

110.042.2010



Memorando Interno



Radicado No: 20102100021583

Fecha: 10-06-2010

Bogotá D. C.,
210

Para: Doctor **ÁLVARO AGUILAR BOLAÑO**. Gerente Seccional V.

De: Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión fiscal

Asunto: Reapertura Queja

De manera atenta le solicito reabrir el trámite de la queja con radicado SIQ-217-2009-2, relacionada con el recibo de dinero del presupuesto de la Lotería del Atlántico, por parte del Contralor Departamental del Atlántico, durante la vigencia 2008.

Lo anterior, a fin de conocer cuál es el procedimiento establecido por la Lotería del Atlántico para entregar recursos a los funcionarios de la Contraloría Departamental del Atlántico, y determinar en qué concepto se soportan tales decisiones y qué actos administrativos se profirieron para realizar estas erogaciones.

De ser necesario, los funcionarios de la Gerencia a su cargo realizarán visita especial a las instalaciones de la Lotería del Atlántico para agilizar el recaudo de la información.

Agradezco remitir de manera oportuna a este Despacho, los resultados de la investigación.

Cordial saludo,


FREDY CÉSPEDES VILLA
 Proyectó: Genith Carlosama Mora
 Revisó: Fredy Céspedes Villa

IFOR

10 JUN 2010

Fredy Cespedes Villa

De: Alvaro Rafael Aguilar Bolano
Enviado el: Martes, 11 de Mayo de 2010 11:15 a.m.
Para: Fredy Cespedes Villa
Asunto: RE: Lotería del atlantico.. URGENTE

Cordial saludo:

Atentamente me permito manifestarle que me reuní en mesa de trabajo con los auditores, Jorge Muñoz, Luis Carlos Palencia, Maribel Cortes e Isabel de la Asunción, que participaron en la auditoria que se le practico a la Contraloría Departamental del Atlántico, y se analizo como tema central los dineros que recibió el Contralor, doctor Carlos Casas, para tiquetes aéreos, viáticos y gastos de movilización, por parte de la Lotería del Atlántico, y las razones que se expusieron para no darle alcance fiscal, a este hecho son las siguientes:

- 1) Que los dineros recibidos por el Contralor Departamental, no provinieron del presupuesto de la Contraloría Departamental del Atlántico, es decir, que la Auditoria General de la Republica, por mandato constitucional, legal y jurisprudencial, ejerce la vigilancia fiscal únicamente a los dineros y bienes públicos, de todos los organismos de control fiscal del país.
- 2) Que estos hechos tendrían alcance fiscal, una vez el organismo de control fiscal correspondiente adelante el proceso auditor y así lo determine, porque es pertinente manifestar que los dineros que integran el presupuesto de la Lotería del Atlántico, son recursos del orden Departamental,

Con todo respeto,

ALVARO AGUILAR

De: Fredy Cespedes Villa
Enviado el: Lunes, 10 de Mayo de 2010 09:36 p.m.
Para: Alvaro Rafael Aguilar Bolano
Asunto: Lotería del atlantico.. URGENTE
Importancia: Alta

Dr Alvaro:

Por petición del Sr Auditor, le agradezco analizar **con carácter urgente** el tema del Contralor del Atlántico que recibió unos dineros en su cuenta personal de parte de la Lotería del Atlántico.

El análisis (ojala en mesa de trabajo) debe realizarse hacia de la determinación del alcance fiscal que pudo haber tenido este hallazgo, en consideración a que pudo presuntamente haberse apropiado de recursos de la lotería, que también es una entidad pública.

Hace un sucinto análisis de las razones por la cuales no se le dio alcance fiscal.

Cordial saludo,
FREDY CÈSPEDES

01/09/2010

Estos son los datos que tengo del tema:

El informe de la Auditoría realizada a la Contraloría de Atlántico de la vigencia 2008, se comunico en el mes de Julio de 2009, en el trabajo de campo se incluyo una de las quejas remitidas a la Procuraduría (por la Delegada en el mes de Octubre) y que corresponde a la siguiente

217-2009-2 Contraloría de Atlántico Contralor Departamental "El Contralor.....recibió en su cuenta personal durante el 2008 la suma de \$38.000.000 por concepto de tiquetes aéreos, viáticos y gastos de movilización, provenientes de la Lotería del Atlántico..... esto viola la prohibición de recibir dineros de otra entidad siendo servidor público.

En el Informe Definitivo de la Auditoría aparecen las siguientes actuaciones relacionadas con esa Queja y la razón por la cual la archivaron.

" 2.- SIQ No 217-2009-2. Queja presentada por un anónimo, en contra del señor Contralor del Departamento del Atlántico, ya que supuestamente recibió en su cuenta personal durante el año 2008, la suma de \$38.000.000 Millones de pesos por concepto de viáticos, tiquetes aéreos y gastos de movilización provenientes del presupuesto de la Lotería del Atlántico.

Ante la presentación de la queja anterior se determino incluirla en la Auditoria Integral a practicar a la vigencia 2008 a la Contraloría Departamental del Atlántico.

Con el fin de recaudar información en el trabajo de campo correspondiente a lo manifestado por el quejoso. Se registro la queja en el SIQ de la Auditoria General de la Republica quedando debidamente registrada.

Luego de analizados los hechos denunciados ante esta Gerencia se adelantaron las siguientes diligencias en el trabajo de campo:

Se solicito por escrito información al señor Contralor Departamental quien nos envía fotocopia de la versión libre que rindió el día 2 de julio del 2009 ante la Procuraduría General de la Nación, en la cual se observa que en la cual manifiesta que declara sobre los mismo hechos, y donde las explicaciones del caso. Y teniendo en cuenta que esta situación no tiene connotación fiscal, ni sancionatoria y que podría constituir falta disciplinaria, nos abstenemos de dar traslado a la procuraduría ya que la procuraduría primera delegada para la contratación estatal de Bogota investiga los hecho."

01/09/2010



Radicado No: 20102100045441

Fecha: 17-08-2010

Bogotá D. C.,
210

Para: MARIANA GUTIÉRREZ DUEÑAS.
Directora Oficina Jurídica

De: Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión fiscal

Asunto: Solicitud Concepto

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18, numeral 3°, de manera atenta le solicito emitir concepto jurídico, relacionado con la facultad de la Auditoría General de la República para investigar conductas relacionadas con hechos diferentes a la administración de los recursos asignados para el funcionamiento de las contralorías.

En especial analizar si la Auditoría General de la República es competente para determinar responsabilidades cuando los funcionarios de las entidades de control fiscal reciben dinero de un sujeto vigilado, destinado al pago de tiquetes aéreos, viáticos y gastos de movilización, para atender la vigilancia de las actuaciones de esa entidad.

A criterio de este Despacho, el factor determinante para establecer la competencia es el hecho de que el funcionario investigado haga parte de la planta de personal de una contraloría y haya tenido un manejo irregular de recursos públicos, independientemente del origen de los mismos.

Cordial saludo,



FREDY CÉSPEDES VILLA

Proyectó: Genith Carlosama Mora
Revisó: Fredy Céspedes Villa

20 AGO 2010

Agosto 23/10
JANIS

Requiere
agosto 20/2010

¡Fortaleza del control fiscal!



Memorando Interno



Radicado No: 20101100039743

Fecha: 04-10-2010

Devolver Copia Firmada

Bogotá D. C.,
110

OJ.110.042.2010

Para: Doctor **FREDY CESPEDES VILLA**
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

De: **VIVIANA CASTAÑEDA AYA**
Directora Oficina Jurídica

Asunto: Respuesta solicitud de consulta.

Apreciado Doctor Fredy:

Con el fin de dar respuesta a la consulta del asunto radicado 2010-210-004544-1 del 17 de agosto de 2010, nos permitimos expresar lo siguiente:

1. SINTESIS DE LA CONSULTA

Expresa en su consulta que se emita concepto relacionado con la competencia de la A.G.R. para *determinar responsabilidades cuando los funcionarios de las entidades de control fiscal reciben dinero de un sujeto vigilado, destinado al pago de tiquetes aéreos, viáticos y gastos de movilización, para atender la vigilancia de las actuaciones de esa entidad.*

2. ANÁLISIS JURÍDICO

Conforme a nuestra Constitución los funcionarios públicos deben tener establecidas sus funciones y la remuneración a percibir de acuerdo al cargo desempeñado. Además está expresamente prohibido recibir cualquier otro tipo de contraprestación económica que venga de la Nación, siendo la Contraloría General de la República el ente encargado constitucionalmente de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de los empleados del Estado.

Lo anterior de conformidad con los artículos 122, 128, 268 y 272 de la Constitución Política.

¡Fortaleza del control fiscal!

D. Castañeda
Octubre 14/10

MP
13 OCT 2010
2:45 PM

Lo manifestado se complementa con establecido en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que dice:

“ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”

Por lo anterior, si un funcionario de una entidad de control fiscal, no se encuadra en ninguna de las anteriores excepciones, es claro que no puede recibir dineros provenientes de otra entidad pública, mucho menos de un sujeto vigilado.

Según el artículo 3o. de la Ley 617 de 2000 las entidades territoriales deben financiar sus gastos de funcionamiento con sus ingresos corrientes de libre destinación, por lo tanto al ser los tiquetes aéreos, viáticos y los gastos de movilización dineros que deben provisionar los entes de control para llevar a cabo el ejercicio del proceso auditor, para los desplazamientos necesarios para llevar a cabo la inspección de los sujetos vigilados no existe justificación alguna para que un ente de control reciba dineros por estos conceptos de su vigilado.

En algunos apartes de Concepto No.1344 de mayo 10 de 2001 del Consejo de Estado se manifiesta entre otras cosas lo siguiente:

“Por su parte, esta Sala en la Consulta 896 de 1997 sostuvo que “...la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial o con el pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos (...) las asignaciones mencionadas en dichas normas comprenden los sueldos, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado”; “bajo el vocablo asignación queda comprendida toda remuneración que se reciba en forma periódica, mientras se desempeña una función”.

La Corte Constitucional sostiene, que “el término ‘asignación’ comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.” - Sentencia C-133/93 - (...)

¡Fortaleza del control fiscal!

En este orden de ideas, se destaca que el artículo 128 constitucional se encuentra ubicado dentro del Título V "De la organización del Estado", Capítulo 2 "De la función pública", actividad respecto de la cual la Corte Constitucional precisó en sentencia C-536 de 1998 : "En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento." (Destaca la Sala)

Ahora bien, la locución "desempeñar más de un empleo público" que trae el artículo 128 no resulta tautológica respecto de la que proscribe "recibir más de una asignación", como podría creerse a primera vista, pues cada una de ellas produce consecuencias jurídicas diferentes: una, prevenir el ejercicio simultáneo de empleos públicos remunerados, con la consabida acumulación de funciones públicas y, otra, impedir que quien ostenta una sola investidura - reciba otra asignación proveniente del tesoro público, distinta del salario.

Se deduce, entonces, que el bien jurídico constitucional tutelado por los artículos 128 de la C.P. y 19 de la ley 4ª de 1992 es la moralidad administrativa considerado en el ámbito propio de la función pública y, por tanto, el término asignación debe entenderse referido respecto de quienes desempeñan empleos públicos.

Lo anterior no obsta para que la prohibición contemplada en el artículo 128 de recibir más de una asignación se aplique a todos los servidores públicos, incluidos los miembros de las corporaciones públicas, en todos los casos conforme a la ley, la que prevé lo relacionado con las excepciones a las incompatibilidades.

De todo lo anterior puede afirmarse que el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.

La prohibición contenida en las disposiciones aludidas se predica de toda persona que se llegue a encontrar ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público."

De otra parte en la Ley 734 de 2002 se establece la garantía de la función pública para todo sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, para lo cual ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes. En este sentido el artículo 55 de la citada ley, dispone que:

¡Fortaleza del control fiscal!

4

"Artículo 55. Sujetos y faltas gravísimas. Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas: ...

3. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente. (Resaltado y subrayado fuera de contexto)."

De otra parte el Decreto 272 de 2000 por medio del cual se estableció la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, faculta al Auditor General de la República a:

ARTICULO 17. FUNCIONES DEL AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA. Son las siguientes: ...

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios o ex funcionarios de las entidades vigiladas que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

9. Constituirse por sí mismo o por intermedio de abogado, en representación de los intereses de la Nación, como sujeto procesal dentro de los procesos penales que se adelanten contra funcionarios o ex funcionarios de las entidades sometidas a su vigilancia, y contra los funcionarios o ex funcionarios de la Auditoría General de la República.

11. 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 sobre los alcances deducidos de la misma.

Por otra parte en Concepto 110.095.2006 del 26 de diciembre de 2006, expedido por esta oficina se señaló:

"En suma, al ser el proceso de responsabilidad fiscal una función propia de los organismos de control, es claro, que el ente encargado de adelantar esta clase de procesos es el mismo que efectúa la vigilancia fiscal, o en otros términos, es competente el ente de control que llevó a cabo el ejercicio auditor en que se detectaron los posibles daños patrimoniales, en tanto que, **"así como las contralorías no ejercen vigilancia sobre su propia gestión fiscal, tampoco pueden establecer responsabilidades fiscales respecto de sus funcionarios..."**¹"

En Sentencia C- 1339 de 2000 la Corte Constitucional expresó:

"La función de control fiscal asignada a la Auditoría comprende principalmente la de determinar responsabilidades fiscales en que pueden incurrir los funcionarios que a su vez ejercen el control fiscal en las entidades vigiladas (...)." (Resaltado fuera de contexto).

¹ Concepto 216-3-32387, de la Auditoría General de la República, 23 de junio de 2006.

"A juicio de la Corte, la función de la Auditoría no puede quedar reducida al examen de la simple ejecución presupuestal, sino que debe comprender adicionalmente la valoración de la gestión y los resultados de la actividad fiscal que desarrollan las contralorías (...)."

Es decir de conformidad con lo anterior, la función asignada a la Auditoría debe centrarse tanto en establecer la responsabilidad de su sujeto vigilado, como la de los funcionarios de las Contralorías que ejercen gestión fiscal.

3. CONCLUSIONES

De conformidad con las anteriores consideraciones a manera de conclusión tenemos que:

- La gestión fiscal está referida a recursos o fondos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, tal como se manifiesta en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000. Estos recursos o fondos públicos, se han de entender como los medios de carácter económico y patrimonial de los cuales el Estado es su titular, de allí que sean parte de su patrimonio, y puedan disponer de los mismos para su funcionamiento y el desarrollo de sus actividades.
- Por ser la gestión fiscal ejercida por una persona natural, cuando ésta actúa de forma dolosa o culposa apropiándose o usando de forma inadecuada los bienes pertenecientes al Estado debe ser sujeto de una sanción que puede ser penal, contencioso administrativa, disciplinaria y fiscal, cada una de dentro de su competencia. En este punto, vale la pena recordar que en virtud del artículo 90 de la Constitución Política, existe una cláusula general de responsabilidad, de la cual puede derivar el ejercicio de diversas acciones, de conformidad con la naturaleza de la conducta:
 - a. **La responsabilidad penal** es la que impone el Estado y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir. Este tipo de responsabilidad se presenta cuando el funcionario ha realizado una conducta que se tiene tipificada como delito en el Código Penal.
 - b. **La responsabilidad disciplinaria:** A este tipo de responsabilidad, pertenecen aquellos actos o hechos de un funcionario o empleado, que sin tipificarse como un delito, son hechos y actos que perturban el normal, cabal y adecuado cumplimiento de las funciones asignadas a la persona. Desde el punto de vista estatal, en Colombia el marco jurídico del control disciplinario actualmente está confinado por la ley 734 de 2002, el cual recae sobre los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones publicas.

¡Fortaleza del control fiscal!

c. **La responsabilidad fiscal** esta relacionada con el manejo y administración de los recursos del estado, se deriva de la gestión fiscal que hagan los funcionarios públicos, o los particulares que administren estos recursos. En Colombia, la responsabilidad fiscal debe ser determinada por los órganos de control fiscal, y esta debe buscar que en el proceso de responsabilidad fiscal se conduzca a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe asumir las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que haya realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.

La responsabilidad fiscal, básicamente tiene dos clases o variantes: Sancionatoria y resarcitoria. La primera busca sancionar al responsable del manejo indebido de los recursos públicos, y la segunda busca que el responsable, reintegre o resarza el daño o el detrimento causado al patrimonio público.

- Como el sujeto de control fiscal pertenece a una contraloría es obvio que el mismo no puede ejercer su propia vigilancia, por lo cual correspondería a la Auditoría ejercer este control y determinar el tipo de responsabilidad que se deriva de su conducta de conformidad con las definiciones legales y jurisprudenciales de la Gestión Fiscal.
- Si no es objeto de una investigación de competencia de la AGR, debe entonces trasladarse a la autoridad respectiva para que se inicie el proceso que corresponda, porque como se ha dicho, un tipo de responsabilidad no excluye a las demás.

Cordialmente,



VIVIANA CASTANEDA AYA
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Ana Milena Doneys Trujillo - P.U. *impf*
Revisó: Janis Molina Ríos - P.E. *7*

¡Fortaleza del control fiscal!