integral de una materia”**, ni mucho menos se contaba con la facultad de derogar norma alguna sobre el control fiscal respecto de la Contraloría Distrital de Bogotá previsto en el decreto con fuerza de ley 1421 de 1993.

4. LA SENTENCIA C-1339 DE 2000 Y EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTROL FISCAL SOBRE LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ

Como lo ha manifestado la Sala en otras oportunidades¹⁷, no es su función determinar el alcance de la sentencia C-1339 de 2000 de la Corte Constitucional, y por tanto, con el objeto absolver esta consulta, sólo realizará un análisis de la situación presentada con ocasión de dicha decisión frente al control fiscal sobre la Contraloría Distrital de Bogotá prevista en el inciso final del artículo 105 del decreto 1421 de 1993.

En tal sentido, de la simple lectura de la sentencia C-1339 resulta evidente que la decisión de la Corte Constitucional se enmarca dentro de la demanda presentada contra la totalidad del decreto ley 272 de 2000. De esta manera, la demanda no se refiere a norma alguna del decreto 1421 de 1993¹⁸.

¹⁶ “Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución”. (Diario Oficial 43.885 de febrero 8 de 2000).

¹⁷ Concepto 1836 de agosto 2 de 2007.

¹⁸ Como tampoco podía hacerlo, ya que la competencia para conocer de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad contra el decreto con fuerza de ley 1421 de 1993 corresponde al Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237, numeral 2, de la C.P., en concordancia con los artículos 33, numeral 7, de la ley 270 de 1.996 y 7 del artículo 97 del C.C.A., tal como quedó modificado y adicionado por el artículo 33 de la ley 446 de 1.998, toda vez que se trata de un decreto de carácter general, dictado por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponde a la Corte Constitucional.

Ahora, no se aprecian cargos de inconstitucionalidad concretos contra el artículo 2 del decreto ley 272, relativo al ámbito general de competencia de la Auditoría General de la República. Frente al numeral 12 del artículo 17 ibídem, se transcriben los cargos, según el resumen realizado por la Corte:

“f) El control excepcional. Cargo contra el numeral 12 del art. 17 del decreto 272/2000.

El numeral 12 del artículo 17 del Decreto 272 de 2000, le otorga al Auditor la capacidad de ejercer un control excepcional sobre las cuentas territoriales asignadas a las respectivas contralorías, sin que exista autorización constitucional para ello.

En materia de control excepcional de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, las competencias se encuentran definidas y es incuestionable que esta figura es una facultad en cabeza de la Contraloría General de la República y es ella quien puede controlar la gestión fiscal de los recursos territoriales, aún cuando estos hayan sido destinados a constituir el patrimonio de las respectivas contralorías departamentales. Así lo confirma el inciso 3o. del artículo 267 de la C.P.

El numeral 12 del artículo 17 del Decreto 272 de 2000, excede el alcance de las facultades extraordinarias por:

- Ampliar el ámbito de competencias del Auditor Externo*
- Desconocer que el control excepcional sobre las contralorías distritales y municipales es una competencia constitucionalmente radicada en cabeza del Contralor General de la República.*
- Pretender repetir en cabeza del Auditor las funciones que tiene el Contralor General por autorización constitucional, cuando el que ejerce cada cual es diferente”.*

Sobre el particular, en el numeral 2o. de las consideraciones de la Corte Constitucional se aprecia un acápite denominado *“La función excepcional de vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías departamentales y distritales”*, en donde esa Corporación se pronuncia sobre los cargos mencionados. Inicia por citar la sentencia C-110 de 1998, mediante la cual se declaró exequible el artículo 10 de la ley 330 de 1996, que atribuyó la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías departamentales a la Auditoría ante la Contraloría General de la República.

En dicha sentencia, la Corte fija su criterio en el sentido de que la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías y la forma como éste se realiza es función del legislador.

Luego de citar la referida sentencia, esa Corporación continúa su exposición en los siguientes términos, los cuales serán transcritos en su integridad para mayor claridad y sustento de lo que más adelante indicará la Sala:

“Ciertamente el inciso 1 del art. 274 establece que la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República será

ejercida por el Auditor; pero en el inciso siguiente se establece que 'la ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal'. Por lo tanto, no es inconstitucional que el legislador asigne al mismo órgano especializado que ejerce la vigilancia de la gestión fiscal de dicha contraloría, la vigilancia de los órganos que realizan idéntica función a nivel departamental, distrital y municipal. (Párrafo 1)

Debe entenderse, que al autorizar la norma sub examine a la Auditoría General para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías municipales y distritales, lo hace con el fin de darle desarrollo al inciso segundo del artículo 274 constitucional, y dentro de esta perspectiva, no resulta aquélla reprochable, dada la circunstancia de que cumple apropiadamente con la voluntad del Constituyente en el sentido que, por disposición legal, sea la Auditoría General la entidad encargada de ejercer el control fiscal sobre los organismos que ejercen esta función a nivel territorial. (Párrafo 2)

Y ello debe ser así, si se escruta el espíritu del mencionado artículo 274, porque de su tenor se infiere que el Constituyente se propuso establecer una especie de control fiscal de segundo nivel, que se ejerce, no sólo sobre las entidades nacionales o territoriales que manejan fondos o recursos públicos, cuya responsabilidad es de las contralorías, sino sobre el manejo de bienes y recursos por estas entidades, pues como lo advirtió la Corte en la sentencia C-499/98, ellas también requieren de aportes y de bienes del Estado para su funcionamiento y, como cualquier otro organismo público, deben obrar con diligencia, responsabilidad y probidad en dicho manejo. (Párrafo 3)

No obstante, que el inciso 2 del art. 274 de la Constitución establece que es facultad del legislador determinar la manera en que debe ejercerse la aludida vigilancia, éste no puede actuar en forma arbitraria en la precisión de los términos en que ella debe realizarse, dado que debe consultar el sentido de la finalidad constitucional que se persigue con aquélla, que ya ha quedado delimitada. (Párrafo 4)

Conforme con lo anterior, a juicio de la Corte, lo que sí carece de respaldado constitucional es que la norma acusada disponga que la vigilancia de los organismos de control fiscal territorial se ejerza a solicitud de terceros, que desde luego pueden estar o no interesados en dicho control, como es el caso de los gobiernos departamental, distrital y municipal o las comisiones permanentes del Congreso o de las asambleas o concejos o los ciudadanos, en razón de que la vigilancia de la gestión fiscal por el Auditor, sea que se ejerza ante la Contraloría General de la República o frente a los organismos de control fiscal territorial, no puede ser facultativa, es decir, no puede ser una función rogada o que dependa de la voluntad de terceros, sino indispensable y obligatoria por el notorio interés público que ella envuelve. (Párrafo 5)

No resulta tampoco razonable, por los argumentos antes expuestos, que se exima de control a la Contraloría del Distrito Capital de Bogotá. (Párrafo 6)

Por las razones expuestas, se declarará exequible el numeral 12 del art. 17 del decreto 2000 salvo las expresiones: “en forma excepcional” y “previa solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal; de cualquier comisión permanente del Congreso de la República; de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales o de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación ciudadana que establece la ley. Este control no será aplicable a la Contraloría del Distrito Capital de Santafé de Bogotá. (Párrafo 7)”. (Los paréntesis y lo subrayado no es del texto)

De texto transcrito se destacan los siguientes aspectos:

1. Los párrafos 1, 2, 3 y 4 constituyen una reiteración de la jurisprudencia de la Corte, en el sentido que es el legislador el competente para señalar quien debe ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías en los niveles departamental, municipal y distrital, así como la forma en que ella debe realizarse, *“el cual es una especie de control fiscal de segundo nivel”*. Igualmente establece que en ejercicio de esa competencia el legislador está sujeto a unos límites, considerando la *“finalidad constitucional que se persigue con aquella”*.
2. El párrafo 5 indica que la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías no puede ejercerse a *“solicitud de terceros (...) no puede ser facultativa, es decir, no puede ser una función rogada o que dependa de la voluntad de terceros, sino indispensable y obligatoria por el notorio interés público que ella envuelve”*. Claramente la Corte señala que lo previsto en el numeral 12 del artículo 17 del decreto 272, sobre la forma facultativa o a solicitud de terceros en que dicha norma determinó que podía ejercerse esa vigilancia, no tiene respaldo constitucional.
3. Seguidamente, en el párrafo 6 la Corte sostiene: *“No resulta tampoco razonable, por los argumentos antes expuestos, que se exima de control a la Contraloría del Distrito Capital de Bogotá”*. Dentro del contexto argumentativo seguido por la Corte, es obvio que si no resulta razonable que el control fiscal sobre las contralorías sea facultativo, mucho menos lo sería que se *“exima de control a la Contraloría del Distrito Capital de Bogotá”*. En otras palabras, el legislador no cuenta con respaldo constitucional para eximir de control fiscal a la Contraloría del Distrito Capital de Bogotá.
4. De esta manera, en el párrafo 7 concluye: *“Por las razones expuestas, se declarará exequible el numeral 12 del art. 17 del decreto 2000 salvo las expresiones: ‘en forma excepcional’ y ‘previa solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal; de cualquier comisión permanente del Congreso de la República; de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales o de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación ciudadana que establece la ley. Este control no será aplicable a la Contraloría del Distrito Capital de Santafé de Bogotá”*.

Para la Sala es claro que del mismo texto de la sentencia C-1339, la Corte establece una regla: *Es inexecutable una norma que exonere de control fiscal a las contralorías y, en particular, a la Contraloría del Distrito Capital de Bogotá.*

Lo anterior es diferente a sostener que por la declaratoria de inexecutable contenida en la citada sentencia, la función de control fiscal sobre la aludida contraloría corresponda a la Auditoría General de la República, ya que dicha función, según el artículo 105 del decreto 1421 de 1993 (norma que, se insiste, no fue objeto del pronunciamiento de la Corte en la sentencia C-1339), será ejercida por *“quien designe el tribunal administrativo que tenga jurisdicción en el Distrito”*.

Como regla lógica puede señalarse que los efectos finales de la declaratoria de inexecutable no pueden exceder los que la norma declarada inexecutable disponía. De esta manera, el texto original del artículo 17 numeral 12, no establecía que la Contraloría del Distrito Capital de Bogotá estuviera exonerada de cualquier control fiscal, sino que el control excepcional allí previsto como función del Auditor General de la República no le era aplicable, en la medida en que para el legislador extraordinario era claro que dicho control fiscal se desarrolla por lo dispuesto en el régimen especial previsto para Bogotá, en su condición de Distrito Capital, en el citado decreto con fuerza de ley 1421 de 1993, atribución que, a juicio de la Sala, no se afectó con la decisión contenida en la Sentencia C-1339 de la Corte Constitucional.

5. COMPETENCIA DEL CONCEJO DISTRITAL DE BOGOTÁ PARA DETERMINAR LA ESTRUCTURA DE UN ÓRGANO DE CONTROL FISCAL ANTE LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ

El control fiscal es una función pública¹⁹, que debe ser ejercido por órganos de carácter técnico con autonomía administrativa, presupuestal y jurídica, tal como se ha determinado por la Corte Constitucional en la misma sentencia C-1339 de 2000, citada en la consulta, y en otras providencias que sobre el particular ha proferido esa corporación²⁰.

En efecto, dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-272 de 1998, citada en la sentencia C-1339, lo siguiente:

“En este sentido la mencionada autonomía consiste, básicamente, en el 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”²¹.

¹⁹ Art. 4 Ley 42 de 1993: “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”.

²⁰ Cfr., entre otras, C - 100 y C - 272 de 1996, C - 499 de 1998,

²¹ Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante mencionar lo que la jurisprudencia constitucional, dentro del ámbito de autonomía del que deben estar dotados los órganos de control fiscal, ha entendido por autonomía jurídica:

“la autonomía jurídica de los órganos de control fiscal se manifiesta de dos maneras. Por una parte, implica que el servidor público que ostenta la dirección del órgano no puede ser nombrado ni removido por funcionarios pertenecientes a las entidades objeto del control. De otro lado, significa que los actos por medio de los cuales se ejerce la vigilancia de

En atención a lo expuesto, el órgano de control fiscal ante la contraloría distrital de Bogotá no puede depender de la entidad sujeta a su control, esto es, la Contraloría Distrital. Siguiendo el mismo criterio, tampoco dicho órgano hace parte de la administración central o descentralizada de la administración distrital.

Ahora, si se decide crear un órgano autónomo de control fiscal ante la Contraloría Distrital de Bogotá, la estructura del mismo puede ser fijada por el Concejo Distrital de la ciudad, en consideración a lo siguientes argumentos:

5.1. De conformidad con el inciso final del artículo 322 de la C.P. *“A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio”.*

5.2. Al Concejo Distrital le corresponde reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito. (Art. 313 C.P., art. 12 num. 1 del decreto 1421 de 1993).

5.3. La creación de las entidades u organismos distritales es, por regla general, función del Concejo Distrital de Bogotá²².

5.4. También le corresponde al Concejo Distrital organizar los organismos de control, tales como la personería y contraloría distritales²³.

Por todo lo anterior, se estima que el Concejo Distrital de Bogotá, D.C., como corporación político administrativa de elección popular (C.P. art. 312), tiene competencia para reglamentar y organizar mediante Acuerdo, la función pública de control fiscal sobre la Contraloría Distrital de la ciudad.

En cuanto a la iniciativa del proyecto de Acuerdo, el artículo 13 del decreto 1421 de 1993, dispone:

“Artículo 13. Iniciativa. Los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por los concejales y el Alcalde Mayor por conducto de

la gestión fiscal no pueden estar sometidos a la aprobación, al control o a la revisión por parte de los entes sobre los cuales se ejerce la vigilancia. A este respecto, la Corte ha estimado que la autonomía jurídica de los organismos de control resulta vulnerada cuando una disposición legal (1) somete al supremo director de un órgano de control a algún tipo de dirección funcional o jerárquica en asuntos que, conforme a la Constitución Política, son de su competencia; (2) adscribe funciones propias del organismo de control a funcionarios que no dependan jerárquicamente de quien ostenta la dirección de ese órgano; y, (3) atribuye funciones que, según la Carta Política, son exclusivas del director del órgano de control, a un funcionario distinto a éste”. Sentencia C – 283 de 1997, citada en la sentencia C – 1339 de 2000.

²² Decreto 1421 Artículo 12. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley: 9. Crear, suprimir y fusionar establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta y la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, de acuerdo con las normas que definan sus características”.

“Artículo 55. Creación de entidades. Corresponde al Concejo Distrital, a iniciativa del alcalde mayor, crear, suprimir y fusionar secretarías y departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales y entes universitarios autónomos y asignarles sus funciones básicas. También le corresponde autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. La constitución de entidades de carácter asociativo en los sectores de las telecomunicaciones y la ciencia y la tecnología se regirá por la Ley 37 de 1993, el Decreto 393 de 1991 y las demás disposiciones legales pertinentes...”

²³ Ibid. Artículo 12 numeral 15.

sus secretarios, jefes de departamento administrativo o representantes legales de las entidades descentralizadas. El personero, el contralor y las juntas administradoras los pueden presentar en materias relacionadas con sus atribuciones. De conformidad con la respectiva ley estatutaria, los ciudadanos y las organizaciones sociales podrán presentar proyectos de acuerdo sobre temas de interés comunitario.

Sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del alcalde los acuerdos a que se refieren los ordinales 2, 3, 4, 5, 8, 9, 14, 16, 17 y 21 del artículo anterior. Igualmente, sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del Alcalde los acuerdos que decreten inversiones, ordenen servicios a cargo del Distrito, autoricen enajenar sus bienes y dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas. El Concejo podrá introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Alcalde”.

Comoquiera que la función pública de control fiscal sobre la Contraloría de Bogotá, está a cargo del Distrito como entidad territorial, el proyecto de acuerdo sobre el particular es de iniciativa del Alcalde Mayor de Bogotá.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

1. *¿Se encuentra derogado el inciso final del artículo 105 del Decreto Ley 1421 de 1993, en virtud de la expedición del Decreto Ley 272 de 2000 y la inexecutable parcial que respecto del artículo 17, numeral 12, produjo la Sentencia C - 1339 de 2000?, y*

3. *¿Es jurídicamente procedente que coexistan la Auditoría General de la Nación y la Auditoría Fiscal ante la Contraloría de Bogotá, D.C. y que ambas entidades sean competentes para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría de Bogotá?*

El inciso final del artículo 105 del decreto con fuerza de ley 1421 de 1993, no fue derogado por el decreto ley 272 de 2000. La decisión contenida en la sentencia C-1339 de 2000 de la Corte Constitucional se enmarca dentro de la demanda presentada contra el decreto ley 272 de 2000. De esta manera, la decisión no se refiere a norma alguna del decreto 1421 de 1993.

En los términos indicados en este concepto, la declaratoria de inexecutable contenida en dicha sentencia no significa que la función de control fiscal sobre la Contraloría Distrital de Bogotá, D.C. corresponda a la Auditoría General de la República, ya que dicha función según el artículo 105 del decreto 1421 de 1993 se ejercerá por “*quien designe el tribunal administrativo que tenga jurisdicción en el Distrito*”, norma que, se insiste, no fue objeto del pronunciamiento de la Corte en la sentencia C-1339.

De esta manera, en punto de las atribuciones asignadas por el legislador a la Auditoría General de la República y a quien ejerce el control fiscal sobre la Contraloría Distrital de Bogotá, D.C., no existe materialmente una coexistencia de funciones.

2. *En caso de no estar derogado el inciso final del artículo 105 del Decreto Ley 1421 de 1993, ¿Tiene competencia el Concejo de Bogotá, D.C., a iniciativa del Alcalde Mayor, para crear en la estructura del Distrito un órgano de control*

denominado Auditoría Fiscal ante la Contraloría de Bogotá, D.C. y/o reglamentar su organización, a efecto de suministrar a quien designe el Tribunal Administrativo de Cundinamarca una infraestructura, autónoma e independiente para ejercer el control fiscal de la Contraloría de Bogotá, D.C.?

Sí. El Concejo Distrital de Bogotá, D.C., a iniciativa del Alcalde Mayor, tiene competencia para crear en la estructura del Distrito un órgano de control denominado Auditoría Fiscal ante la Contraloría de Bogotá, D.C. y/o reglamentar su organización. Para el efecto, deberá considerarse que el control fiscal es una función pública, que debe ser ejercido por órganos de carácter técnico con autonomía administrativa, presupuestal y jurídica.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala