

110.009.2005.

Auditoría General de la República
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
Fecha: 25 ENERO 2005
Hora: 11:40
FIRMA

Bogotá. D. C. Enero 25 de 2005.

Doctora
Clara Eugenia López Obregón
Auditora General de la Nación.
Carrera 10 No. 17-18 . Piso 9.
Ciudad.

Referencia. Derecho de Petición.

Cordial saludo doctora Clara Eugenia.

Con fundamento en el Derecho Fundamental consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, comedidamente solicito a usted se sirva ordenar a quien corresponda, se me conteste en términos la siguiente petición de información:

- ¿ Las Contralorías Departamentales pueden ordenar el “ embargo preventivo y retención de la quinta parte que exceda del salario mínimo mensual legal vigente, primas, horas extras, vacaciones sobresueldos, bonificaciones y cualquier suma de dinero que como retribución de sus servicios, perciba un funcionario público ? , ¿ Con fundamento en qué norma?
- ¿ Qué término por ley le asiste a la Contraloría Departamental, para contestar una petición o solicitud de “ archivo “, previo el enumeramiento de las razones fácticas y jurídicas que soportan las mismas ? , Cuál es la normatividad que regula dicha situación ? , Qué recurso admita el auto que resuelva la petición en comento?.
- ¿ Qué acciones están previstas en la ley, para el caso de pretermisión de términos y abuso o extralimitación de funciones, por parte de funcionarios de la Contraloría Departamental que hayan incurrido o permitido las mismas ?

La anterior información requerida la solicito para ejercer mis derechos dentro de la investigación fiscal 119 , que al parecer en forma irregular por lo menos en la aplicación de medidas como las citadas , me adelanta la Contraloría Departamental del Amazonas (sin perjuicio de las pretensiones de fondo , las cuales se dilucidarán conforme al procedimiento y normatividad establecida para el efecto y contemplada en la ley 610 de 2000) y subsidiariamente para de manera eventual iniciar las acciones que en derecho correspondan por eventuales faltas disciplinarias o infracción de normas penales , si es que hay lugar para el efecto.

En todo caso y para mayor ilustración me permito adjuntar copia de los soportes documentales que configuran los temas planteados , así :

- a) Solicitud de embargo de fecha agosto 24 de 2004, dirigida al señor tesorero pagador del ICETEX (entidad donde laboro), por un funcionario de la Contraloría Departamental de Amazonas , y
- b) Solicitud de archivo del proceso de responsabilidad fiscal 119, en la que se detallan las inconsistencias alegadas, así como los soportes jurídicos de las mismas. (sobre la cual a la fecha el despacho de conocimiento no se ha pronunciado de manera alguna)

Igualmente la información solicitada, no está sujeta a reserva alguna . Para todos los efectos recibo comunicaciones y/o notificaciones en mi residencia ubicada en la transversal 30 # 144 - 28 . Apartamento 401. Interior 1. de esta ciudad.

Agradezco su gentil atención.

Cordialmente,

JAIRO ALFREDO MUÑO PRADA .
C. C . 19. 284. 037

Jairo Muñoz Prada
enero 25/2005

Bogotá, 24 de febrero de 2005

11/3/5 M.
11146451. 110.009.1005

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cte N.U.R. 100.00-3-25068 26/02/2005 04:49 E
Trámite: 465 - DERECHO DE PETICION DE INTERES GENERAL O
S-23526 Actividad: 07 RESPUESTA. Folios: 4. Anexos: 00
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: JAIRO ALFREDO MUÑOZ FRADA

Señor

Jairo Alfredo Muñoz Prada

Transversal 30 No.144-28 Apartamento 401 Interior 1
Bogotá D.C.

Referencia: NUR 100.00-3-25068/465/03

Señor Muñoz:

De manera atenta, se da respuesta a los interrogantes planteados en su escrito en referencia, no sin antes mencionar que los conceptos que expide esta oficina son de carácter general y abstracto, razón por la cual no se pronunciará sobre la particularidad del caso que dio origen a su consulta.

1.- En relación con el primer interrogante es pertinente recordar que, la ley 610 de 2000 regula el proceso de responsabilidad fiscal y en su artículo 12 establece:

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 resalta).

Como se observa, la disposición legal faculta a los funcionarios que conozcan de los procesos de responsabilidad fiscal para decretar medidas cautelares sobre los bienes del presunto responsable, sin hacer excepciones respecto del tipo de bienes que se pueden embargar, lo que significa que si la ley no distingue el operador tampoco puede hacerlo.

En este orden de ideas, el salario entendido como la suma de dinero que un funcionario público recibe como remuneración por la prestación de sus servicios personales, es un bien corporal fungible. A esta conclusión se llega armonizando lo dispuesto en los artículos 654 a 663 del Código civil, según los cuales, Bienes son cosas corporales o incorpóras; las cosas corporales son muebles o inmuebles; los muebles son fungibles o infungibles y las especies dinerarias, en cuanto perecen para el que las usa, son bienes fungibles. Las cosas incorpóras son meros derechos.

Ahora bien, el salario también es un derecho al tenor lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto Ley 2400 de 1968, el cual señala:

"Art. 7o.- *Los empleados tienen derecho: a percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley; ..."*

Siendo el salario un bien (ya se entienda como corporal o como incorpóral) del presunto responsable fiscal, el funcionario de la entidad de control fiscal que adelanta el proceso puede ordenar su embargo y secuestro en cualquier estado en que éste se encuentre, respetando eso si los parámetros señalados en el artículo 96 del Decreto 1848 de 1969, el cual dispone:

Art. 96.- *Embargabilidad parcial del salario. 1. Es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias que se deban conforme a lo dispuesto en el artículo 411 del Código Civil, lo mismo que para satisfacer las obligaciones impuestas por la ley para la protección de la mujer y de los hijos.*

*2. En los demás casos, **solamente es embargable la quinta parte de lo que exceda del valor del respectivo salario mínimo legal.** (Se resalta).*

2.- En cuanto al término legal para resolver solicitudes de archivo en procesos de responsabilidad fiscal, se encuentra que la Ley no prevé uno especial, en cambio señala unas oportunidades y unas condiciones para que éste proceda. Veamos:

- La ley 610 de 2000 en su artículo 16 establece:

"Cesación de la acción fiscal. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o

proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente."

- El artículo 39 de la misma ley indica:

"Indagación preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal."

- Los artículos 46 y 47 *ib idem* ordenan:

Artículo 46. *Decisión. Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso.*

Artículo 47. *Auto de archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.*

De las normas transcritas se infiere que el archivo procede siempre que **se encuentre probado:**

- Que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción; o
- Que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal; o
- La operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal; o
- Que el daño investigado ha sido resarcido totalmente

14.

También se concluye que, además de las oportunidades procesales en que el funcionario de conocimiento debe decidir si se archiva el expediente o se continua el trámite procesal, en cualquier estado del proceso el interesado puede solicitar su archivo; pero, no es suficiente con "enumerar las razones fácticas y jurídicas que soportan" la solicitud, sino que debe demostrar que concurre al menos una de las situaciones previstas en la ley como presupuestos para decretar el archivo del proceso de responsabilidad fiscal. Así las cosas, solo cuando el funcionario de conocimiento tenga certeza de la ocurrencia de una causal de archivo, o de la ausencia de éstas, puede decidir sobre la solicitud mencionada.

Teniendo en cuenta que la petición de archivo de proceso busca que se defina de fondo el mismo a través de la cesación del procedimiento, contra la decisión que lo niegue o que lo conceda proceden los recursos de reposición y apelación, de conformidad con la norma general contenida en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, las irregularidades en el desarrollo del proceso no son causales de archivo y para corregirlas la Ley consagra otros medios como la declaratoria de nulidad o la revocatoria directa.

3.- Con respecto a la inobservancia de términos procesales y el abuso o extralimitación de funciones, es de conocimiento general que estas conductas ejecutadas por un funcionario público podrían constituir falta disciplinaria y dar lugar al ejercicio de la acción correspondiente.

Resta puntualizar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el presente concepto no tiene carácter vinculante ni compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República.

Cordialmente,



AMPARO QUINTERO ARTURO
Directora de la Oficina Jurídica.