

May 05 / 2006

Bogotá, 4 de mayo de 2006

[Handwritten signature]

Dra.
ANA LILA PERAFAN CABRERA
Directora Jurídica
Auditoria General de la República
E. S. D.

AUDITORIA GENERAL
DE LA REPUBLICA
May 11 3 54 PM '06
CORRESPONDENCIA

Cordial Saludo.

May 05 / 2006.
Archivo

[Handwritten signature]

Respetuosamente me permito solicitar acceso a información jurídica, en relación con la facultad que tiene el Contralor (es) de suspender a los funcionarios, en desarrollo de una investigación fiscal y con base en la aplicación del principio de la verdad sabida y la buena fe guardada.

Lo anterior, con fines académicos exclusivamente, como estudiante de una maestría en Derecho Administrativo, que actualmente curso.

Agradezco su atención y me suscribo como su servidora; recibo correspondencia en la carrera 13A 107-18, Tel. móvil, 315 6432159.

Atentamente,

~~Yamile Guerra Suárez~~
Yamile Guerra Suárez
C.C. 67.488.304 de B/ga
T.P. No. 85.868 del C.S.J.

Bogotá, D.C.,
OJ110-



Devolver Copia Firmada

NO 479
110.028.2006

Doctora:
YAMILE GUERRA SUAREZ
Carrera 13ª No. 107-18
Bogotá D.C.
Cel: 3156432159

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar c/te N.U.R. 110-1-31928 15/05/2006 12:22 PM
Trámite 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
S-31110 Actividad 07 RESPUESTA Folios 11, Anexos 110
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: YAMILE GUERRA SUAREZ

REFERENCIA: N.U.R.: 110-1-31928 – Solicitud de concepto-
Asunto: Solicitud información jurídica –facultad del Contralor de
suspender funcionarios en desarrollo de una investigación
fiscal-

Mayo 17/2006
Archie
H

Respetada Doctora Yamile:

La Dirección Jurídica ha recibido la comunicación de la referencia, en la que se solicita información jurídica sobre la "facultad del contralor, de suspender funcionarios en desarrollo de una investigación fiscal y con base en la aplicación de la verdad sabida y la buena fe guardada".

Acorde con lo pedido, a continuación se transcribe en lo pertinente, los apartes de las sentencias que se señalan a continuación, relacionadas con el tema objeto de su estudio: *Corte Constitucional. Sentencia C-603 de 24 de mayo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de agosto de 2001. Expediente No. 20608. Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto radicación No. 452 de 15 de julio de 1992. Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hadrón; y Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 4 de mayo de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.*

JURISPRUDENCIA – CONSTITUCIONALIDAD.- La suspensión de funcionarios mientras culminan las investigaciones fiscales, penales o administrativas puede ser exigida por el Contralor General de la República y los contralores territoriales; en estos eventos, es deber del nominador adoptar la decisión solicitada por el contralor. Es constitucionalmente admisible que el Contralor General haga uso de esta facultad en relación con las autoridades locales, cuando sea consecuencia del ejercicio del control fiscal excepcional.- "[...] El actor demanda la expresión "General de la República", contenida en el numeral 5º del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios, al considerar que la facultad de suspender a los alcaldes municipales debe corresponder a los contralores territoriales y no al Contralor General de la República.

Nuevo Silva 147
17. MAYO de 2006

La Constitución Política, en el numeral 8 del artículo 268, asigna a la Contraloría General de la República la facultad de promover las investigaciones penales o disciplinarias que correspondan, pudiendo incluso llegar a exigir la suspensión inmediata de los funcionarios comprometidos.

El uso de la atribución en referencia tiene repercusión directa en la interrupción del ejercicio del cargo público objeto de la actuación del Contralor, ya que, cuando éste se dirige al nominador en demanda de la suspensión, no le deja alternativa distinta de proceder a ella. Se trata de un requerimiento con efectos vinculantes para el nominador, ya que la Carta Política emplea el término "exigir", lo que definitivamente es distinto de "solicitar" o "pedir", expresiones que, al fin y al cabo, dejarían la decisión en manos del funcionario administrativo correspondiente. Una exigencia tiene connotación imperativa; hace forzosa la ejecución de lo exigido.

Por otra parte, la medida en comento tiene un alcance provisional, por cuanto no se separa definitivamente a los servidores públicos involucrados, cuya presunción de inocencia -en el campo fiscal, en el disciplinario y en el penal- todavía no ha sido desvirtuada (art. 29 C.P.). Pero permite que, si el Contralor tiene razones poderosas para temer que la permanencia de aquéllos en el desempeño de sus empleos pueda afectar las investigaciones, dificultar la tarea de fiscalización o comprometer todavía más el interés colectivo, los bienes del Estado o la moralidad pública, demande del nominador, con la referida fuerza vinculante, que se los suspenda, no a título de sanción sino como instrumento transitorio encaminado a la efectividad del control.

Ahora bien, el interrogante que suscita la demanda es el de si la indicada facultad es exclusiva del Contralor General o pueden también ejercerla, en sus respectivos territorios, los contralores seccionales y locales.

Por una parte, no puede perderse de vista que, según el artículo 272 de la Constitución, los contralores departamentales, distritales y municipales "ejercen, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268" (subraya la Corte).

La remisión es directa y no discrimina entre las funciones del Contralor, una de las cuales es precisamente aquella de la cual se trata.

La Corte considera, entonces, que, si se otorga -como debe otorgarse- pleno efecto a la norma constitucional en mención, los contralores seccionales y locales gozan, en sus respectivas órbitas de competencia, de la atribución señalada al Contralor General por el artículo 268, numeral 8, de la Carta, en su totalidad. Es decir que, como al hacer la remisión, el artículo 272 *ibidem* no distinguió, tampoco el intérprete ni el juez constitucional pueden distinguir, y, por tanto, se encuentra autorizado constitucionalmente cada contralor departamental, distrital o municipal, en el ámbito de su respectivo departamento, distrito o municipio, para exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

De allí se concluye que la norma legal examinada no podía, como lo hizo, al enunciar las causales de suspensión de los alcaldes, circunscribir el evento de suspensión provisional a que se refiere el artículo 268, numeral 8, de la Constitución a la solicitud que eleve el Contralor General de la República. Tal circunstancia debe tener origen también, a la luz de la Carta Política, en la exigencia que haga el respectivo contralor seccional o local.

[. . .] Surgo de allí, necesariamente, que, a partir de la notificación del presente Fallo, podrán los contratadores distritales y municipales exigir al Presidente de la República y a los gobernadores, en sus respectivas órbitas de competencia, la suspensión de los alcaldes, si se dan las hipótesis contempladas en el varias veces enunciado artículo 268, numeral 8, de la Carta.

Desde luego, esto no implica que el Contralor General de la República quede excluido de tal facultad cuando se trata de entidades territoriales. Respecto de ellas solamente podrá ejercer control fiscal sobre el supuesto de que exista una ley que lo autorice, toda vez que la norma del artículo 267 de la Constitución es de interpretación restrictiva cuando estipula que "en los casos excepcionales previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial" (subraya la Corte). En tales eventos extraordinarios y en los términos de la ley respectiva, el Contralor General desplazará, en el control posterior, al departamental, distrital o municipal; de no existir norma legal expresa que lo faculte para el caso excepcional, prevalece la competencia de aquéllos.

Sin embargo, no puede ser desconocido el numeral 4 del mismo artículo 268 de la Constitución, que faculta al Contralor General para "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". (Se subraya).

Es natural que, si de tales informes surge, a juicio del Contralor, el imperativo de solicitar y promover investigaciones penales y disciplinarias, puede aplicar con todo su rigor respecto de servidores públicos de cualquier nivel lo previsto en el artículo 268, numeral 8, de la Constitución Política, cuando esté de por medio el interés fiscal de la Nación." (Corte Constitucional. Sentencia C-603 de 24 de mayo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

JURISPRUDENCIA – ADMINISTRATIVA.- El reconocimiento de los perjuicios ocasionados por la suspensión de funcionarios realizada en cumplimiento de solicitud elevada por un contralor, puede intentarse mediante el ejercicio de la acción de reparación directa; en estos eventos el término de caducidad de la acción corre a partir del momento en que el daño se consumó.- "[. . .] 1. El demandante ejerció la acción de reparación directa con fundamento en el daño antijurídico que padeció, según cree, a consecuencia no de la suspensión en su cargo, por una medida cautelar dentro de la investigación fiscal, sino como consecuencia de que dicha investigación fiscal concluyó con la preclusión de la investigación.

Afirmó que el tiempo de suspensión en el cargo a raíz de dicho cierre de la investigación, deja ver que el daño padecido es antijurídico.

2. Para la Sala las afirmaciones de hecho son relevantes respecto de la conducta demandada; el actor no discutió la validez del acto administrativo que ordenó la suspensión, sino el daño antijurídico padecido por la suspensión – pérdida de remuneración y la posibilidad de haber trabajado en ese tiempo en algún otro cargo -, el se manifestó – en antijurídico - cuando se precluyó el cierre de la investigación.

Como se observa el demandante parte del cierre de la investigación y de preclusión de dicho trámite para deducir que la suspensión que soportó le

causó un daño antijurídico; dicho de otro modo, sólo con esa medida administrativa de cierre que se sustentó en que no había lugar a adelantar proceso fiscal permite deducir que hay lugar a indemnizarlo.

a. En consecuencia si lo demandado es un hecho y no un acto administrativo, la Sala a diferencia del a quo estima que la acción sí fue debida; cosa distinta es que lo alegado por el actor sea cierto; el hecho, el daño y la relación causal afirmadas, serán objeto de prueba.

b. La acción ejercitada es la debida. Para deducirlo se hará la referencia a la acción, **de nulidad y de restablecimiento del derecho**, que según el Tribunal era la procedente y también a **la acción de reparación directa** que fue la utilizada por el actor. En este orden:

El C.C.A. enseña:

- en cuanto a **la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho** que "toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se lo restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repara el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que lo modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente" (art. 85);
- en cuanto a **la acción de reparación directa** que "la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieron conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública" (art. 86).

De lo anterior se deduce, claramente, que para una y otra acción las causas que originan su ejercicio son distintas.

En efecto:

La conducta administrativa, **como causa**, que origina la acción nulidad y restablecimiento es **un acto administrativo en firme**, que se considera ilegal; se persigue con esta acción no sólo la nulidad de ese acto sino también el restablecimiento, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado

Para la acción de reparación directa varias son las causas que permiten su ejercicio, como son: causa un **hecho, una omisión, una operación administrativa ilegal, la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa por parte de la Administración, que ocasiona un daño; y las conductas materiales provenientes de los particulares que le causan daños a la Administración; se persigue con dicha acción a más de la declaratoria de responsabilidad extracontractual la la reparación del perjuicio.**

La Sala considera que no hubo indebida escogencia de la acción, puesto que examinando el contenido de la demanda se advierte que los motivos que dieron origen al ejercicio de la acción, se relacionan con el daño padecido durante el tiempo de suspensión del cargo, daño descubierto en su

antijuridicidad, según la demanda, con la medida de preclusión y cierre de la investigación.

Precisadas, de una parte, la conducta demandada y, de otra, la acción ejercitada se pasará a estudiar el punto relativo a su caducidad.

c. El término de caducidad de la acción de reparación directa está previsto en el C. C. A., el cual establece:

"La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa" (numeral 8 art. 136).

Entonces: Si la demanda asevera que el daño antijurídico se consumó cuando la Administración el día **10 de febrero de 2000** precluyó el cierre de la investigación, y en tal momento conoció que durante el tiempo que duró suspendido sufrió pérdidas – de remuneración y de oportunidad para desempeñar otro cargo – para cuando se presentó la demanda, **29 de noviembre de 2000** (fol. 10 c.2) no había transcurrido el plazo legal, de dos años. Por lo tanto la demanda debió admitirse." (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de agosto de 2001. Expediente No. 20608. Consejera Ponente Dra. María Elona Giraldo Gómez).

DOCTRINA.- Suspensión de funcionarios por solicitud de contralor: naturaleza y alcances.- "[. . .] La Sala considera que la nueva potestad atribuida por la Constitución a los Contralores para efectos de exigir la suspensión inmediata de funcionarios contra los cuales se adelantan investigaciones o procesos penales o disciplinarios originados en el ejercicio del control fiscal, es responsabilidad personal de cada Contralor, quien actuará "verdad sabida y buena fe guardada". Dicha potestad puede ejercerse en cumplimiento del marco institucional del control fiscal y comprende a los funcionarios que se determinan como sujetos pasivos del mismo por recibir, manejar o invertir fondos o bienes del Estado. Conforman la excepción aquellos casos regulados especialmente por la Constitución, como sucede con el Presidente de la República, los magistrados de los altos Tribunales de justicia y el Fiscal General de la Nación (ibidem, artículos 174, 175, 178-3 y 256-3); los miembros del Congreso Nacional, cuya pérdida de investidura corresponde decretar al Consejo de Estado por las causales enumeradas en el artículo 183; los miembros de las demás corporaciones públicas, para los cuales la ley puede establecer el procedimiento de revocatoria del mandato (ibidem, artículos 40-4 y 103), y los gobernadores y alcaldes (ibidem, artículos 259, 304 y 314).

Por lo demás, la orden de suspensión del cargo presupone la existencia de investigaciones fiscales o de procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal y se mantiene, por mandato de la Constitución, "mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios".

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

[. . .] 2.- El ejercicio de la facultad de promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes se presume hayan causado perjuicio a los

intereses patrimoniales del Estado, y la de exigir verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios, atribuida a los Contralores por la nueva Constitución (artículos 268 ordinal 8º. y 272 inciso sexto), por tener regulación constitucional propia y completa no ha monester de previo desarrollo legal.

3. *La suspensión de funcionarios, sujetos pasivos del control fiscal, ordenada por los Contralores dentro del marco de sus atribuciones constitucionales procede "mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios". Se exceptúan los casos especiales regulados de modo diferente por la Constitución, tal como ocurre con los gobernadores y alcaldes. Estos funcionarios solamente podrán ser suspendidos o destituidos, respectivamente, por el Presidente de la República y los Gobernadores (con excepción de los alcaldes distritales, respecto de los cuales la competencia es del Presidente), en los casos taxativamente señalados por la ley.*

4. *Iniciadas las investigaciones fiscales o en marcha los procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal, el respectivo Contralor, bajo su responsabilidad y con fundamento en el principio de "verdad sabida y buena fe guardada", puede ordenar la suspensión de cualquiera de tales funcionarios, caso en el cual el nominador deberá cumplir la orden-exigencia, de inmediato, lo cual significa que no podrá modificarla, aplazarla ni rechazarla." (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto radicación No. 452 de 15 de julio de 1992. Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hidrón).*

JURISPRUDENCIA – CONSTITUCIONALIDAD.- *La terminación del contrato del trabajador oficial y la suspensión de funciones afectan el núcleo de la relación laboral entre el Estado y el servidor público y, por tanto, tienen naturaleza disciplinaria, no fiscal. Se considera ajustado a la Constitución que se faculte a los contralores para solicitar la imposición de estas sanciones. La suspensión de funciones entendida como medida cautelar que puede ser solicitada por los contralores cuenta con pleno respaldo constitucional, salvo en los casos en que se le contemple como sanción autónoma que puede ser impuesta directa o indirectamente por las contralorías.- "[. . .] 3. En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con las finalidades y funciones de los órganos de control. En efecto, esta Corporación ha sostenido que la función disciplinaria, que el Constituyente atribuye en forma prevalente a la Procuraduría General de la Nación, busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos "frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública"¹¹¹. Por su parte, el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado"¹¹². De ahí que, incluso la*

¹¹¹ Sentencia C-244 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹¹² En relación con el fundamento resarcitorio de la responsabilidad fiscal, pueden consultarse las sentencias C-046 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-620 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-973 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

evaluación del daño en la responsabilidad disciplinaria es diferente del que se origina en la responsabilidad fiscal, pues el primero es básicamente un daño extrapatrimonial no susceptible de valoración económica y, el segundo se refiere exclusivamente a un daño patrimonial. Así mismo, es claro que el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio que busca impedir el comportamiento arbitrario de los funcionarios públicos, mientras que el proceso fiscal "no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo"³³³, sino que tiene un fundamento resarcitorio.

4. Así las cosas, el Constituyente diseñó el marco general de conducta para cada uno de los órganos fiscalizadores, encomendó funciones y atribuciones expresas para garantizar la efectividad del control, la moralidad y la transparencia de la función pública y del manejo de los recursos públicos. Sin embargo, esto no significa que las funciones constitucionales atribuidas a la Procuraduría y a la Contraloría sean las únicas que pueden desarrollar estos órganos, como quiera que, de acuerdo con los numerales 13 del artículo 268 y 10 del artículo 277 de la Carta, la ley puede conferirles nuevas atribuciones.

Entonces, lo anterior quiere decir que ¿la ley puede asignar cualquier tipo de funciones a los órganos de control? La respuesta a ese interrogante es claramente negativa, pues tal y como esta Corte lo ha señalado³³⁴, el Legislador debe respetar los diseños constitucionales que garantizan el principio de separación de poderes, el cual se concibe como un instrumento adecuado y necesario para evitar la concentración excesiva de autoridad en ciertos poderes y, pretende el control mutuo en el ejercicio de los mismos. Por ello, la delimitación de funciones entre las ramas del poder y de los órganos autónomos se lleva a cabo "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."³³⁵

5. Conforme a lo anterior, es posible concluir que la tesis de uno de los intervinientes según la cual la función disciplinaria no es exclusiva de la Procuraduría, no es un argumento suficiente para sustentar la autorización de la imposición de sanciones disciplinarias por parte de la Contraloría, pues es obvio que una disposición legal no puede desconocer una función directamente atribuida por la Constitución a un determinado órgano, como es en este caso, que la Procuraduría ejerce la supervigilancia disciplinaria de quienes ejercen funciones públicas.

En este orden de ideas, fue el propio Constituyente quien diseñó el marco general de conducta para cada uno de los órganos de control, quienes no sólo deberán ejercer sus funciones en forma separada y autónoma (C.P. art. 113) sino que deberán hacerlo conforme a la naturaleza jurídica de los poderes disciplinario y fiscal del Estado (C.P. art. 268, 277 y 278). Es más, la separación de las funciones disciplinarias y fiscales fue expresamente consagrada en el numeral 8º del artículo 268 de la Carta, según el cual el contralor general deberá "promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del

³³³ Sentencia SU-620 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell

³³⁴ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-222 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz y C-189 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

³³⁵ Sentencia C-167 de 1995. MP Fabio Morón Díaz.

Estado", pues precisamente lo que el Constituyente quiso fue darle valor probatorio a los resultados de la investigación fiscal y no convertirlo en un órgano que impone y aplica sanciones⁴⁶. Por lo tanto, para la Corte es claro que el Legislador no puede atribuir a la Contraloría facultades que invaden la función disciplinaria asignada a otro órgano autónomo.

6. Con base en lo expuesto, surge un interrogante obvio: ¿las sanciones previstas en las normas acusadas quebrantan el reparto de funciones entre los organismos de control? En otras palabras, ¿la multa, la amonestación, la remoción y suspensión del cargo público o del contrato celebrado con el Estado, son sanciones disciplinarias, tal y como lo señala la demanda?

[. . .] Para ello es necesario detenerse especialmente en la naturaleza jurídica de la remoción, la suspensión y la terminación del contrato laboral administrativo del servidor público, como quiera que, a diferencia de las sanciones pecuniarias, este tipo de medidas no se derivan de una facultad constitucional expresa. Además, a juicio del actor, estas sanciones invaden la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, esta Corporación deberá estudiar la naturaleza jurídica de la remoción, la suspensión y la terminación del contrato del servidor público.

10. Definir la naturaleza jurídica de una sanción es un asunto complejo pero muy importante para el análisis de la constitucionalidad de la medida. En efecto, tal y como lo ha manifestado esta Corporación⁴⁷, el Legislador está facultado, dentro de su libertad de configuración política, para tipificar las conductas y para graduar las sanciones que considera indispensables para la convivencia social. Sin embargo, esa facultad de apreciación legislativa no significa que el Congreso sea absolutamente libre para señalar las consecuencias de una conducta, como quiera que la regulación normativa que tipifica y sanciona conductas está sometida a un control constitucional de límites, que entre otras cosas, analiza la razonabilidad, la proporcionalidad y la titularidad de la medida. De ahí que el Legislador sólo puede autorizar la imposición de sanciones razonables y proporcionales a los funcionarios que, de acuerdo con el reparto de competencias constitucionales, resulten afines con la medida. Así pues, a manera de ejemplo, el Legislador tiene competencia para crear nuevas faltas y sanciones disciplinarias pero no por ello puede autorizar a la Procuraduría General de la Nación para imponer la pena privativa de la libertad como consecuencia de una falta disciplinaria, pues esta sanción no sólo es ajena al juicio disciplinario sino que deberá imponerse en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente (C.P. art. 29).

11. Pues bien, para definir la naturaleza jurídica de una sanción, la teoría y la práctica jurídicas han desarrollado algunos criterios relevantes para la definición. Así, han considerado que la sanción puede definirse con base en el tipo de derecho afectado, por lo que, a guisa de ejemplo, será en general sanción penal si afecta la libertad. En otros casos, es posible mirar un criterio orgánico, esto es, la naturaleza de la sanción depende del ente que la impone. Así por ejemplo, una sanción impuesta por un alcalde tiende a configurarse como una medida administrativa. En otros eventos, es pertinente observar la ratio de la sanción y el tipo de bien jurídico que busca proteger. Por ende, será sanción disciplinaria aquella que pretende garantizar la imparcialidad y buen funcionamiento de la administración y,

⁴⁶ Al respecto, puede consultarse la discusión en la comisión quinta, del 14 de mayo de 1991, Consulta textual y referencial. Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Artículo 268 de la Constitución. Página 21.

⁴⁷ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-013 de 1997, C-015 de 1997, C-292 de 1997 y C-327 de 1997.

finalmente, deberá tenerse en cuenta el comportamiento sancionado, esto es el tipo de órbita que interviene el Estado, pues si lo hace reprochando un comportamiento público, la sanción generalmente corresponderá al derecho público.

Por ello, sin pretender elaborar criterios rígidos y exhaustivos, la Corte considera que la naturaleza jurídica de una sanción podría definirse si se tienen en cuenta cuatro elementos: a) el titular de la sanción, o criterio orgánico. b) la finalidad de la medida o la ratio. c) el tipo de conducta sancionada y, d) el tipo de derecho afectado, esto es, la órbita en la que interviene el Estado.

Así las cosas, las normas acusadas consagran las sanciones de remoción del cargo, suspensión de funciones y terminación del contrato laboral administrativo, las cuales se conciben como medidas que pueden imponer los contratadores, a través de los nominadores, como consecuencia de procesos de responsabilidad fiscal. Por ende, en principio, si la medida es aplicada por el contratador es una sanción fiscal o si lo hace la Procuraduría es una sanción disciplinaria, como quiera que el titular de la misma señala prima facie la naturaleza de la imposición. Sin embargo, el anterior criterio no puede convertirse en el único para determinar la naturaleza jurídica de la sanción, pues precisamente el control constitucional sobre el reparto de competencias que fija la Carta, exige que la finalidad de la medida esté ajustada al tipo de juicio que la aplica. En efecto, la garantía superior del debido proceso involucra la observancia de las formas propias de cada juicio, lo que significa que debe existir un nexo de causalidad entre la tipificación de la pena y el proceso en el que deberá imponerse. Pues bien, el proceso fiscal busca determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos¹⁸¹, por lo que las medidas a imponer deberán ser una consecuencia directa de la vigilancia de la gestión fiscal. Por su parte, el proceso disciplinario analiza el comportamiento de quienes desempeñan funciones públicas, a la luz de normas de contenidos éticos. Por ende, las sanciones estarán ligadas al correcto desempeño de la función.

De otra parte, para analizar la naturaleza jurídica de las sanciones acusadas también es importante conocer cuál es el tipo de conducta que se reprocha, puesto que la responsabilidad fiscal juzga el indebido manejo de recursos públicos, mientras que el comportamiento recriminado en la responsabilidad disciplinaria es el abuso, por acción u omisión, de la función pública. Por consiguiente, el tipo de derecho afectado con cada una de las sanciones no debe identificarse, pues la sanción fiscal tendrá, principalmente, un contenido resarcitorio que actúa sobre derechos patrimoniales del sancionado, mientras que la sanción disciplinaria deberá dirigirse a la relación laboral cuyo comportamiento es evaluado por el derecho disciplinario.

Ahora bien, las sanciones que consagran las normas acusadas, esto es, la remoción del cargo entendida como la desvinculación del empleado público, la terminación del contrato del trabajador oficial y la suspensión de funciones, no tienen un contenido pecuniario propio de la responsabilidad fiscal sino que, por el contrario, afectan el núcleo esencial de la relación laboral entre el Estado y el servidor público, la cual se ubica en el derecho disciplinario. De allí que la Ley 200 de 1995 consagra como sanciones disciplinarias: la remoción del cargo, suspensión de funciones y la terminación del contrato laboral administrativo (art. 29), puesto que la

¹⁸¹Sentencia SU-620 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell

afectación del vínculo laboral es una consecuencia directa de la vigilancia en el desarrollo de la función pública.

Con todo, podría argumentarse que una conducta reprochable fiscalmente también afecta el vínculo laboral existente entre el Estado y el servidor público, por lo que la sanción fiscal podría retirar de la función pública un trabajador que malversó recursos públicos. En efecto, como se explicó en precedencia, una misma conducta puede originar al mismo tiempo responsabilidad fiscal y disciplinaria, pero no por ello las sanciones pueden ser las mismas, pues la Constitución no sólo diseñó un marco de conductas propias para cada órgano de control sino que preceptuó el deber legal de determinar las formas propias de cada juicio. Por esa misma razón, el numeral 8º del artículo 268 de la Carta facultó al contralor para promover investigaciones penales y disciplinarias de servidores públicos, aportando las pruebas que recaudó en el proceso fiscal.

Por lo expuesto, la remoción del cargo, la terminación del contrato administrativo y la suspensión de funciones no pueden tipificarse como sanciones que impone directa e indirectamente el órgano de control fiscal, pues al hacerlo invade competencias exclusivas del funcionario disciplinario competente.

12. No obstante, es necesaria la siguiente aclaración: de acuerdo con las normas acusadas, la figura de la suspensión del cargo tiene una doble connotación. De un lado, es una sanción, la cual como se explicó, no puede ser impuesta por la contraloría, por ser de naturaleza disciplinaria. De otro lado, es una medida cautelar de origen constitucional que no busca sancionar sino asegurar la transparencia, imparcialidad y efectividad de la investigación fiscal, pues para adelantar el proceso fiscal es razonable la separación del cargo del funcionario involucrado en la falta fiscal. Ahora bien, esta última figura goza de pleno respaldo constitucional, como quiera que el propio numeral 8º del artículo 268 superior dispone que la contraloría podrá exigir "la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios". Por consiguiente, la medida es válida constitucionalmente si se entiende como medida cautelar que podrá ser solicitada por la contraloría, y no como sanción fiscal.

Decisiones a tomar

13. Conforme a lo anterior, el demandante y la Vía Fiscal aciertan en que, como consecuencia de la responsabilidad fiscal, el contralor no puede imponer la remoción del cargo, la terminación del contrato laboral administrativo y la suspensión de funciones. No obstante, la Corte aclara que esta decisión no significa que una falta fiscal no puede generar otro tipo de responsabilidad. Por el contrario, estas mismas sanciones podrán imponerse, previo proceso disciplinario, por el funcionario que ejerce la función disciplinaria competente, sin perjuicio de la responsabilidad penal que surja del caso concreto, lo cual puede solicitarse por los contralores.

¿Significa lo anterior que, las normas acusadas deben salir del ordenamiento jurídico o que deba condicionarse la constitucionalidad de las mismas? La Corte considera que no, como quiera que la lectura literal de las disposiciones impugnadas permite interpretarlas en un sentido acorde con la Constitución. En efecto, en el aparte más discutible, el artículo 99 de la Ley 42 de 1993 señala que la solicitud de remoción y la suspensión "se aplicarán a través de nominadores". Esto no significa que los contralores pueden imponer directamente esas sanciones, simplemente establecen la posibilidad de solicitar, al funcionario disciplinario competente, que entre otros puede ser el nominador, la imposición de las sanciones disciplinarias

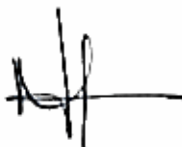
que consagran estas disposiciones, previo proceso disciplinario. En el mismo sentido, debe leerse la solicitud de suspensión como medida cautelar, la cual deberá requerirse por la contraloría, sin que por ello ostente un carácter vinculante, al funcionario que ejerce el poder disciplinario.

De igual manera, una interpretación exegética de la expresión "solicitarán la remoción o la terminación del contrato...", contenida en el artículo 102 de la Ley 42 de 1993 permite concluir que esa disposición no autoriza a las contralorías a imponer las sanciones sino que faculta al órgano de control fiscal a requerir al funcionario que ejerce la facultad disciplinaria, quien previo proceso disciplinario, podrá imponer dichas sanciones.

En este orden de ideas, la Corte concluye que el contenido textual de las normas impugnadas es conforme con la Constitución, por lo cual no sólo no es posible retirar del ordenamiento jurídico las normas acusadas sino que tampoco es pertinente condicionar la interpretación de las mismas. Por consiguiente, esta Corporación declarará la exequibilidad pura y simple de los artículos 99, 100 y 102 de la Ley 42 de 1993." (Corte Constitucional. Sentencia C-484 de 4 de mayo de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Confiando en que la información jurídica suministrada, le aporte a su estudio académico, sin otro particular se suscribe,

Cordialmente,



ANA LYDA PERAFFAN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

Pyto: ALPC