



Radicado No: 20211100030521

Fecha: 17-09-2021

Bogotá,
110

Señora
ZUNILDA MEZA ORTIZ
zumeor@hotmail.com

Referencia: Concepto 110.066.2021
SIA-ATC. 012021000586

1. *Del proceso administrativo sancionatorio fiscal*
2. *De la suspensión en el ejercicio del cargo*
 - 2.1 *La suspensión como medida preventiva o cautelar*
 - 2.2 *La suspensión como sanción fiscal*
3. *Destinatarios de la suspensión*

Señora Zunilda:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio del 29 de julio de 2021 allegado en correo electrónico de la misma fecha, el cual fue radicado con el número 20212330012392 del 29 de julio de 2021 y bajo el SIA-ATC. 012021000586, en el que consulta referente al numeral 2 (Suspensión) del artículo 84 (Criterios para la imposición de sanciones) del Decreto-Ley 403 de 2020, lo siguiente:

- 1.- *Diferencia entre suspensión provisional y decisión (fallo) de suspensión?*
- 2.- *La decisión (fallo) de suspensión solo procede contra servidores públicos?*
- 3.- *La suspensión provisional procede contra servidores públicos y particulares?*
- 4.- *Siendo la suspensión provisional una facultad exclusiva de la CGR, esto no implica que una Contraloría Territorial, pueda fallar un proceso (decisión de final) con suspensión?*
- 4.- *La suspensión como decisión final del proceso sancionatorio puede ser ordenada directamente o se debe solicitar al nominador que la ordene y la haga efectiva? (sic)*
- 5.- *Hasta donde llegan las facultades de los Entes de Control Fiscal para fallar con sanción de suspensión un proceso sancionatorio?*
- 6.- *Se pueden contabilizar sanciones anteriores al decreto 403 de 2020, esto ante la exigencia del numeral d) (sanciones dentro de los 2 años anteriores) de referido decreto?*

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de

emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...). (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Del proceso administrativo sancionatorio fiscal

La Constitución Política de Colombia de 1991 con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019 «Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal», determina dentro de las funciones del Contralor General de la República:

*Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:
(...)*

- 4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos.*
- 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación. (...)*

Funciones éstas que igualmente son asignadas a los contralores territoriales por el mismo constituyente así:

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

(...)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)

De la norma superior se tiene que los contralores del país, cuentan con la función de imponer sanciones pecuniarias derivadas de la gestión fiscal que adelanten los funcionarios o los particulares que manejan fondos o bienes públicos.

El Presidente de la República en ejercicio de facultades constitucionales extraordinarias protempore, expide el Decreto-Ley 403 de 2020 «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal», regulando en el Título IX el proceso sancionatorio fiscal, en el que se determina su naturaleza (art. 78), los funcionarios competentes (art. 79), el campo de aplicación (art. 80), las conductas sancionables (art. 81 y 82), tipos de sanciones (art. 83), criterios para imponer las sanciones (art. 84), graduación de la sanción (art. 87) y el trámite del proceso (art. 88).

Esta norma trae como novedades, entre otras que: i) Amplía el campo de aplicación no solamente a los gestores fiscales, sino a aquellos que deban suministrar información para el ejercicio de la función de vigilancia y control fiscal; ii) Establece la sanción de suspensión determinando los casos en que ésta procede y su límite máximo de duración en hasta 180 días.

En cuanto a su naturaleza, la determina así:

Artículo 78. Naturaleza. El Procedimiento Administrativo Sancionatorio Fiscal es de naturaleza especial, propende por el debido ejercicio de la vigilancia y el control fiscal, la protección del patrimonio público y el cumplimiento de los principios constitucionales y legales del control y la gestión fiscal.

Las sanciones administrativas fiscales no tienen naturaleza disciplinaria ni indemnizatoria o resarcitoria patrimonial, pueden concurrir con esas modalidades de responsabilidad y proceden a título de imputación de culpa o dolo.

Esta Oficina en los conceptos 110.022.2021 (Radicado No. 20211100010711 del 12 de abril de 2020) y 110.023.2021 (Radicado No. 20211100012471 y 110.024.2021 (Radicado 20211100013801 Fecha: 29 -04 -2021), se pronunció respecto a la aplicación del proceso sancionatorio establecido en el Decreto 403 de 2020, resaltando que ella procede para los hechos allí tipificados y cometidos con posterioridad al 16 de marzo de 2020, pue para los anteriores sigue vigente la Ley 42 de 1993.

Así mismo, este Despacho respecto del proceso sancionatorio fiscal, en concepto 110.014.2018 (Radicado 2018110000981 del 16 de enero de 2018), concluyó:

La finalidad del Proceso Administrativo Sancionatorio es facilitar el ejercicio de la vigilancia fiscal, propendiendo por el correcto y oportuno cumplimiento de ciertas obligaciones que permitan el adecuado, transparente y eficiente del Control Fiscal.

Por tanto, con el Proceso Administrativo Sancionatorio, no se pretende resarcir ni reparar el daño patrimonial, sino que busca ser un medio conminatorio de la conducta, fundamentado en el poder correccional del Estado, imponiendo las correspondientes sanciones por el incumplimiento por parte del funcionario competente que debió asumir y tomar las acciones correctivas, con el fin de que se cumplan las disposiciones legales y no se generen inconsistencias dentro de la Entidad.

2. De la suspensión en el ejercicio del cargo

La suspensión del funcionario es la separación del ejercicio de sus funciones por un término definido.

En nuestro ordenamiento jurídico, la suspensión se encuentra establecida en dos sentidos: i) Como medida cautelar o preventiva o provisional; y ii) Como sanción resultante de un proceso disciplinario, penal o fiscal adelantado.

La suspensión del funcionario, es una figura propia del ámbito disciplinario, no obstante, también se encuentra consagrada en el ámbito del control y vigilancia fiscal tal como se establece en el numeral 2 del artículo 84 del Decreto-Ley 403 de 2020.

2.1 La suspensión como medida provisional, preventiva o cautelar

En el ordenamiento jurídico fiscal, fue el constituyente de 1991 quien estableció en la parte final del numeral 8 del artículo 268, la potestad de los contralores para exigir la suspensión de los funcionarios objeto de investigaciones disciplinarias o penales, en tanto se culmine el respectivo proceso. Facultad que con la modificación dada por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, fue ampliada a las investigaciones fiscales:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios.

Esta atribución dada a los contralores, no es para que ellos efectúen la suspensión, sino que es para que la exijan a la autoridad competente, que en vigencia de la Ley 42 de 1993 «Sobre la

organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen» y atendiendo la parte final del artículo 99, correspondía al respectivo nominador.

En el caso de la suspensión de alcaldes, el legislador estableció en el numeral 5 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994 «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios», cuál es el funcionario que la debe ejecutar, así:

Artículo 105. Causales de suspensión. El Presidente de la República en el caso de alcaldes distritales y los gobernadores en el caso de alcaldes municipales, los suspenderán en los siguientes eventos:

(...)

5. Cuando la Contraloría ~~General de la República~~ solicite la suspensión provisional de conformidad a lo establecido en el numeral 8 del artículo 268 de la Constitución Política. La Contraloría bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

La Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad del numeral anterior, en sentencia C-603 del 24 de mayo de 2000 además de declarar la inexecutable del aparte tachado, refrenda la extensión a los demás contralores, de la atribución dada al Contralor General:

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.

(...)

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 Ibídem 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.

El Decreto-Ley 403 de 2020 que derogó el Capítulo V de la Ley 42 de 1993 referente a las sanciones, no establece en su Título IX regulatorio del proceso sancionatorio fiscal, el funcionario que ejecuta la suspensión, por lo tanto, considera esta Oficina que se debe seguir efectuando a través del nominador, tal como lo ha comprendido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

En concepto del 15 de julio de 1992 dentro de la radicación 452, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dijo:

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 (ibídem, artículos 174, 175, 178 - 3 y 256 - 3); los miembros del Consejo 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 (ibídem, artículos 4Q - 4 y 103), y los gobernadores y alcaldes (ibídem, 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".

(...)

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.

La Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 7 de marzo de 2013 dentro de la radicación número: 25000-23-25-000-2008-00203-01(1571-10), dijo:

Como se aprecia, de los apartes transcritos se observa que si bien tal medida afecta los intereses del servidor, no define su situación laboral, pues consiste en una medida de carácter transitorio cuya finalidad, como ya lo ha definido la jurisprudencia constitucional, no es otra que la de "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."

Se trata de una medida cautelar, más no sancionatoria, atribuida constitucionalmente al Contralor para ejercerla en aquellos casos en los que considere su conveniencia por razones de interés público y salvaguarda de los principios de transparencia, imparcialidad, moralidad y eficacia en las investigaciones fiscales, penales y disciplinarias que se adelanten contra los servidores públicos.

Como acto preparatorio, cuya iniciativa ha sido atribuida al jefe del órgano de control fiscal, constituye un instrumento que posibilita, para el caso, el desarrollo de la respectiva actuación administrativa de naturaleza fiscal, que concluye con la expedición de un acto administrativo de carácter definitivo que resuelve la situación jurídica del funcionario investigado.

Respecto de la suspensión como medida preventiva o cautelar, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ-153-2017 (2017EE0086936 del 19 de julio de 2017), se pronunció así:

Para hacer efectiva la facultad conferida por la Constitución al Contralor General de la República y los demás contralores, en primer término debe existir un proceso de responsabilidad fiscal en curso contra el funcionario sobre el cual recaerá la suspensión, o igualmente la existencia de procesos penales o disciplinarios.

Para aplicar el principio de verdad sabida y buena fe guardada, deben concurrir pruebas que demuestren al ente fiscalizador que el funcionario está realizando conductas o actos que entorpecen el normal desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal, para esclarecer los hechos y determinar el daño patrimonial del erario y sus autores; como también puede suceder que el servidor público, continúe realizando actos irregulares que incrementen el detrimento de los recursos públicos, lo que hace necesario su retiro provisional del cargo.

2.2 La suspensión como sanción fiscal

El artículo 99 de la Ley 42 de 1993, derogado por el artículo 166 del Decreto-Ley 403 de 2020, establecía que los contralores podían imponer directamente las sanciones de amonestación y multa, y que las sanciones de remoción y suspensión debían aplicarse a través del respectivo

nominador.

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 99, 100, 101 y 102 de la Ley 42 de 1993 en la sentencia C-484 del 4 de mayo de 2000, manifestó:

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 (...)

(...)

7. De acuerdo con el numeral 5º del artículo 268 de la Carta el contralor tiene la facultad de imponer las sanciones pecuniarias que se deriven de la responsabilidad fiscal. Además, tal y como lo expuso la Corte en precedencia, la finalidad del proceso fiscal es el resarcimiento de perjuicios ocasionados como consecuencia de una gestión fiscal irregular. Por ende, es claro que el contralor puede aplicar sanciones pecuniarias, mientras que es más problemático sostener que también puede imponer otro tipo de sanciones, pues, como se señaló en el fundamento jurídico 4º de esta sentencia, el Legislador puede atribuirle a los contralores otras funciones, siempre y cuando estas sean acordes con su naturaleza jurídica. Así las cosas, las multas, como “sanciones pecuniarias que derivan del poder punitivo del Estado”, pueden interponerse directamente por el contralor.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

¿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 la sentencia C-661 de 2000 sobre la constitucionalidad de estos mismos artículos, la Corte Constitucional, dijo:

Por último, en lo atinente a la constitucionalidad de la imposición de las sanciones de remoción, suspensión y terminación del contrato laboral administrativo del servidor público, se debe recalcar que ellas necesariamente se ubican dentro del derecho disciplinario por afectar el núcleo esencial de la relación laboral entre el Estado y el servidor público y son consecuencia directa de la vigilancia en desarrollo de la función pública; por lo tanto, no pueden imponerse por los contralores, a través de los nominadores, como consecuencia de procesos de responsabilidad fiscal, en tanto que no presentan el contenido pecuniario propio y resarcitorio de la responsabilidad fiscal.

De manera que, tales sanciones sólo podrían llegar a establecerse a solicitud del contralor al nominador, “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”. Lo mismo ocurre con la suspensión provisional como medida cautelar, con la cual se pretende asegurar la transparencia, imparcialidad y efectividad de la investigación fiscal, “la cual deberá requerirse por la contraloría, sin que por ello ostente un carácter vinculante, al funcionario que ejerce el poder disciplinario”.

(...)

*En este orden de ideas, se encuentra que las situaciones contenidas en los artículos 103 y 104 de la Ley 42 de 1993 armonizan con los criterios jurisprudenciales antes enunciados. En efecto, para el caso de la imposición de sanciones consignada en ese artículo 103 *Ibidem*, la remoción o suspensión del cargo o terminación del contrato laboral administrativo del servidor público como resultado de un proceso de responsabilidad fiscal, deben ser aplicadas por el nominador “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”.*

El legislador extraordinario cambió diametralmente la competencia para el decreto de la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo en los procesos sancionatorios administrativos fiscales, al establecer en el numeral 2 del artículo 83 del Decreto-Ley 403 de 2020, la facultad de los organismos de control fiscal (contralorías y Auditoría General), para su imposición:

Artículo 83. Sanciones. Dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Fiscal, los órganos de control fiscal podrán imponer las siguientes sanciones:

(...)

2. *Suspensión. Consiste en la orden de separación temporal del cargo del servidor público sancionado, hasta por ciento ochenta (180) días.*

Respecto a la procedencia del cambio en la competencia para establecer esta sanción, considera el Despacho, debemos esperar el pronunciamiento del máximo tribunal constitucional respecto de su constitucionalidad, en tanto, por principio de legalidad, dicha suspensión puede ser decretada por el respectivo organismo de control fiscal y será ejecutada por el nominador sin objeción alguna al tratarse de una orden con amparo legal.

El Decreto-Ley 403 de 2020 en el numeral 2 del artículo 84 estableció de manera taxativa, las circunstancias en que se puede aplicar dicha sanción, siendo ellas:

Artículo 84. Criterios para la imposición de sanciones. Las sanciones dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Fiscal se impondrán teniendo en cuenta los siguientes criterios: (...)

2. Suspensión: Solo procederá cuando la conducta en que incurra un servidor público pueda ser calificada como cometida a título de culpa grave o dolo y concurra una o varias de las siguientes circunstancias:

- a. *Cuando el sujeto de control niegue la entrega de información o el acceso a la misma o a bases de datos en tiempo real donde este contenida, a pesar de que el organismo de control la haya solicitado en por lo menos tres (3) ocasiones, para lo cual se deberá tener en cuenta los términos otorgados para la entrega de la información, las condiciones particulares, el volumen y la complejidad de la misma, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.*
- b. *Cuando se evidencie la destrucción u ocultamiento voluntario de información requerida o la intimidación a personal subordinado para la entrega de la misma.*
- c. *Cuando se suministra información falsa o que no corresponda a la realidad, que induzca a error al organismo de control fiscal correspondiente.*
- d. *En todos los casos en que se reincida dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de imposición de una sanción de multa por las mismas conductas.*
- e. *Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*

Además de estas circunstancias, se debe tener en cuenta que la aplicación de las disposiciones del Decreto-Ley 403 de 2020 referentes al procedimiento sancionatorio administrativo fiscal, solo son aplicables por las conductas relacionadas en el artículo 81 y que se hayan realizado con posterioridad al 16 de marzo de 2020, fecha de entrada en vigencia de la norma; esto de conformidad con el parágrafo del artículo 80.

La sanción de suspensión temporal en el cargo establecida en el Decreto-Ley 403 de 2020, recoge la disposición contenida en la Ley 1955 de 2019 «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 ‘Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad’», que determina:

Artículo 136. Acceso a la Información. La Contraloría General de la República para el cumplimiento de sus funciones, tendrá acceso sin restricciones a los sistemas de Información o bases de datos de las entidades públicas y privadas que dispongan o administren recursos y/o ejerzan funciones públicas. La reserva legal de información o documentos no le será oponible a la Contraloría General de la República y se entenderá extendida exclusivamente para su uso en el marco de sus funciones constitucionales y legales.

Parágrafo 1°. Cada entidad deberá disponer de lo necesario para garantizar el suministro oportuno y en tiempo real de la información requerida por la Contraloría General de la República.

Parágrafo 2°. Además de las sanciones ya previstas en la ley, la Contraloría General de la República podrá suspender en el ejercicio del cargo, hasta por el término de 180 días y con el fin de impulsar el correcto ejercicio del control fiscal, a los servidores públicos que impidan o entorpezcan el acceso a la información, previo agotamiento del procedimiento legal administrativo correspondiente, en el cual se garantizará el derecho al debido proceso. El Contralor General de la República reglamentará la materia.

El Contralor General de la República en ejercicio de sus funciones expidió la Resolución Reglamentaria Orgánica REG-ORG-0039-2020 del 13 julio 2020 «Por la cual se establecen las reglas para el ejercicio de la potestad sancionatoria fiscal al interior de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones», en la que recoge la disposición del decreto-Ley 403 de 2020 respecto de la sanción de suspensión, así:

Artículo 8. SANCIONES. De conformidad con lo previsto en el artículo 83 del Decreto Ley 403 de 2020, la Contraloría General de la República podrá imponer las siguientes sanciones:

(...)

2. Suspensión. Consiste en la orden de separación temporal del cargo del servidor público sancionado, hasta por ciento ochenta (180) días.

(...)

Parágrafo segundo. Las sanciones de suspensión en firme deberán ser comunicadas al nominador correspondiente para su cumplimiento.

3. Destinatarios de la suspensión

Respecto de la suspensión como medida preventiva o cautelar, la atribución establecida en la parte final del numeral 8 del artículo 268 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se refiere de manera expresa a la «suspensión inmediata de **funcionarios**», por lo que tal suspensión recae exclusivamente en el servidor público si se tiene en cuenta la interpretación taxativa de la norma, es decir, el significado de las palabras. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, define en su primera acepción el término funcionario, así:

1. m. y f. Persona que desempeña profesionalmente un empleo público.

A la conclusión anterior igualmente se arriba teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte

Constitucional y del Consejo de Estado, así como de los conceptos tanto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, como de este Despacho, en los cuales se ha hecho referencia siempre a la suspensión del funcionario y a la separación temporal del cargo público.

En cuanto a la suspensión como sanción derivada del proceso administrativo sancionatorio fiscal, la definición dada en el numeral 2 del artículo 83 del Decreto-Ley 403 de 2020 establece: «separación temporal del cargo **del servidor público** sancionado», por lo tanto, ella solo es aplicable al sancionado con esta característica, siendo improcedente cuando el sancionado es un particular.

4. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, podemos concluir:

- i) El artículo 168-5 de la Constitución Política de Colombia de 1991 en concordancia con el artículo 272 ibídem, otorga a los contralores del país (nacional y territorial) la atribución de imponer sanciones derivadas de la gestión fiscal.
- ii) El proceso administrativo sancionatorio tiene como fin el cumplimiento de los principios constitucionales y legales de la función pública de vigilancia y control fiscal bajo el poder correccional del Estado.
- iii) La suspensión en el ejercicio del cargo, consiste en separar a la persona de las funciones propias del cargo por un tiempo determinado. Esta suspensión puede darse como medida preventiva o cautelar, o como sanción resultante de un proceso sancionatorio (para el caso fiscal), disciplinario o penal.
- iv) La suspensión como medida provisional, preventiva o cautelar, en el ámbito de la vigilancia y el control fiscal, es ordenada por el respectivo órgano de control fiscal y ejecutada por el nominador respectivo, sin que le sea factible a éste oposición alguna. Por disposición constitucional, esta procede únicamente respecto de funcionarios, es decir, contra servidores públicos.
- v) La suspensión como sanción en el ámbito de la vigilancia y el control fiscal, es ordenada por el respectivo órgano de control fiscal como producto de un proceso administrativo sancionatorio fiscal, atendiendo circunstancias específicas establecidas en el numeral 2 del artículo 84 del Decreto-Ley 403 de 2020. Esta sanción debe ser ejecutada por el nominador respectivo, sin oposición alguna. Por disposición legal, esta sanción solo procede respecto del servidor público.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del

artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

"...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'"
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica», amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)

Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 «Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública», autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultarlos en el siguiente enlace:

<http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 4ecb539e, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.




Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		15/09/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		17/09/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		17/09/2021

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.