

CGR-OJ- 071 - 2018
80112 -

Contraloría General de la República :: SGD 29-05-2018 12:54
Al Contestar Cite Este No.: 2018IE0040423 Fol:4 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / IVAN DARIO GUAUQUE TORRES
DESTINO 80911-DESPACHO GERENTE DEPARTAMENTAL AMAZONAS / MARIA DOREIDE RAMIREZ
HERNANDEZ
ASUNTO CONCEPTO SOBRE DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES DESDE EL AUTO DE
OBS

Bogotá D.C.,

2018IE0040423



Doctora
MARIA DOREIDE RAMIREZ HERNANDEZ
Gerente Departamental (E)
Gerencia Departamental Colegiada del Amazonas
Contraloría General de la República
mariad.ramirez@contraloria.gov.co

Referencia: Radicado Interno: 2018IE0027872 del 13/04/18

Tema: DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE EL AUTO
DE APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD
FISCAL.

Problema jurídico: Se vulneran los derechos del presunto responsable cuando el
operador jurídico decreta medidas cautelares para aquel junto
con el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal?

Respetada doctora María Doreide:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la
comunicación citada en la referencia¹, la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente

La peticionaria, presenta el siguiente contexto:

Se decretó el embargo del salario como una medida simultánea a la expedición del auto de apertura, existiendo solo indicio en contra del presunto quien dice ser cabeza de familia y que de su salario depende su manutención y la de su núcleo familiar entre ellos menores de edad, por lo cual se verán vulnerados o amenazados los derechos de los infantes con tal medida. Salvamento de voto: la procedencia de la medida debe analizarse en cada caso bajo principios de proporcionalidad, equidad y justicia, porque puede no ser temeraria, pero si injusta. Se solicita concepto al respecto.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción."

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución² ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*³, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*⁶ y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*⁷.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Esta Oficina se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el tema de las medidas cautelares, entre otros, está el Concepto 080 de 2016, y puntualmente sobre los límites de inembargabilidad, se encuentran los Conceptos Nos.175 y 177 de 2017, los

² Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁸ Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

cuales puede consultar a través del aplicativo institucional de Normatividad y Relatoría.

4. Consideraciones jurídicas

Hecha la salvedad en el sentido de advertir que esta Oficina no se pronuncia sobre casos particulares y con mayor razón tratándose de procesos de responsabilidad fiscal que estén en curso en aras de garantizar la imparcialidad e independencia del operador jurídico que dirige aquellos, se procede a dar algunas orientaciones con apoyo en la normatividad y la jurisprudencia para el pertinente decreto de las medidas cautelares al momento de proferirse auto de apertura.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 610 de 2000, en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se pueden decretar las medidas cautelares pertinentes sobre los bienes del presunto responsable debiendo responder el operador jurídico por los perjuicios que se puedan ocasionar si ha obrado con temeridad o mala fe al decretarlas, extendiéndose hasta terminar el proceso de cobro coactivo si hubo fallo con responsabilidad fiscal, ya que deberá ordenarse el desembargo si se profiere auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal.

El afectado con la medida podrá pedir el desembargo si ha constituido 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.

El numeral 7 del artículo 41 de la precitada ley, dispone el decreto de medidas cautelares dentro del auto de apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal.

En el proceso verbal de responsabilidad fiscal, el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011, dispone que dentro del auto de apertura e imputación debe ordenarse investigar los bienes de los presuntos responsables y hacer los requerimientos a las autoridades que corresponda. Si desde el proceso auditor estaban identificados los bienes se profiere auto decretando las medidas junto con el auto de apertura e imputación. Contra aquel procede recurso de reposición. Al igual que en el proceso ordinario, el afectado puede solicitar el desembargo en cualquier momento si constituyó la correspondiente garantía.

En relación con el hecho de que el operador jurídico deberá responder cuando obre con temeridad o mala fe al momento de decretar las medidas cautelares, la jurisprudencia⁹, ha señalado lo siguiente:

“En el evento de que dentro del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente decreta medidas cautelares que por su misma desproporción acusen irregularidades que fueron conocidas por él, y que pese a las mismas expidió el acto quebrantador de derechos patrimoniales del procesado, manifiesta será la mala fe

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 840. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., 9 de agosto de dos 2001.

con que actuó en tanto tuvo conocimiento y voluntad para producir el acto generador del daño antijurídico.

Consecuentemente, cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Estado debe responder primeramente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél. (...).

De ahí que no le asista razón al demandante cuando afirma que el decreto de las medidas cautelares se establece como una consecuencia inmediata del auto de apertura, pues el mismo artículo aclara, a renglón seguido, que se impondrán aquellas “a que hubiere lugar”, dando a entender que éstas sólo se decretarán en dicho auto cuando procedan y no de manera forzosa, como parece entenderlo el actor. En cualquier caso, no sobra advertir que en todos los actos y trámites del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente deberá observar rigurosamente los dictados del debido proceso y de la prevalencia de lo sustancial sobre las formas.

Obviamente, cuando la medida de cautela es ilegal pueden ocasionarse perjuicios, cuyo resarcimiento es posible demandar por el afectado”.

En relación con la finalidad que se persigue con el decreto de las medidas cautelares, la Sentencia C - 054 de 1997, dispone lo siguiente:

“En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. (...).

Si bien la ocurrencia de una situación de hecho o de derecho determina el ejercicio de la medida cautelar, cabe advertir que la razón de ser de ésta no está necesariamente sustentada sobre la validez de la situación que la justifica. De manera que el título de recaudo, por ejemplo, puede ser cuestionable y esa circunstancia no influye sobre la viabilidad procesal de la cautela si se decretó con arreglo a la norma que la autoriza. Es por esta circunstancia particular que no puede aducirse que la cautela siempre conduzca a violentar o desconocer los derechos del sujeto afectado con la medida. (...).

No sobra destacar, finalmente, que las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aun cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo. (...).

El 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”¹⁰.

¹⁰Corte Constitucional. Sentencia C-054. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C., 6 de febrero de 1997.

Puntualmente, sobre la justificación de las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal, la Sentencia C - 840 de 2001, dispuso lo siguiente:

“Las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal se justifican en virtud de la finalidad perseguida por dicho proceso, esto es, la preservación del patrimonio público mediante el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal.

En efecto, estas medidas tienen un carácter precautorio, es decir, 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. (...). Las medidas cautelares son pues, **independientes** de la decisión de condena o de exoneración que recaiga sobre el investigado como presunto responsable del mal manejo de bienes o recursos públicos. Pretender que éstas sean impuestas solamente cuando se tenga certeza sobre la responsabilidad del procesado carece de sentido, pues se desnaturaliza su carácter preventivo, teniendo en cuenta que ellas buscan, precisamente, garantizar la finalidad del proceso, esto es, el resarcimiento. En esta perspectiva las medidas cautelares pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, habida consideración de las pruebas que obren sobre autoría del implicado, siendo la primera oportunidad legal para el efecto la correspondiente a la fecha de expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. No antes.

Sobre la oportunidad para el decreto de las medidas cautelares, prosigue la Corte Constitucional, en su pronunciamiento:

“En consonancia con la Constitución y la ley 610 el artículo 41 exhibe una gran pertinencia y una plena justificación. Pues a todas luces resulta evidente que para una mejor garantía de los efectos resarcitorios las medidas cautelares no pueden dejarse para último momento, ni condicionarse a la previa determinación de responsabilidad fiscal del servidor público o del particular con poderes de gestión fiscal. Lo cual no releva a las contralorías de sus deberes frente al principio de la necesidad de la prueba, y llegado el caso, de adelantar la indagación preliminar que amerite la falta de certeza prevista en el artículo 39 de la ley 610.

Más aún, el carácter preventivo de las medidas cautelares es lo que determina que su aplicación efectiva se realice con anterioridad a la fecha de notificación del auto de apertura a los presuntos responsables. Sin que esto constituya óbice para que en cualquier momento del proceso puedan decretarse medidas cautelares sobre los bienes o rentas de la persona presuntamente responsable de haber causado un daño al patrimonio público, tal como lo establece el artículo 12 de la ley cuestionada. Medidas éstas que habrán de extenderse con fuerza vinculante hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Sin perjuicio de la opción de desembargo que el artículo 12 contempla bajo ciertos requisitos y condiciones”.

Finalmente, debe el operador jurídico respetar los límites de inembargabilidad que trae la Constitución y la ley, por vía de ejemplo, se encuentra el listado enunciativo que trae el artículo 594 del Código General del Proceso, al cual es posible remitirse por el artículo 66 de la Ley 610 de 2000.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la protección del mínimo vital, definido por la Corte Constitucional¹¹, como:

“La porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional. Es decir, la garantía mínima de vida”.

En garantía de esta prestación para el trabajador, la Corte Constitucional en la Sentencia C-710 de 1996, declaró la exequibilidad del artículo 155 del C.S.T., sobre la posibilidad de embargar la quinta parte del s.m.l.m.v., por considerar que:

“El salario, entendido como la retribución que recibe el trabajador por el trabajo o servicio prestado, está protegido contra toda clase de embargo o cesión, en aquella proporción que se considera necesaria para el mantenimiento del trabajador y su familia (artículo 10.2 del Convenio 95 relativo a la protección de salario, 1949, aprobado por ley 54 de 1962). (...) Así entendido, es esta parte del salario la que no puede embargarse en ninguna proporción. Por tanto, la norma acusada es del todo ajustada a la Constitución, no sólo en lo que hace al artículo 53, el cual garantiza una remuneración mínima, vital y móvil (salario mínimo), sino en relación con el artículo 42, pues la protección del salario no sólo se erige como una garantía para el trabajador, sino para su núcleo familiar”.

Si bien en éste pronunciamiento el tribunal constitucional parece asimilar el salario mínimo con el mínimo vital del trabajador, en otros pronunciamientos ha considerado que:

“...aunque el mínimo vital se componga inevitablemente de aspectos económicos, no puede ser entendido bajo una noción netamente monetaria. No se protege solo con un ingreso económico mensual (...). Esta tesis ha sido resaltada por esta Corte en diferentes oportunidades, cuando ha sostenido que el derecho al mínimo vital no es una garantía cuantitativa sino cualitativa. Eso significa que aunque los ingresos de una persona funcionan como un criterio para analizar la vulneración del derecho, su protección va mucho más allá.

Por estas razones, la Corte ha establecido que a pesar de su estrecha relación, salario mínimo no es igual a mínimo vital. En efecto, existen situaciones en las que proteger el salario mínimo de una persona no necesariamente garantiza las condiciones básicas sin las cuales un individuo no podría vivir dignamente”.¹²

En consecuencia, en materia de embargo de salarios en los procesos de responsabilidad fiscal, el operador jurídico deberá tener precaución de no afectar con la medida cautelar el mínimo vital del presunto responsable.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-995 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹² Corte Constitucional. Sentencias T-084 de 2007 y T-891 de 2013.

5. 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.

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.

Cordialmente,



IVÁN DARÍO GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Erika Cure 
Revisó: Néstor Iván Arias Afanador 
Radicado: 2018IE0027872
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos