

Bogotá D. C,
110.

ANÓNIMO

Correo electrónico: femonperez@gmail.com

E. S. D

Referencia: Concepto 110.001.2024

SIA ATC No. 012023000950.

1. *Del proceso de Responsabilidad fiscal*
2. *De la gestión del decreto de medidas cautelares, al interior del proceso de responsabilidad fiscal.*

Respetado señor Anónimo,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 07 de diciembre del 2023, radicado bajo el SIA-ATC No. 012023000950 (Código interno 2101-202303026) en el que hace la siguiente consulta:

«(...) Solicito por favor emitir concepto ¿En un Proceso de Responsabilidad Fiscal se puede decretar una medida cautelar de embargo de un bien mueble o inmueble al Representante Legal de la empresa que está vinculada como Persona Jurídica? ¿Un empresa como persona jurídica vinculada como presunta responsable fiscal su representante legal le pueden embargar bienes muebles, inmuebles y cuentas bancarias personales?».

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 General de la República, **sin que por tal circunstancia, ésta indique que sea un 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).



Es pertinente aclarar que no es del resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías territoriales, teniendo en cuenta que estas funciones se encuentran en la Constitución y la Ley, y dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y podría estar viciando la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una función de la Oficina Jurídica «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»¹ los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate de la temática que se plantea, y permitan al consultante dilucidar la inquietud de análisis traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir un concepto jurídico consolidado de manera general y abstracta.

1. DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL:

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en la Ley 610 de 2000 «*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*» en los siguientes términos:

«**Artículo 1°** DEFINICIÓN: El proceso de responsabilidad fiscal es 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 en 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».

A su turno, el artículo 2 de la norma ídem, establece los principios bajo los cuales se orienta este proceso, así:

«**Artículo 2°** PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACCIÓN FISCAL: En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3



principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo»

Asimismo, el artículo 4 de la norma en cita, estableció el objeto de la responsabilidad fiscal, el cual se transcribe en los siguientes apartes:

«La responsabilidad fiscal 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.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal (...).

Ahora bien, el régimen de responsabilidad fiscal (Art. 5 Ley 610-2000), se estructura sobre tres (3) elementos integrales a saber: (i) Una conducta dolosa o culposa, atribuible a una persona que realiza gestión fiscal (ii) Un daño patrimonial al Estado y (iii) Un nexo causal entre la conducta y el daño patrimonial. Dicho lo anterior, le corresponde al operador jurídico en cada caso en particular analizar rigurosamente cada uno de los elementos de responsabilidad fiscal a fin de determinar si se encuentran dados los presupuestos exigidos por la norma para su materialización.

Por otro lado, tenemos que los particulares, en sentido amplio y general adquieren la calidad gestores fiscales en virtud de la ley, cuando ejercen funciones públicas temporalmente, o por medio del contrato estatal. En este último caso, se esclarece la existencia de gestión fiscal a la luz del objeto contractual y del alcance de las obligaciones o prerrogativas establecidas en cabeza del contratista. Tratándose de personas jurídicas, quien se obliga mediante el contrato es ella, no su representante legal como persona natural, en tanto es meramente un órgano de representación de la voluntad de aquella. Excepcionalmente, si el representante legal rebasa sus potestades estatutarias (o de ser el caso, el mandato recibido) y valiéndose de la gestión fiscal de la persona jurídica que representa, realiza actos que guardan conexidad próxima y necesaria para con la función gestora, y como resultado produce un daño al patrimonio del Estado, podría ser convocado a un proceso de responsabilidad fiscal.

2. DE LA GESTIÓN DEL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES, AL INTERIOR DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL:

Este Despacho considera pertinente establecer la definición del concepto de las medidas cautelares, desde la perspectiva jurisprudencial de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-379/04, donde se cita los siguientes apartes:

MEDIDAS CAUTELARES – Concepto /MEDIDAS CAUTELARES – Finalidad:

«Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien



acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (...).

MEDIDAS CAUTELARES - Sustento constitucional:

«Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio (...)

En materia de medidas cautelares tramitados por el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000), dicha normatividad especial dispuso que:

«**Artículo 10° POLICIA JUDICIAL:** Los servidores de las contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial.

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

(...)

3. Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, **inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado**, sin que al respecto les sea oponible reserva alguna.

4. **Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución.** (Negrillas fuera del texto)

«**ARTÍCULO 12° MEDIDAS CAUTELARES:** En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.



Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. **También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida**

PARAGRAFO. Cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios». (Negrillas fuera del texto)

«ARTÍCULO 41° REQUISITOS DEL AUTO DE APERTURA: El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

(...)

7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables». (Negrillas fuera del texto)

En relación con el proceso verbal de responsabilidad fiscal, dispone el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011² lo siguiente:

«ARTÍCULO 103° MEDIDAS CAUTELARES: En el auto de apertura e imputación, deberá ordenarse la investigación de bienes de las personas que aparezcan como posibles autores de los hechos que se están investigando y deberán expedirse de inmediato los requerimientos de información a las autoridades correspondientes.

Si los bienes fueron identificados en el proceso auditor, en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, se proferirá auto mediante el cual se decretarán las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un detrimento al patrimonio del Estado. Las medidas cautelares se ejecutarán antes de la notificación del auto que las decreta.

El auto que decreta medidas cautelares se notificará en estrados una vez se encuentren debidamente registradas y contra él sólo procederá el recurso de reposición, que deberá ser interpuesto, sustentado y resuelto en forma oral, en la audiencia en la que sea notificada la decisión.

² Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.



Las medidas cautelares estarán limitadas al valor estimado del daño al momento de su decreto. Cuando la medida cautelar recaiga sobre sumas líquidas de dinero, se podrá incrementar hasta en un cincuenta por ciento (50%) de dicho valor y de un ciento por ciento (100%) tratándose de otros bienes, límite que se tendrá en cuenta para cada uno de los presuntos responsables, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución.

Se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante la jurisdicción competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del valor integral del daño estimado y probado por quien decretó la medida». (Negrillas y subrayas fuera del texto)

En cuanto a la finalidad que persigue el órgano de control fiscal con el decreto de las medidas cautelares respecto de los bienes del presunto responsable fiscal, expresó la Corte Constitucional³ lo siguiente:

«(...) Durante el periodo que transcurre entre la iniciación de la investigación fiscal, la apertura del juicio fiscal y su conclusión, transcurre un espacio de tiempo durante el cual el investigado o imputado por la gestión fiscal irregular puede con miras a anular o impedir los efectos del fallo de responsabilidad fiscal variar la titularidad jurídica de sus bienes y caer maliciosamente en estado de insolvencia. El referido fallo sería ilusorio, si no se proveyeran las medidas necesarias para garantizar sus resultados, impidiendo la desaparición o la distracción de los bienes del sujeto obligado. Los fines superiores que persigue el juicio de responsabilidad fiscal, como es el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal, con la cual se atiende a la preservación del patrimonio público, la necesidad de asegurar el principio de moralidad en la gestión pública, e igualmente la garantía de la eficacia y la eficiencia de las decisiones que adopte la administración para deducir dicha responsabilidad, justifican la constitucionalidad de las medidas cautelares que autoriza la norma».

Sobre el tema particular, se pronunció la Contraloría General de la República -CGR-, en concepto CGR-OJ-071-2018, del que resulta pertinente citar el acápite de conclusiones:

«(...) De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que el operador jurídico como director del proceso de responsabilidad fiscal que conoce los antecedentes y por lo mismo puede determinar a los presuntos responsables fiscales, será el llamado a determinar la necesidad, oportunidad y justificación de decretar las medidas cautelares que procedan en los términos de ley con miras a salvaguardar el patrimonio público. Dichas medidas pueden ser impuestas en cualquier momento dentro del proceso de responsabilidad fiscal (Artículo 12 de la Ley 610 de 2000).

En el evento en el que se ordenen tales medidas siempre se debe velar por la protección del derecho al debido proceso, por la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, y por el respeto a los límites de inembargabilidad dados por la Constitución Política y por la ley.

³ Sentencia C-054 de 1997. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C., 6 de febrero de 1997.



En caso de que el decreto de las medidas cautelares obedezca a un acto temerario o de mala fe por parte de aquel que tiene la facultad para ordenarlas, con el cual se ocasione daño al presunto responsable, dará lugar a responsabilidad por parte del Estado quien repetirá contra aquel que las ordenó (...).

Con fundamento legal, jurisprudencial y doctrinal en lo preceptuado en este concepto, este Despacho concluye que es procedente en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal tramitados bajo el procedimientos ordinario y verbal, la gestión del decreto, practica y registro de medidas cautelares a que hubiere lugar sobre los bienes de titularidad del presunto responsable fiscal, de carácter precautorio y/o preventivo, es decir que: *«buscan prevenir o evitar que el investigado en el proceso de responsabilidad fiscal se insolvente con el fin de anular o impedir los efectos del fallo que se dicte dentro del mismo»*⁴. Mencionado lo anterior, dichas medidas cautelares se caracterizan por ser proporcionales, razonables y objetivas con miras a garantizar el cumplimiento de un eventual fallo con responsabilidad fiscal y de esta forma cumplir con el objeto del proceso de responsabilidad fiscal en lo atinente al resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, en términos de lo previsto en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) 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)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

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: Avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio:

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.



Elemento en la ciudad de Bogotá D.C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@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: **937916e2**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



ROQUE LUIS CONTRADO IMITOLA
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola
Aprobado por	Roque Luis Conrado Imitola

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.

