



Radicado No: 20181100037311

Fecha: 12-12-2018

Bogotá,
110

Doctor
CARLOS ALBERTO TOBAR MENESES
Profesional Especializado
Contraloría Departamental del Cauca
Carrera 7 N° 1N-66 Segundo Piso
Popayán - Cauca

Referencia: **SIA ATC 2018000664**
Respuesta a solicitud con radicado N° 2018-233-004306-2 del 24/10/2018
Concepto sobre competencia de las contralorías para investigar fiscalmente a funcionarios aforados

Respetado doctor Tobar:

En atención a su correo electrónico del pasado 24 de octubre, con Radicado N° 20182330043062, en el cual de manera resumida solicita se conceptúe *1. Si pierde competencia una contraloría territorial para continuar investigando fiscalmente a una persona o para vincular a una persona al proceso de responsabilidad fiscal, si esta persona es elegida como Senador de la República o Representante a la Cámara, en atención al fuero constitucional de que gozan los miembros del Congreso de la República o si dicho fuero únicamente está referido para las acciones penales y disciplinarias, exceptuando la acción fiscal. 2. En el evento de que el fuero a que hace referencia el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución también incluya los procesos de responsabilidad fiscal que tramitan las contralorías territoriales, cuál sería el trámite a seguir en los procesos que estén en curso donde uno de los investigados haya sido elegido posteriormente a la gestión por la cual se le investiga, miembro del Congreso de la República, este Despacho considera necesario realizar previamente las siguientes precisiones.*

Conforme a lo consagrado en el artículo 274 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 272 de 2000, la Auditoría General de la República es la entidad competente para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales del país, mediante los sistemas de control financiero, de gestión y de resultados, en desarrollo de los principios de eficiencia, economía y equidad.

El Decreto Ley 272 de 2000, por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, en su artículo 13, numeral 2, establece como objetivo de la Oficina Jurídica el de *Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe*



de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.

De igual forma, el referido Decreto Ley 272, en su artículo 18, numeral 3, determina como una de las funciones de la Oficina Jurídica la de *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.*

Así mismo, frente al alcance de los conceptos, 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, en su artículo 28 determina que *Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*

Dentro de este marco legal, se procede a resolver su solicitud en los siguientes términos:

Frente al asunto objeto de su petición, no se emitirá concepto sobre situación particular o concreta alguna, a efecto de no tener injerencia en la toma de decisiones de las entidades vigiladas o de control, susceptibles posteriormente de ser objeto de vigilancia.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una mayor claridad sobre el tema, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL RESPECTO DE FUNCIONARIOS AFORADOS

Para abordar el tema, es necesario analizar las normas constitucionales y legales referentes al asunto consultado.

Nuestra Constitución Política, en su Título VI, Capítulo IV, respecto de la Rama Legislativa – Senado de la República, determina:

“(…) ARTICULO 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.

ARTICULO 175. En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:



1. El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida.

2. Si la acusación se refiere a **delitos** cometidos en ejercicio de funciones, o a **indignidad por mala conducta**, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá **juicio criminal** ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

3. Si la acusación se refiere a **delitos comunes**, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

4. El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes.

(...)

ARTICULO 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:

(...)

3. **Acusar ante el Senado**, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a los magistrados del Consejo de Estado y al Fiscal General de la Nación.

4. **Conocer de las denuncias y quejas** que ante ella se presenten por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, **fundar en ellas acusación ante el Senado**.

5. **Requerir el auxilio de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen, y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente.**

(...)

ARTICULO 186. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> **De los delitos que cometan los Congresistas**, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación.

Corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala Especial de Primera Instancia de la misma Sala Penal a los miembros del Congreso **por los delitos cometidos**.

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada.

(...)" (Negrilla fuera del texto).

De igual forma, la Constitución Política, en su Título VIII, Capítulo II, respecto de la Rama Judicial – De la Jurisdicción Ordinaria, establece:



"ARTICULO 234. <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> **La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria** y se compondrá del número impar de Magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en Salas y Salas Especiales, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.

En el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena.

(...)

Los Magistrados de las Salas Especiales solo tendrán competencia para conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia en las condiciones que lo establezca la ley.

El reglamento de la Corte Suprema de Justicia no podrá asignar a las Salas Especiales el conocimiento y la decisión de los asuntos que correspondan a la Sala de Casación Penal.

Los Magistrados de las Salas Especiales no podrán conocer de asuntos administrativos, ni electorales de la Corte Suprema de Justicia ni harán parte de la Sala Plena.

PARÁGRAFO. Los aforados constitucionales del artículo 174 de la Constitución Política tienen derecho de impugnación y doble instancia conforme lo señale la ley.

ARTICULO 235. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> **Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:**

1. Actuar como tribunal de casación.

2. Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en **materia penal**, conforme lo determine la ley.

3. **Juzgar al Presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174**, previo el procedimiento establecido en los [numerales 2 y 3 del] artículo 175 de la Constitución Política, **por cualquier conducta punible que se les impute**. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia.

4. **Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.**

5. **Juzgar**, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicéfiscal General de la Nación, o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefe de Misión Diplomática o Consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, **por los hechos punibles que se les imputen**.



6. Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares.

(...)

PARÁGRAFO. Cuando los funcionarios antes enunciados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, **el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.**

(...)” (Negrilla fuera del texto).

Así mismo, la Carta Política, en su Título VIII, Capítulo III, respecto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, instituye:

“(…) **ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:**

1. Desempeñar las funciones de **tribunal supremo de lo contencioso administrativo**, conforme a las reglas que señale la ley.

(...)” (Negrilla fuera del texto).

En lo referente al control fiscal, la Constitución, en su Título X, Capítulo I, referente a los Organismos de Control – De la Contraloría General de la República, determina:

“**ARTICULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República**, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

(...)

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

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

(...)

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 de la Nación.

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 sobre los alcances deducidos de la misma.

(...)



8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes 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 penales o disciplinarios.

(...)

ARTICULO 271. Los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente.

ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

(...)

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 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

(...)” (Negrilla fuera del texto).

Así pues, la Constitución Política de Colombia dispone que algunos altos funcionarios, en razón de su investidura, deben ser investigados y juzgados por la Corte Suprema de Justicia (miembros del Congreso de la República) o juzgados por esa misma corporación judicial, previa acusación del Fiscal General de la Nación (artículo 235 numeral 4.º). También dispone que el Presidente de la República, los magistrados de las altas Cortes y el Fiscal tienen la condición de aforados, por lo que la investigación y juzgamiento de éstos está atribuida al Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes, y a la Corte Suprema de Justicia, en caso de delitos comunes (artículos 174, 175, 178 numerales 3.º, 4.º y 5.º y 235 numeral 2.º ibidem). El Consejo de Estado desempeña las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo (artículo 237).

El control fiscal es ejercido por la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Esta atribución a nivel territorial está en cabeza de las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Por su parte, la Ley 5 de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes, en su Capítulo XI, Sección I, respecto del Estatuto del Congresista – Régimen Constitucional y Legal, establece:

(...)

ARTÍCULO 266. VIGILANCIA ADMINISTRATIVA. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 118 y 277 numeral 6, constitucional, **sólo el Procurador General de la Nación podrá ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de los Senadores y Representantes.**



ARTÍCULO 267. FUERO PARA EL JUZGAMIENTO. De los delitos que cometan los **Congresistas conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención.**

*En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma Corporación.
(...)" (Negrilla fuera del texto).*

Como ya se mencionó, el control fiscal es una función pública la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, regulada principalmente por las normas constitucionales contenidas en el Capítulo I del Título X de la CN (artículos 267 al 274), y las normas legales contenidas en las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000, 1474 de 2011, y demás normas concordantes.

En cuanto al proceso de responsabilidad fiscal, la Sala plena de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, expediente D-3389, Magistrado ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería, determinó que:

"(...) Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

4. El proceso de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de 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, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6° C.P.).

Conforme a lo anterior, las competencias que asisten a todas las contralorías se expresan a través de dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos deba darse necesariamente en todos los casos. Es decir, en un primer momento las contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción.



*Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, **el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos**[2].*

***El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa;**[3] de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa.*

*En este orden de ideas **la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso**[4] según voces del artículo 29 Superior.*" (Negrilla fuera del texto).

Con fundamento en todo lo anterior, se puede concluir que, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, *la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.*

El proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos.

La responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Nótese que el fuero especial de que gozan los congresistas refiere a conductas disciplinables o punibles. No se encuentra norma alguna que amplíe dicho fuero a la determinación de la responsabilidad fiscal, competencia ésta exclusiva del Contralor General de la República y de los contralores territoriales, de acuerdo con su ámbito de competencia, como quiera que es la gestión fiscal el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado, sin



interesar la condición particular, actual o futura, de los servidores públicos y de los particulares que la desarrollan.

De esta manera se espera haber dado mayor claridad sobre el tema consultado. En consecuencia y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda atendida de fondo su solicitud.

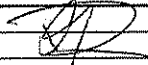


El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, como respuesta a la petición realizada en ejercicio del derecho a formular consultas, por tanto no será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada y, por lo mismo, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que por favor la diligencie y nos la remita a la dirección de correspondencia Carrera 57C N° 64A-29 de Bogotá o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co.

Cordialmente,


CARLOS ÓSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Encuesta de satisfacción de usuarios OI.200.P03.F02.

| | Nombre y Apellido | Firma | Fecha |
|-----------------|-------------------|--|------------|
| Proyectado por: | OHRJ |  | 12/12/2018 |
| Revisado por: | COVR |  | |
| Aprobado por: | COVR |  | |

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