



Contraloría Departamental de Nariño

N.I.T. 800.157.830-3

110.0011.2009

Recibido 11-12/08

200911000001821

CDN 50032 6674

San Juan de Pasto, diciembre 02 de 2008.



AUDITORÍA
GENERAL



Rad No 2008-233-008178-2

Fecha: 11/12/2008 09:36:16

Us Rad: ACLOPATOFISKY

Asunto: SOLICITUD DE CONCEPTO MEDIDAS CAUTELARES

Destino: / Rem CIU contraloría departamental

www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

Señores

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Atte. Oficina Jurídica.

Bogotá

Ref.: Solicitud concepto medidas cautelares.

Atento saludo:

En mi calidad de Subdirectora Técnica de Responsabilidad Fiscal de este Ente de Control, he encontrado múltiples inconvenientes en la aplicación del artículo 12 de la Ley 610 del año 2000, habida cuenta del temor existente en los funcionarios ante una eventual reclamación de perjuicios y un proceso disciplinario.

En la actualidad la Contraloría Departamental de Nariño, registra un atraso en la revisión de las cuentas presentadas por los sujetos de control, ya que en la actualidad aún se encuentra en revisión la vigencia 2005, por lo que como se entenderá los hallazgos son trasladados a la Subdirección a mi cargo 3 y 4 años después de la ocurrencia de los hechos, y es entonces cuando se inicia el proceso y el eventual decreto de las medidas cautelares (3 o 4 años después de que quienes ejercieron como gestores fiscales, dejaron su cargo). A partir de allí inicia un proceso que por las dificultades topográficas y de orden público del Departamento, aunadas a la dificultad del recaudo probatorio por el transcurso del tiempo y el presupuesto de la Entidad; puede perfectamente demorar otros 4 o 5 años, es decir se estarían produciendo resultados concretos al término de 7 a 8 años de ocurrencia de los hechos, abriendo una gran posibilidad de que los implicados consideren vulnerados sus derechos y garantías y puedan eventualmente resultar afectados patrimonialmente, desencadenando demandas en procura del resarcimiento de perjuicios.

Por lo anterior. Si bien la Jurisprudencia ha sido clara en calificar la temeridad y la mala fe, le agradezco se sirva emitir un concepto claro y preciso, que permita a los funcionarios que tenemos a cargo esta responsabilidad emitir decisiones ajenas a estas eventualidades.

Por otra parte, en lo que tiene que ver al decreto no de oficio, sino a petición de parte, solicitamos se de claridad en lo que refiere a la aplicación del Código de



Similar petición fue elevada a la Oficina Jurídica de la Entidad y de la Contraloría General de la República; a la fecha solo la primera ha dado respuesta, desafortunadamente se limita a realizar un recuento jurisprudencial sobre la temeridad y la mala fe sin tener en cuenta la actual condición del trabajo al interior de la Entidad y las implicaciones que comporta para el normal desarrollo del proceso; y, frente a la solicitud de garantía para el decreto de las medidas cautelares, realiza el traslado de la solicitud de concepto a la Contraloría General de la República.

Cordialmente,

Paola Ximena Delgado Parra
PAOLA XIMENA DELGADO PARRA
Subdirección Técnica de Responsabilidad Fiscal

02 FEB 2009 991807627200

Cra. 10a. No. 17-18 Piso 9 – PBX: [571] 3186800 – Fax: [571]3186790 – Línea Gratuita: 018000 120205
Sitio Web: www.auditoria.gov.co – Correo-e: correspondencia@auditoria.gov.co – Bogotá D.C. – Colombia

AUDITORÍA GENERAL



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20091100001821

Fecha: 26-01-2009

Devolver Copia Firmada

Bogotá D.C.,
O.J. 110-0011-2009

Doctora:

PAOLA XIMENA DELGADO PARRA
Subdirección Técnica de Responsabilidad Fiscal
Contraloría Departamental de Nariño
Carrera 24 No. 19 – 33 Edificio Pasto Plaza.
Piso 4º, Teléfonos 7222432-7236056.
Pasto- Nariño.

Ref.: Rad. No. 2008-233-006176-2 del 11 de diciembre de 2008. Solicitud de concepto sobre la prestación de garantías que respalden eventuales perjuicios cuando quien solicita las medidas cautelares en un proceso de responsabilidad fiscal es la compañía de seguros.

Respetada Doctora Delgado:

En su comunicación radicada en la Auditoría General de la República el 11 de diciembre de 2008, consulta sobre temas relacionados con el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos: "En la actualidad la Contraloría Departamental de Nariño, registra un atraso en la revisión de las cuentas presentadas por los sujetos de control, ya que en la actualidad aún se encuentra en revisión la vigencia 2005, por lo que como se entenderá los hallazgos son trasladados a la Subdirección a mi cargo 3 y 4 años después de la ocurrencia de los hechos, y es entonces cuando se inicia el proceso y el eventual decreto de las medidas cautelares (3 o 4 años después de que quienes ejercieron como gestores fiscales, dejaron su cargo). A partir de allí inicia un proceso que por las dificultades topográficas y de orden público del Departamento, aunadas a la dificultad del recaudo probatorio por el transcurso del tiempo y el presupuesto de la Entidad; puede perfectamente demorar otros 4 o 5 años, es decir se estarían produciendo resultados concretos al término de 7 a 8 años de ocurrencia de los hechos, abriendo una gran posibilidad de que los implicados consideren vulnerados sus derechos y garantías y puedan eventualmente resultar afectados patrimonialmente, desencadenando demandas en procura del resarcimiento de perjuicios.

Delgado
Febrero 2/09

02 FEB 2009

¡Control fiscal con enfoque social!





190

Por lo anterior. Si bien jurisprudencia ha sido clara en calificar la temeridad y la mala fe, le agradezco se sirva emitir un concepto claro y preciso, que permita a los funcionarios que tenemos a cargo esta responsabilidad emitir decisiones ajenas a estas eventualidades.

Por otra parte, en lo que tiene que ver al decreto no de oficio, sino a petición de parte, solicitamos se de claridad en lo que refiere a la aplicación del Código de Procedimiento Civil, en la prestación de garantía que respalde eventuales perjuicios cuando quien solicita las medidas es la compañía aseguradora en calidad de vinculado como garante dentro del proceso.

..."

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas 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, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia. Así, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Prescripción y Caducidad

La prescripción y la caducidad de la acción fiscal se encuentran consagradas en la ley 610 de 2000 en el artículo 9o en los siguientes términos: *"CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.*

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare..."

En concordancia con esta disposición se entiende que la caducidad de la acción fiscal se configura cuando transcurren cinco 5 años desde la ocurrencia del hecho generador del daño patrimonial al Estado sin que se inicie el proceso de responsabilidad fiscal y que la prescripción de la acción fiscal se presenta cuando una vez iniciado el proceso de responsabilidad fiscal transcurren cinco años sin que se dicte providencia definitiva.

En consecuencia, para que no se presente la caducidad de la acción fiscal en una



4

contraloría es necesario que una vez evidencie el hallazgo se inicie de manera inmediata y oportuna el proceso de responsabilidad fiscal antes que trascurren los cinco años contados desde la ocurrencia de los hechos generadores del daño patrimonial. De otro lado para evitar que se configure la prescripción de la acción fiscal es necesario que una vez se de inicio al proceso de responsabilidad fiscal se adelante con celeridad y economía procesal evitando que trascorra más de cinco años sin adoptar providencia definitiva.

Ahora bien para el caso en que en una contraloría existan procesos por caducar o prescribir o prescritos y caducados lo conveniente es que se propongan acciones de mejoramiento de descongestión que permitan a la entidad prever y solucionar la problemática.

Es importante resaltar que si la ley prevé un término de aproximadamente 10 años para iniciar y culminar la acción fiscal, los implicados no pueden antes del vencimiento de ese término, considerar vulnerados sus derechos y garantías procesales.

No se exige prestación de garantías que respalden el decreto de la práctica de mediadas cautelares

En cuanto al decreto de medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal la ley 610 de 2000 establece que se adoptarán sin necesidad que el funcionario que las ordene deba prestar caución y por otro lado que son los servidores de la contraloría que tengan carácter de autoridad de policía judicial los que tienen la función de denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes.

Planteado lo anterior, es preciso citar los artículos 10º y 12 de la ley 610 de 2000, así: Artículo 10. *“POLICIA JUDICIAL. Los servidores de las contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial.*

Para este efecto, además de las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, tendrán las siguientes:

4. Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución...

El artículo 12 de la ley 610 de 2000, que dispone: “En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio



público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe. ..."

Como se observa del tenor literal del artículo citado, el funcionario que decreta las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal no tiene que prestar caución para garantizar la indemnización de posibles perjuicios al implicado, pero responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.

Este deber de responder, no debe considerarse como una razón para abstenerse de decretar medidas cautelares con el fin de lograr el resarcimiento del daño causado al erario público, sino como un llamado a obrar con debido cuidado a fin de decretarlas con proporcionalidad, para lo cual es necesario que de conformidad con el material probatorio se encuentre establecido el daño, el presunto responsable del mismo y demás los presupuestos establecidos en la ley 610 de 2000.

Así las cosas solamente el funcionario que actúe con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares debe responder en los términos del artículo 90 de la Constitución política, toda vez que la temeridad significa que el funcionario actuó con negligencia grave, consistente en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, lo cual equivale a la definición de culpa grave del código civil.

Al respecto es preciso citar lo señalado por la Corte Constitucional¹, así: "...En el evento de que dentro del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente decreta medidas cautelares que por su misma desproporción acusen irregularidades que fueron conocidas por él, y que pese a las mismas expidió el acto quebrantador de derechos patrimoniales del procesado, manifiesta será la mala fe con que actuó en tanto tuvo conocimiento y voluntad para producir el acto generador del daño antijurídico. Hipótesis en la cual se actualiza la eventual responsabilidad del Estado junto con la del funcionario infractor a términos del artículo 90 Superior. Consecuentemente, cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Estado debe responder primeramente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél..."

Para finalizar, la ley no le exige al funcionario que decreta las medidas cautelares

¹ Corte Constitucional C- 840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería del (9) de agosto de dos mil uno (2001).



192

68

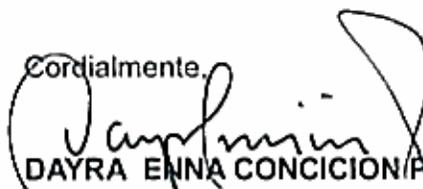
6

dentro del proceso de responsabilidad fiscal que preste caución, pero esto no impide que responda por los daños que pueda causar al implicado por la falta de prudencia y cuidado al decretar medidas cautelares, puesto que como se dijo anteriormente existen mecanismos para dar aplicación a lo previsto en el artículo 90 de la constitución, que señala: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

Se advierte que este concepto se expide en los términos del artículo 25 de código contencioso administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,


DAYRA ENNA CONCICION PÉRICO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Diana María Murcia Vargas
Abogada Oficina Jurídica

