

CONCEPTO 110.052.2010



DC- 5680

Florencia, 8 de octubre de 2010

AUDITORÍA GENERAL

Rad No 2010-233-006258-2  
Us Rad. JNRIVERA

Fecha 12/10/2010 10:21:07  
Asunto : DC.5680-SOLICITUD CONCEPTO  
Destino : / Rem CIU CONTRALORIA DEPARTAMENTAL  
www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

Doctor  
IVAN DARIO GOMEZ LEE  
Auditor General de la República  
Carrera 10 17 – 18, Piso 9  
Bogotá D.C.

Asunto: Solicitud de Concepto

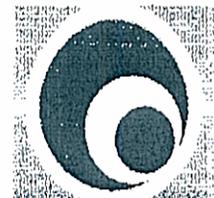
Respetado doctor Gómez:

Una vez observados los índices de medición que la Auditoría General de la República aplicará a las Contralorías en donde encontramos que es importante la participación en Procesos Penales, nos surgen los siguientes interrogantes:

1. ¿Pueden las Contralorías constituirse como parte civil y/o víctimas en un proceso penal del que haya sido denunciante o haya corrido traslado a la Fiscalía y paralelamente iniciar un Proceso de Responsabilidad Fiscal por los mismos hechos, teniendo en cuenta que las dos acciones buscan el mismo fin, cual es, resarcir el daño ocasionado al patrimonio público identificando a los responsables del daño? //
2. ¿Pueden las Contralorías constituirse como parte civil y/o víctimas en un proceso penal del que haya sido denunciante o haya corrido traslado a la Fiscalía cuando el sujeto pasivo es la administración pública, una entidad pública en particular o la sociedad? //
3. Si las dos acciones (Constitución de parte civil y/o víctima en proceso Penal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal) pueden ejercerse al tiempo y en la penal se produce decisión condenatoria que ordene reparar y correlativamente en el Proceso Fiscal se imponga Fallo con Responsabilidad Fiscal, ¿debe entonces la Contraloría iniciar acción contenciosa (judicial) por la condena impuesta en el proceso penal y adicionalmente el proceso de Jurisdicción Coactiva por el Proceso de Responsabilidad Fiscal? //
4. Si las dos acciones (Constitución de parte civil y/o víctima en proceso Penal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal) son excluyentes, es decir, no se pueden ejercer simultáneamente, surgen otros dos interrogantes frente a los factores de medición de las Contralorías: //

12/10/10  
2:05 PM

J. Rivera

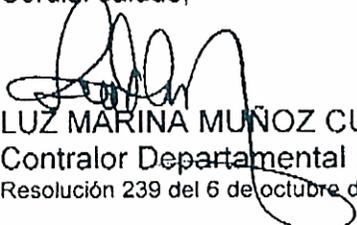


CONTRALORIA  
Departamental del Cauca

Continuación oficio al doctor Iván Darío Gómez Lee

- a. ¿Cuál es la conveniencia de que las Contralorías se constituyan como parte civil y/o víctimas en un proceso penal, cuando en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, además del presunto responsable se cuenta además con la Aseguradora como tercero civilmente responsable para resarcir el daño ocasionado al patrimonio público y en el proceso penal no se puede vincular a la misma?
  
- b. Ante las limitantes de personal y recursos de muchas Contralorías, cual es la conveniencia para impulsar la constitución de parte civil y/o víctima en proceso Penal, si luego es necesario la presentación de acciones judiciales para el resarcimiento del daño, con los costos adicionales que ello conlleva para el curso de un proceso (gastos Judiciales), teniendo en cuenta que las Contralorías una vez terminado el proceso de responsabilidad fiscal acuden a los procesos de jurisdicción Coactiva, como procesos administrativos internos.

Cordial saludo,

  
LUZ MARINA MUÑOZ CUELLAR  
Contralor Departamental ( E )  
Resolución 239 del 6 de octubre de 2010

Margarita M.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20101100971431

Fecha: 13-12-2010

Bogotá D.C.,  
13-07-052-2010

44040721814-00

22 DIC. 2010

Docora  
LUZ MARINA MUÑOZ CUELLAR  
Contralor Departamental (E)  
Contraloría Departamental del Caquetá  
Edificio de la Gobernación  
Carrera 13 No. 15-00 Piso 4  
Florencia - Caquetá - Colombia

Ref.: Respuesta a consulta elevada  
mediante Rad. 2010-233-006258-2  
(12/10/2010).

Respetada Doctora Luz Marina:

Doy respuesta atenta a su comunicación del asunto en los siguientes términos:

1. Consideración Preliminar

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, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstendremos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

WJ  
23 DIC 10  
9:05am

WJ  
Dic 24/10

2. Consideraciones de la Oficina Jurídica

Teniendo en cuenta que en la consulta elevada el 12 de octubre de 2010, se formulan varias inquietudes relacionadas con la constitución en parte civil y/o víctima dentro de los procesos penales y los procesos de responsabilidad fiscal, a continuación se abordarán en el orden por usted expuesto de la siguiente forma:

- 1. *Pueden las Contralorías constituirse como parte civil y/o víctimas en un proceso penal y paralelamente iniciar un Proceso de Responsabilidad Fiscal por los mismos hechos, teniendo en cuenta que las dos acciones buscan el mismo fin.*

Respecto a su primera inquietud, es importante establecer la diferencia entre la constitución en parte Civil y/o Víctima, respecto de las leyes que las definen y regulan. Así, para los delitos cometidos antes del 1º de enero de 2005, se aplican las normas del anterior Código de Procedimiento Penal o Ley 600 de 2000 y para los posteriores la Ley 906 de 2004.

Así, el inciso segundo del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, ratificando lo establecido en el artículo 36 del Estatuto Anticorrupción, señala de manera imperativa que en los procesos por delitos contra la Administración pública, le corresponde constituirse en PARTE CIVIL a la persona jurídica de derecho público perjudicada y en aquellos casos en los que "el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil". Ahora bien, de manera facultativa les permite a las Contralorías intervenir como parte civil, en orden a la transparencia de la pretensión y cuando la entidad directamente afectada no cumpla con la obligación de constituirse en parte civil.<sup>1</sup>

Bajo el imperio de esta Ley la constitución en parte civil consiste en una obligación a cargo de las personas jurídicas de derecho público, previo el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 48 de la citada Ley 600, y el procedimiento por tratarse de una demanda de constitución de parte civil, se adelanta conforme a

-----  
1 Artículo 65

las normas del Código Civil y de Procedimiento Civil.

Por su parte, la Ley 906 de 2004 consagra un concepto muy amplio del perjudicado con un delito, así, se incluyen no sólo aquellas personas que han sido VICTIMAS directas o sujetos pasivos del delito sino también a los *perjudicados*, es decir, "a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito".

En este sentido, las personas jurídicas de derecho público se pueden hacer parte dentro del proceso penal en calidad de "víctima" más no como sujeto procesal<sup>2</sup>, en aquellos eventos en los cuales hayan sido perjudicadas con "Delitos contra la Administración Pública, y tienen derecho a intervenir en todas las etapas de la actuación procesal.

Visto lo anterior, esta Oficina entra a abordar su interrogante relacionado con la posibilidad de las Contralorías de iniciar procesos de responsabilidad fiscal y paralelamente constituirse como parte civil y/o víctima en los procesos penales. Al respecto es necesario determinar la finalidad perseguida por cada una de estas formas de actuación en los procesos penales y el proceso fiscal.

En primer lugar se debe mencionar que la acción de responsabilidad fiscal y la acción penal persiguen finalidades diferentes. La primera es de carácter meramente resarcitorio mientras que la segunda es de carácter sancionatorio. No obstante ello, la intervención como parte civil y/o como víctima en los procesos penales tienen como finalidad obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, en consecuencia coincide su finalidad con la del proceso de responsabilidad fiscal, por cuanto con este se pretende el resarcimiento de los daños causados al patrimonio público como consecuencia de una conducta dolosa o culposa mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.<sup>3</sup>

Ahora bien, tanto la normalidad vigente como la jurisprudencia han sido enfáticas en señalar que la responsabilidad fiscal es independiente de la que se derive de otro tipo de acciones como la penal, tanto más cuando pueden existir conductas que no siendo delitos se configuren en daños al patrimonio público sancionables fiscalmente.

<sup>2</sup> A diferencia de lo ocurrido bajo el sistema penal consagrado en la Ley 600 de 2000

<sup>3</sup> artículo 4° de la Ley 610 de 2000

Por lo anterior, podemos concluir que las dos acciones tienen diferentes connotaciones, la penal busca sancionar la conducta dañosa del autor que generó el detrimento patrimonial al Estado la cual puede ser cometida por un particular como por un funcionario público y la fiscal busca reparar el detrimento al erario Público por medio del patrimonio del funcionario público fiscalmente responsable.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado mediante Concepto 1497 de agosto 4 de 2003, así:

*"Una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad: la fiscal, derivada del ejercicio de esta actividad - gestión fiscal - que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la ley 610 de 2000, o la no fiscal -eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal-, la cual se concreta por la comisión de hechos punibles -mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, arts. 7° y 65 de la ley 610- o mediante la acción de reparación directa - art. 86 C.C.A. -, con sustento en el art. 2341 del C.C. -por responsabilidad patrimonial- en defecto de la anterior y siempre que no se haya exonerado en el proceso penal al servidor. Sin perjuicio de lo anterior, toda conducta relacionada con el posible detrimento de los bienes públicos, puede originar acción disciplinaria o penal, en el primer caso no procede el resarcimiento directo de perjuicios, mientras que en el segundo, podrá obtenerse mediante la constitución de parte civil. Estas responsabilidades no resultan excluyentes, en el sentido de que si bien el artículo 124 de la Carta confiere al legislador la facultad de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, mandato que podría llevar a considerar exigible sólo la responsabilidad prevista en el inciso 2° del artículo 7° de la ley 610 - la civil dentro del proceso penal -, nada impide que aún sin existir punible perseguible, frente al daño ocasionado por el servidor, éste responda también conforme a las normas del artículo 6° de la C. P. y del Código Civil - art. 2341 -, en la misma forma como lo hacen los particulares."*

Para finalizar, concluimos que si se puede constituir en parte civil y/o como víctima y a la vez adelantar paralelamente el proceso de responsabilidad fiscal, sin violar los principios del non bis in idem, por tal razón ambas acciones no son excluyentes pero hay que tener claro respecto a este principio non bis in idem que éste no impide que por parte del autor en cualquiera de las dos acciones, se cumpla la que en cada una de ellas se requiere.

Respecto a este principio la Corte Constitucional en sentencia C-214 de 1994 dijo:

*"Conceptualmente el principio non bis in idem consagra la prohibición de que a nadie se le podrá sancionar dos veces por el mismo hecho. Como se deduce del aparte final del inciso 4 del referido artículo 29, el principio es de corte rigurosamente penal porque la norma lo enuncia cuando establece los derechos del sindicado. No obstante la prohibición también tiene aplicación y debe observarse por la administración cuando quiera que se coloque en trance de sancionar a sus servidores o a los particulares. Referido a la potestad sancionadora de la administración, podría decirse que el principio non bis in idem constituye una garantía política en cuanto se proscribire por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de más de una sanción por un mismo hecho;*

pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través de la intangibilidad o inalterabilidad de las decisiones de la administración que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al administrado. Es decir, que definida por la administración una situación jurídica particular, salvo la posibilidad excepcional de la revocación directa del acto administrativo, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida. Esta sentencia es particularmente relevante para el caso de conductas que, por continuar en el tiempo, se sancionan en múltiples ocasiones"

2. Pueden las Contralorías constituirse como parte civil y/o víctimas en un proceso penal del que haya sido denunciante o haya corrido traslado a la Fiscalía, cuando el sujeto pasivo es la administración pública, una entidad pública o la sociedad.

Este interrogante se encuentra absuelto conforme a las consideraciones del numeral anterior, de conformidad con las definiciones legales de víctima o parte Civil antes explicados.

3. Si las dos acciones (Constitución de parte civil y/o víctima en Proceso Penal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal) pueden ejercerse al tiempo y en la penal se produce decisión condenatoria y correlativamente en el Proceso Fiscal se imponga fallo con responsabilidad fiscal, debe la Contraloría iniciar acción contenciosa por la condena impuesta en el proceso penal y adicionalmente el proceso de jurisdicción coactiva.

Tratándose de fallos con Responsabilidad Fiscal, hay que tener en cuenta, que este tipo de procesos es de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades las siguientes administrativas: La Auditoría General de la República, La Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.

Ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal presta merito ejecutivo como lo dispone el artículo 92 inciso 1º de la Ley 42 del 93., es así que podemos concluir que en materia de responsabilidad fiscal la Auditoría y las Contralorías pueden ejercer procesos de jurisdicción coactiva, para el cobro de estos fallos.

En materia penal, la Ley 906 en sus artículos 96 al 100 establece la posibilidad que en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, siempre y cuando con anterioridad al fallo, a las víctimas se les resarzan el detrimento patrimonial sufrido, a petición del fiscal o de las víctimas, para tal efecto se podrán decretar las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito (artículo 92) actuación en la cual puede tener una participación activa la entidad pública como víctima del delito, o los organismo de control.

Por tal motivo la acción penal determina claramente la posibilidad que tienen las víctimas de poder resarcirles el daño, con anterioridad al fallo, por tal razón sería desgastante para la administración pública ejercer una acción contenciosa si la misma Ley 906 de 2004 le otorga todas la garantías al ente perjudicado para recuperar el detrimento causado, sin proferir un fallo que genere cosa juzgada.

Por último, concluimos, si al existir un fallo en materia penal y al a vez un fallo con Responsabilidad Fiscal y en el primero la condena patrimonial es inferior a la cuantía en el Fallo con responsabilidad fiscal este último puede continuar por el excedente que queda adeudando, el responsable fiscal, al erario público.

- 4. Si las dos acciones son excluyentes, no se pueden ejercer simultáneamente, cual es la conveniencia de que las Contralorías se constituyan en parte civil y/o víctimas en un proceso penal, cuando en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, además del presunto responsable se cuenta con la Aseguradora.

Con relación a su pregunta me permito aclararle que las dos acciones no son excluyentes como se dijo anteriormente, puesto que en el artículo 4° parágrafo 1° de la ley 610 contempla que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, resarcimiento que se obtiene mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense ese perjuicio. El perjuicio causado al patrimonio público que se pretende resarcir debe provenir de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan la gestión fiscal. También se dijo que La responsabilidad Fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad, como también lo define el artículo 7° de la ley 42 de 1993 donde dice: "La vigilancia de la gestión fiscal que adelantan los organismos de control fiscal es autónoma y se ejerce de manera independiente sobre cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa".

En la sentencia SU-620 de 1996, la Corte expresó que: "Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo artículo 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales.

Por tal razón así independientemente que exista un tercero civilmente responsable, en este caso la aseguradora, la cual tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado y que de una forma solidaria resarcirá parte del detrimento patrimonial del Estado, esta no es excluyente del resto de acciones, puesto que esta es independiente, a menos que exista la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94".

La razón de ser de la Contraloría está fundada en la defensa del patrimonio público, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación No. 1522 del 4 de agosto de 2003, manifestó:

*"Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, forzosa reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que proferan decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contractuales y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales." (Resaltado fuera del texto)*

5. Si las dos acciones (Constitución de parte civil y/o víctima en proceso penal y el proceso de responsabilidad fiscal) son excluyentes, surgen otros dos interrogantes:

- a. *¿Cuál es la conveniencia de que las Contralorías se constituyan como parte civil y/o víctimas en un proceso penal, cuando en el proceso de responsabilidad fiscal, además del presunto responsable se cuenta además con la aseguradora como tercero civilmente responsable y en el proceso penal no se puede vincular a la misma?*

Si bien es cierto que la figura del tercero civilmente responsable en materia penal, es distinta al proceso de Responsabilidad Fiscal, puesto que en la primera, la responsabilidad se enmarca en circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar; y coincide con los factores que originan su culpa de naturaleza civil, generalmente por infracción al deber de cuidado respecto de la fuente de riesgo que está obligado a controlar, distinto al Responsabilidad Fiscal que en aquellas hipótesis en que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso, se encuentra amparado por una póliza de seguro, el funcionario delegado para dicha función deberá vincular a la compañía aseguradora al proceso, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

De conformidad con la Ley 190 de 1995:

*"ARTÍCULO 36. En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.*

*De la apertura de instrucción deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate.*

*El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente."*

Por lo anterior, si la aseguradora no se puede vincular como tercero civilmente responsable en un proceso penal para resarcir el daño patrimonial del Estado, la Ley 906 de 2004 en su artículo 92 define la figura de *Medidas Cautelares sobre Bienes*, que para el efecto, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas, se podrán decretar las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito, actuación en la cual puede tener una participación activa la entidad pública como víctima del delito, o los organismo de control.

- b. *Ante las limitantes de personal y recursos de muchas Contralorías, cuál es la conveniencia para impulsar la constitución de parte civil y/o víctima en proceso penal, si luego es necesaria la presentación de acciones judiciales para el resarcimiento del daño, con los costos adicionales que*

ello conlleva.

Teniendo en cuenta el incremento de las conductas delictivas en contra del erario público, se hace necesario impulsar acciones que aseguren la participación de las entidades públicas en calidad de víctimas o de parte civil (según el régimen penal bajo el que se haya cometido la infracción penal), para procurar que el detrimento patrimonial, que sufre el Estado por diferentes delitos, se recupere. Sólo a través de una participación activa en cada una de las etapas del proceso penal, que permitan demostrar la existencia del daño, la identificación de la persona causante de éste, y de la identificación de su patrimonio, se podrá lograr la recuperación del detrimento causado al Estado con el daño sufrido.

Por tal motivo, la Auditoría General de la República, ha venido impulsando diversas estrategias para mejorar los resultados de las acciones de control fiscal que adelantan las Contralorías. En este contexto se ejecutará este proyecto destinado a garantizar el cumplimiento de la obligación de las personas de derecho público de hacerse parte en los procesos penales que cursen por delitos contra la Administración pública<sup>4</sup>.

De conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política, todos los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, debiendo ejercer sus funciones en la forma prevista en la Carta misma, en la ley y en las disposiciones reglamentarias.

Por otra parte, dentro de las obligaciones de todos los servidores públicos, establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra la de proteger con celo y especial cuidado el patrimonio del Estado.

Existen diversas normas que imponen la obligación de la Auditoría General de la República, de las Contralorías y de las entidades públicas de intervenir en los procesos penales en defensa del patrimonio público y en procura del resarcimiento del daño ocasionado con los delitos cometidos en contra de éste.

Finalmente, y para reforzar los argumentos aquí expuestos, atentamente le remito copia de la Circular Conjunta del 1° de octubre del presente año, emitida por la Auditoría General de la República y la Dirección Nacional de Fiscalías, dirigida a Contralores y Fiscales, que tiene por objeto: "Afirmar el cumplimiento del deber que le asiste a las entidades públicas de hacerse parte en los procesos penales,

<sup>4</sup> Ley 190 de 1925 artículo 36, Ley 610 de 2000 art. 65, Ley 600 de 2000 art. 137

en los que se advierta la existencia de conductas punibles que atentan contra el patrimonio público”

Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,

  
MARIANA CASTAÑEDA AYA  
Directora Oficina Jurídica

C.C. Dr. Fredy Céspedes Villa - Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal  
Proyectaron: Ana Milena Dcneys Trujillo  
Janis Molina Ríos y  
Giovanni Andrés Rivera Urriago



Radicado No: \*RAD\_S\*

Fecha: \*F\_RAD\_S\*

Bogotá D.C.,  
110

Doctora  
**LUZ MARINA MUÑOZ CUELLAR**  
Contralor Departamental (E)  
Contraloría Departamental del Caquetá  
Edificio de la Gobernación  
Carrera 13 No. 15-00 Piso 4  
Florencia - Caquetá - Colombia

**Ref.:** Respuesta a consulta elevada mediante  
Rad. 2010-233-006258-2 (12/10/2010).

Respetada Doctora Luz Marina:

Doy respuesta atenta a su comunicación del asunto en los siguientes términos:

### **1. Consideración Preliminar**

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, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

## 2. Consideraciones de la Oficina Jurídica

Teniendo en cuenta que en la consulta elevada el 12 de octubre de 2010, se formulan varias inquietudes relacionadas con la constitución en parte civil y/o víctima dentro de los procesos penales y los procesos de responsabilidad fiscal, a continuación se abordarán en el orden por usted expuesto de la siguiente forma:

1. ***Pueden las Contralorías constituirse como parte civil y/o víctimas en un proceso penal y paralelamente iniciar un Proceso de Responsabilidad Fiscal por los mismos hechos, teniendo en cuenta que las dos acciones buscan el mismo fin.***

Respecto a su primera inquietud, es importante establecer la diferencia entre la constitución en parte Civil y/o Víctima, respecto de las leyes que las definen y regulan. Así, para los delitos cometidos antes del 1º de enero de 2005, se aplican las normas del anterior Código de Procedimiento Penal o Ley 600 de 2000 y para los posteriores la Ley 906 de 2004.

Así, el Inciso segundo del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, ratificando lo establecido en el artículo 36 del Estatuto Anticorrupción, señala de manera imperativa que en los procesos por delitos contra la Administración pública, le corresponde constituirse en **PARTE CIVIL** a la persona jurídica de derecho público perjudicada y en aquellos casos en los que *“el representante legal de esta última fuera el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil”*. Ahora bien, de manera facultativa les permite a las Contralorías intervenir como parte civil, en orden a la transparencia de la pretensión y cuando la entidad directamente afectada no cumpla con la obligación de constituirse en parte civil.<sup>1</sup>

Bajo el imperio de esta Ley la constitución en parte civil consiste en una obligación a cargo de las personas jurídicas de derecho público, previo el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 48 de la citada Ley 600, y el procedimiento por tratarse de una demanda de constitución de parte civil, se adelanta conforme a las normas del Código Civil y de Procedimiento Civil.

Por su parte, la Ley 906 de 2004 consagra un concepto muy amplio del perjudicado con un delito, así, se incluyen no sólo aquellas personas que han sido **VICTIMAS** directas o sujetos pasivos del delito sino también a los *perjudicados*, es decir, *“a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito”*.

---

<sup>1</sup> Artículo 65

En este sentido, las personas jurídicas de derecho público se pueden hacer parte dentro del proceso penal en calidad de "víctima" más no como sujeto procesal<sup>2</sup>, en aquellos eventos en los cuales hayan sido perjudicadas con "Delitos contra la Administración Pública, y tienen derecho a intervenir en todas las etapas de la actuación procesal.

Visto lo anterior, esta Oficina entra a abordar su interrogante relacionado con la posibilidad de las Contralorías de iniciar procesos de responsabilidad fiscal y paralelamente constituirse como parte civil y/o víctima en los procesos penales. Al respecto es necesario determinar la finalidad perseguida por cada una de estas formas de actuación en los procesos penales y el proceso fiscal.

En primer lugar se debe mencionar que la acción de responsabilidad fiscal y la acción penal persiguen finalidades diferentes. La primera es de carácter meramente resarcitorio mientras que la segunda es de carácter sancionatorio. No obstante ello, la intervención como parte civil y/o como víctima en los procesos penales tienen como finalidad obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, en consecuencia coincide su finalidad con la del proceso de responsabilidad fiscal, por cuanto con este se pretende el resarcimiento de los daños causados al patrimonio público como consecuencia de una conducta dolosa o culposa mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.<sup>3</sup>

Ahora bien, tanto la normatividad vigente como la jurisprudencia han sido enfáticas en señalar que la responsabilidad fiscal es independiente de la que se derive de otro tipo de acciones como la penal, tanto más cuando pueden existir conductas que no siendo delitos se configuren en daños al patrimonio público sancionables fiscalmente.

Por lo anterior, podemos concluir que las dos acciones tienen diferentes connotaciones, la penal busca sancionar la conducta dañosa del autor que generó el detrimento patrimonial al Estado la cual puede ser cometida por un particular como por un funcionario público y la fiscal busca reparar el detrimento al erario Público por medio del patrimonio del funcionario público fiscalmente responsable.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado mediante Concepto 1497 de agosto 4 de 2003, en el siguiente sentido:

*"Una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad: la fiscal, derivada del ejercicio de esta actividad - gestión fiscal - que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la ley 610 de 2000, o la no fiscal -eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal-, la cual se concreta por la comisión de hechos punibles -mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, arts. 7° y 65 de la ley 610- o mediante la acción de reparación directa - art. 86 C.C.A. -, con sustento en el art. 2341 del*

<sup>2</sup> A diferencia de lo ocurrido bajo el sistema penal consagrado en la Ley 600 de 2000

<sup>3</sup> artículo 4° de la Ley 610 de 2000

C.C. –por responsabilidad patrimonial- en defecto de la anterior y siempre que no se haya exonerado en el proceso penal al servidor. Sin perjuicio de lo anterior, toda conducta relacionada con el posible detrimento de los bienes públicos, puede originar acción disciplinaria o penal, en el primer caso no procede el resarcimiento directo de perjuicios, mientras que en el segundo, podrá obtenerse mediante la constitución de parte civil. Estas responsabilidades no resultan excluyentes, en el sentido de que si bien el artículo 124 de la Carta defiere al legislador la facultad de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, mandato que podría llevar a considerar exigible sólo la responsabilidad prevista en el inciso 2° del artículo 7° de la ley 610 - la civil dentro del proceso penal -, nada impide que aún sin existir punible perseguible, frente al daño ocasionado por el servidor, éste responda también conforme a las normas del artículo 6° de la C. P. y del Código Civil - art. 2341 -, en la misma forma como lo hacen los particulares.”

Para finalizar, concluimos que si se puede constituir en parte civil y/o como víctima y a la vez adelantar paralelamente el proceso de responsabilidad fiscal, sin violar los principios del **non bis in idem**, por tal razón ambas acciones no son excluyentes, pero hay que tener algo muy claro respecto a este principio constitucional, al existir un resarcimiento por parte del autor en cualquiera de las dos acciones, se excluirá la que aun este pendiente de decisión.

Respecto a este principio la Corte Constitucional en sentencia C-214 de 1994 dijo:

*“Conceptualmente el principio non bis in idem consagra la prohibición de que a nadie se le podrá sancionar dos veces por el mismo hecho. Como se deduce del aparte final del inciso 4 del referido artículo 29, el principio es de corte rigurosamente penal porque la norma lo enuncia cuando establece los derechos del sindicado. No obstante la prohibición también tiene aplicación y debe observarse por la administración cuando quiera que se coloque en trance de sancionar a sus servidores o a los particulares. Referido a la potestad sancionadora de la administración, podría decirse que el principio non bis in idem constituye una garantía política en cuanto se proscribiera por mandato constitucional el juzgamiento y la imposición de mas de una sanción por un mismo hecho; pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través de la intangibilidad o inalterabilidad de las decisiones de la administración que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al administrado. Es decir, que definida por la administración una situación jurídica particular, salvo la posibilidad excepcional de la revocación directa del acto administrativo, no le es permitido a ésta volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida. Esta sentencia es particularmente relevante para el caso de conductas que, por continuar en el tiempo, se sancionan en múltiples ocasiones”*

- 2. Pueden las Contralorías constituirse como parte civil y/o víctimas en un proceso penal del que haya sido denunciante o haya corrido traslado a la Fiscalía, cuando el sujeto pasivo es la administración pública, una entidad pública o la sociedad.***

Este interrogante se encuentra absuelto conforme a las consideraciones del numeral anterior, de conformidad con las definiciones legales de víctima o parte Civil antes explicados.

- 3. Si las dos acciones (Constitución de parte civil y/o víctima en Proceso Penal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal) pueden ejercerse al tiempo y en la penal se produce decisión condenatoria y correlativamente en el Proceso Fiscal se imponga fallo con***

***responsabilidad fiscal, debe la Contraloría iniciar acción contenciosa por la condena impuesta en el proceso penal y adicionalmente el proceso de jurisdicción coactiva.***

Tratándose de fallos con Responsabilidad Fiscal, hay que tener en cuenta, que este tipo de procesos es de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades las siguientes administrativas: La Auditoría General de la República, La Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.

Ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal presta merito ejecutivo como lo dispone el artículo 92 inciso 1° de la Ley 42 del 93., es así que podemos concluir que en materia de responsabilidad fiscal la Auditoría y las Contralorías pueden ejercer procesos de jurisdicción coactiva, para el cobro de estos fallos.

En materia penal, la Ley 906 en sus artículos 96 al 100 establece la posibilidad que en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, siempre y cuando con anterioridad al fallo, a las victimas se les resarzan el detrimento patrimonial sufrido, a petición del fiscal o de las víctimas, para tal efecto **se podrán decretar las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito** (artículo 92) actuación en la cual puede tener una participación activa la entidad pública como víctima del delito, o los organismo de control.

Por tal motivo la acción penal determina claramente la posibilidad que tienen las víctimas de poder resarcirles el daño, con anterioridad al fallo, por tal razón sería desgastante para la administración pública ejercer una acción contenciosa si la misma Ley 906 de 2004 le otorga todas la garantías al ente perjudicado para recuperar el detrimento causado, sin proferir un fallo que genere cosa juzgada.

Por último, concluimos, si al existir un fallo en materia penal y al a vez un fallo con Responsabilidad Fiscal y en el primero la condena patrimonial es inferior a la cuantía en el Fallo con responsabilidad fiscal este último puede continuar por el excedente que queda adeudando, el responsable fiscal, al erario público.

- 4. Si las dos acciones son excluyentes, no se pueden ejercer simultáneamente, cual es la conveniencia de que las Contralorías se constituyan en parte civil y/o víctimas en un proceso penal, cuando en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, además del presunto responsable se cuenta con la Aseguradora.**

Con relación a su pregunta me permito aclararle que las dos acciones no son excluyentes como se dijo anteriormente, puesto que en el artículo 4° parágrafo 1° de la ley 610 contempla que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, resarcimiento que se obtiene mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense ese perjuicio. El perjuicio causado al patrimonio público que se pretende resarcir debe provenir de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan la gestión fiscal. También se dijo que La responsabilidad Fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad, como también lo define el artículo 7° de la ley 42 de 1993 donde dice: "La vigilancia de la gestión fiscal que adelantan los organismos de control fiscal es autónoma y se ejerce de manera independiente sobre cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa".

En la sentencia SU-620 de 1996, la Corte expresó que: "Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo artículo 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales.

Por tal razón así independientemente que exista un tercero civilmente responsable, en este caso la aseguradora, la cual tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado y que de una forma solidaria resarcirá parte del detrimento patrimonial del Estado, esta no es excluyente del resto de acciones, puesto que esta es independiente, a menos que exista la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94".

La razón de ser de la Contraloría está fundada en la defensa del patrimonio público, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación No. 1522 del 4 de agosto de 2003, manifestó:

*"Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios*

*a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.” (Resaltado fuera del texto).*

**5. Si las dos acciones (Constitución de parte civil y/o víctima en proceso penal y el proceso de responsabilidad fiscal) son excluyentes, surgen otros dos interrogantes:**

- a. *¿Cuál es la conveniencia de que las Contralorías se constituyan como parte civil y/o víctimas en un proceso penal, cuando en el proceso de responsabilidad fiscal, además del presunto responsable se cuenta además con la aseguradora como tercero civilmente responsable y en el proceso penal no se puede vincular a la misma?*

Si bien es cierto que la figura del tercero civilmente responsable en materia penal, es distinta al proceso de Responsabilidad Fiscal, puesto que en la primera, la responsabilidad se enmarca en circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar; y coincide con los factores que originan su culpa de naturaleza civil, generalmente por infracción al deber de cuidado respecto de la fuente de riesgo que está obligado a controlar, distinto al Responsabilidad Fiscal que en aquellas hipótesis en que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso, se encuentra amparado por una póliza de seguro, el funcionario delegado para dicha función deberá vincular a la compañía aseguradora al proceso, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

De conformidad con la Ley 190 de 1995:

*“ARTÍCULO 36. En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.*

*De la apertura de instrucción deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate.*

*El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente.”*

Por lo anterior, si la aseguradora no se puede vincular como tercero civilmente responsable en un proceso penal para resarcir el daño patrimonial del Estado, la Ley 906 de 2004 en su artículo 92 define la figura de **Medidas Cautelares sobre bienes**, que para el efecto, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas, se podrán decretar las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito, actuación en la cual puede tener una participación activa la entidad pública como víctima del delito, o los organismo de control.

- b. *Ante las limitantes de personal y recursos de muchas Contralorías, cual es la conveniencia para impulsar la constitución de parte civil y/o víctima en proceso penal, si luego es necesaria la presentación de acciones judiciales para el resarcimiento del daño, con los costos adicionales que ello conlleva.*

Teniendo en cuenta el incremento de las conductas delictivas en contra del erario público, se hace necesario impulsar acciones que aseguren la participación de las entidades públicas en calidad de víctimas o de parte civil (según el régimen penal bajo el que se haya cometido la infracción penal), para procurar que el detrimento patrimonial, que sufre el Estado por diferentes delitos, se recupere. Sólo a través de una participación activa en cada una de las etapas del proceso penal, que permitan demostrar la existencia del daño, la identificación de la persona causante de éste, y de la identificación de su patrimonio, se podrá lograr la recuperación del detrimento causado al Estado con el daño sufrido.

Por tal motivo, la Auditoría General de la República, ha venido impulsando diversas estrategias para mejorar los resultados de las acciones de control fiscal que adelantan las Contralorías. En este contexto se ejecutará este proyecto destinado a garantizar el cumplimiento de la obligación de las personas de derecho público de hacerse parte en los procesos penales que cursen por delitos contra la Administración pública<sup>4</sup>.

De conformidad con lo establecido en el **artículo 123** de la **Constitución Política**, todos los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, debiendo ejercer sus funciones en la forma prevista en la Carta misma, en la ley y en las disposiciones reglamentarias.

Por otra parte, dentro de las obligaciones de todos los servidores públicos, establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra la de proteger con celo y especial cuidado el patrimonio del Estado.

Existen diversas normas que imponen la obligación de la Auditoría General de la República, de las Contralorías y de las entidades públicas de intervenir en los procesos penales en defensa del patrimonio público y en procura del resarcimiento del daño ocasionado con los delitos cometidos en contra de éste.

Finalmente, y para reforzar los argumentos aquí expuestos, atentamente le remito copia de la Circular Conjunta del 1° de octubre del presente año, emitida por la Auditoría General de la República y la Dirección Nacional de Fiscalías, dirigida a Contralores y Fiscales, que tiene por objeto: "Afirmar el cumplimiento del deber que le asiste a las entidades públicas de hacerse parte en los procesos penales, en los que se advierta la existencia de conductas punibles que atentan contra el patrimonio

<sup>4</sup> Ley 190 de 1995 artículo 36, Ley 610 de 2000 art. 65, Ley 600 de 2000 art. 137

público”

Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,

**VIVIANA CASTAÑEDA AYA**  
Directora Oficina Jurídica

*C.C. Dr. Fredy Céspedes Villa - Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal  
Proyectaron: Ana Milena Doneys Trujillo,  
Janis Molina Ríos y  
Giovanni Andrés Rivera Urriago*