



Radicado No: 20221100029861

Fecha: 05-09-2022

Bogotá D.C.,
110

Señor

CARLOS ANDRÉS HINCAPIÉ RUEDA

Jefe Oficina Asesora, Contraloría General de Bogotá
Carrera 11 No 34-52 Fase II - Alcaldía de Bucaramanga
juridica@contraloriabga.gov.co

Referencia: Concepto 110.062.2022
SIA-ATC. 012022000551

Temas: (i) De la competencia para conocer por hechos cometidos por funcionarios de Congreso; (ii) De la competencia de las Contralorías Territoriales para investigar fiscalmente a senadores por hechos con anterioridad a su cargo.

Respetado señor Hincapié Rueda:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento, mediante el Sistema de Integral de Auditoría – Atención al Ciudadano, bajo radicado 20222330015662 y SIA-ATC. No. 012022000551, en el que hacen las siguientes consultas:

«¿Puede un ente de Control Fiscal territorial ser competente para adelantar proceso de responsabilidad fiscal en contra de un servidor público elegido como senador de la República, al quedar este como segundo en las elecciones presidenciales?

¿puede una persona que fue elegida como senador de la república después de posesionarse, ser investigado por la controlaría municipal?

¿En qué caso de que la respuesta sea negativa por tener un fuero especial, que entidad sería la competente para proseguir con el proceso investigativo?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal;

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

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: «Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...» (Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, con el fin de dar respuesta a su requerimiento, nos permitimos abordar el asunto presentado por usted, de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

1. De la competencia para conocer por hechos cometidos por funcionarios de Congreso.

Mediante el artículo 174 de la Constitución Política, se establecen los funcionarios aforados con rango constitucional y, así mismo, se designa al Senado como el órgano encargado de conocer sobre sus acusaciones, de la siguiente manera:

«ARTÍCULO 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.»

Por su parte, en cuanto a las acusaciones que se formulen en contra de los miembros de Congreso, serán de competencia de la Corte Suprema de Justicia, así lo dispuso el numeral 4 del artículo 235 de la Carta, que otorga a la alta corporación, la atribución de investigar y juzgar a estos, constituyéndose así, el Congreso, al igual que los señalados en el artículo 274, funcionarios aforados con rango constitucional.

Ahora bien, la atribución conferida a la Corte Suprema de Justicia está destinada únicamente a investigar y juzgar conductas punibles, así lo estableció el primer párrafo de artículo 186 de la Constitución, al indicar:

«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.»

Ahora bien, en lo que respecta a asuntos de pérdida de investidura, de ello conocerá el Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 184, y se realizará, con ocasión a los siguientes hechos:

«ARTÍCULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo periodo de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.»

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 934 de 2006, indicó que:

«Pero, por otra parte, la misma Constitución Política se ha ocupado en definir ciertos juicios como de única instancia, pues los ha confiado a las corporaciones que tienen la mayor jerarquía dentro de la respectiva jurisdicción. Sin ir más lejos, los artículos 174, 175 y 178 de la Carta, que desarrollan las reglas aplicables a los procesos iniciados contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, contra los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o contra el Fiscal General de la Nación, plasman la única instancia, tanto ante el Senado, en lo que a él corresponde, como ante la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la responsabilidad penal si los hechos ameritan una pena adicional a las de destitución del empleo, privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos (Fuero constitucional especial). A los congresistas y a otros altos servidores del Estado la Constitución ha reservado un fuero, previsto en el artículo 235, en cuya virtud, en única instancia, han de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia. La pérdida de la investidura, contemplada en los artículos 183 y 184 de la Constitución, carece también de segunda instancia y está reservada de manera exclusiva al Consejo de Estado, como lo destacó la Corte en las sentencias C-319 del 14 de

julio de 1994, C-247 del 1 de junio de 1995 y C-037 del 5 de febrero de 1996.» Subrayado por fuera del texto.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, no son los únicos órganos encargados de investigar hechos cometidos por los congresistas, en materia disciplinarios la Carta Magna indicó en el artículo 185 que:

«Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.»
Subrayado por fuera del texto.

En ese sentido, la Ley 1828 de 2017, por medio de la cual se expidió el código de ética y disciplinario del congresista, consagró en el último párrafo del artículo 3, correspondiente al ámbito de aplicación de la ley, que:

«La Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan.»

Así mismo, en el artículo 10 se establece:

«ARTÍCULO 10. Faltas. Las faltas ético disciplinarias se realizan por acción, omisión, por cualquier conducta o comportamiento ejecutado por el Congresista, que conlleve el incumplimiento de los deberes, conductas sancionables previstas en el Artículo 9°, violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del conflicto de intereses, y por tanto darán lugar a la acción ética y disciplinaria e imposición de la sanción prevista en esta ley, sin detrimento de la competencia atribuida a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, en materia penal o contenciosa administrativa o a la Procuraduría General de la Nación.» Subrayado por fuera del texto.

En ese sentido, la Procuraduría General de la Nación, también es un órgano que puede investigar actuaciones cometidas por congresistas, en el marco de las atribuciones constitucionales y legales conferidas, por lo que se encuentra legalmente regulado la competencia para investigar a los congresistas en materia penal, contenciosa administrativa y disciplinaria.

Ahora bien, no ocurre lo mismo en lo relativo a control fiscal, dado que no existe una competencia específica otorgada a algún ente para que lleve a cabo tal atribución, sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 431 de 2015, determinó:

«6.9. Sujetos del Control Fiscal

Por interesar especialmente a esta causa, el numeral 5º del artículo 268 de la Carta Política determina de manera genérica como atribución del Contralor General de la República la de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, función que se hace extensiva a los contralores territoriales por virtud de la remisión que hace el artículo 272 ibídem.

A su vez, siendo el proceso de responsabilidad fiscal, como ya vimos, el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado, el artículo 4º de la Ley 610 de 2000 adiciona que este procedimiento “tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”.

De tal enunciación normativa puede deducirse que el sujeto de la responsabilidad en quien recae la responsabilidad fiscal es el servidor público o el particular que ejerza actos de gestión fiscal sobre el patrimonio público -bien jurídico tutelado-, en la medida, claro está, que le produzcan a ese patrimonio un menoscabo económico en el marco de las condiciones estructurales de carácter legal. Corolario que, de algún modo, permite apreciar que dicho servidor público, en principio, puede ser cualquier funcionario de cualquiera de las entidades y organismos públicos sujetos a la vigilancia fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

Tal aserto se refuerza si se atiende al contenido del artículo 267 de la Constitución Política, a partir del cual habría de expresarse que ningún ente que directa o indirectamente maneje o administre fondos o bienes de la Nación o de entidades territoriales, es decir, sujeto de responsabilidad fiscal, puede eximirse del control fiscal, pues aquel mandato constitucional presupone una cláusula general de competencia que le confiere a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales la facultad de vigilar a los organismos públicos y a los particulares que manejen o administren los recursos públicos.

En efecto, en el citado artículo se proyectó una fórmula amplia y comprensiva por medio de la cual las contralorías, órganos, técnicos, externos e independientes pudieran cubrir la vigilancia y el control de toda la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes del Estado, en forma posterior y selectiva.

Todas las consideraciones antes indicadas adquieren el carácter de una regla general y cabría, en principio, considerar que el control que ejerce la Contraloría, podría ser susceptible de aplicarse inclusive a los sujetos aforados constitucionalmente, entre ellos, al Presidente de la República, al Procurador General de la Nación, a los magistrados de Altas Cortes y al Fiscal General de la Nación, puesto que, como se habrá advertido, no opera expresamente, ni en la

Carta Política ni en la ley, prerrogativa expresa alguna en esta materia que indique, para cada entidad de la administración pública, para los particulares o los órganos autónomos independientes, el sometimiento al control fiscal. Sobre el particular tópico de la vigilancia fiscal y los potenciales sujetos de responsabilidad en la materia esta corporación tuvo la oportunidad de manifestar:

(...)

De esa forma, la regla general de competencia abarcaría la totalidad de las ramas del poder público, esto es, ejecutiva, legislativa y judicial, como a todos los organismos de carácter autónomo e independiente, entre otros, el Banco de la República y las corporaciones autónomas regionales. Así mismo, los particulares en condición de contratistas o cuando disposiciones legales les han conferido el manejo o la administración de recursos públicos.

En tal escenario, es imprescindible estudiar la figura del fuero constitucional especial, sus principales características y sobre todo su alcance, en el propósito de determinar si en el marco de la responsabilidad fiscal es la Contraloría General de la República la entidad competente para adelantar las investigaciones e imponer las sanciones correspondientes a los funcionarios que gozan de dicha prerrogativa cuando ejercen funciones de gestión fiscal.»

En concordancia, este Despacho, con anterioridad se pronunció al respecto en Concepto 110.062.2018, en donde consideró:

«Nótese que el fuero especial de que gozan los congresistas refiere a conductas disciplinables o punibles. No se encuentra norma alguna que amplie 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.»

Dicho lo anterior, al no evidenciar por este Despacho ninguna norma de rango constitucional o legal, que otorgue dicha competencia a un sujeto especial o que determine fuero especial para asuntos de control fiscal, esta atribución se encuentra en cabeza de la Contraloría General de la República o contralorías territoriales, según corresponda.

2. De la competencia de las Contralorías Territoriales para investigar fiscalmente a senadores por hechos con anterioridad a su cargo.

Mediante el artículo 4 del Decreto Ley 403 de 2020, se reguló el ámbito de competencia de las contralorías territoriales, de la siguiente manera:

R

«Las contralorías territoriales vigilan y controlan la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden territorial, así como a los demás sujetos de control dentro de su respectiva jurisdicción, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley; en forma concurrente con la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto Ley y en las disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

En todo caso, corresponde a la Contraloría General de la República, de manera prevalente, la vigilancia y control fiscal de los recursos de la Nación transferidos a cualquier título a entidades territoriales, así como las rentas cedidas a éstas por la Nación, competencia que ejercerá de conformidad con lo dispuesto en normas especiales, en el presente Decreto Ley en lo que corresponda, bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.»

De acuerdo con lo anterior, la ley dispone el criterio de competencia para las contralorías territoriales en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales, por lo cual, deberá observarse en cada caso, el origen de los recursos afectados.

Adicionalmente, la Contraloría General de la República en concepto 2015EE0016540 indicó:

«En el caso que nos ocupa, si el posible implicado era un servidor público, que realizaba gestión fiscal y no ostentaba la calidad de congresista para la época de los hechos, las conductas relacionadas con el ejercicio de sus funciones pueden continuar siendo de competencia de esa Contraloría Departamental.

De acuerdo con lo expuesto, si los hechos se dieron con anterioridad a la posesión como Representante a la Cámara, el fuero constitucional no podría tener efectos retroactivos, en procesos que se hayan adelantado o estén en curso y esa Contraloría puede continuar conociendo del proceso ya que la investidura como congresista sólo la adquirió hasta el 20 de julio de 2014.»

En atención con lo expuesto, es preciso concluir que al no existir norma especial que establezca la competencia en razón a la calidad del sujeto, deberán observarse en cada caso, los criterios contemplados del artículo 4 del Decreto 403 de 2020.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 “Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)

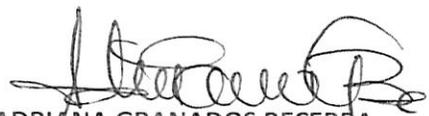
R

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

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

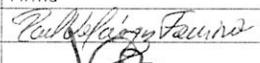
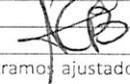
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 # 69-76, Ed. Elemento, Torre 4 (Agua), Pisos 17 y 18 Bogotá, Cundinamarca o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y pavelasquez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 437cf909, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



ADRIANA GRANADOS BECERRA
Directora Oficina Jurídica (E)

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira		05/09/2022
Revisado por:	Adriana Granados Becerra		05/09/2022
Aprobado por:	Adriana Granados Becerra		05/09/2022

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.