

,30 de mayo de 1994.

Licenciado
JOSE CHEN BARRIA.
Contralor General de
la República.
E. S. D.

Señor Contralor Chen Barria:

Nos permitimos ofrecer contestación a su oficio No. 2856-LEG, de 20 de mayo de 1994, en el cual se nos plantea la siguiente consulta.

"En atención a lo establecido en el Artículo 217 de la Constitución Nacional, nos permitimos solicitar su valioso criterio respecto a la viabilidad o no, de que al Representante y Presidente de la Junta Comunal de Río Abajo, Concejal PEDRO VEGA TORRES pueda confiársele la administración de los bienes de la mencionada entidad, cuando está siendo objeto de un proceso penal por supuesto delito de Peculado.

Asimismo, si es viable nombrar al Vicepresidente de la Junta Comunal el cual fue elegido por este funcionario, para que administre los fondos, dado que existe impedimento para que a quien se le sigue causa penal sea Agente de Manejo, tal cual lo disponen los Artículos 1088 y siguientes del Código Fiscal.

En caso de que sea nombrado el Vicepresidente en sustitución del Presidente, si es procedente afectar el control previo con la intervención de nuestros Auditores, pues es

facultad de la Contraloría General establecer los casos en que efectuará tal control.

De no proceder lo anterior, si debe continuar ejerciendo sus funciones la anterior Junta Directiva o puede nombrarse una diferente, a efecto de resolver prontamente la incapacidad administrativa que confronta la Junta Comunal de Río Abajo."

Hemos revisado la documentación adjunta que contiene opinión del Departamento Legal de su despacho, en la que se hacen consideraciones sobre la aplicación de determinados artículos en el caso bajo examen, de los cuales nos ocupamos en razón de las explicaciones ofrecidas por ese departamento. En primer término, debemos hacer alusión al Artículo 22 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, subrogado por el Artículo 7º de la Ley No. 52 de 12 de diciembre de 1984, que a su vez fue modificado por el Artículo 6 del Decreto Ley No. 21 de 21 de noviembre de 1989, posteriormente declarado inconstitucional mediante sentencia emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 8 de mayo de 1992.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en el principio de "revivencia" de la Ley, en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de aquella que la modifica o subroga, con lo cual le retorna la vigencia y aplicabilidad de la Ley que fue modificada por el Artículo declarado inconstitucional. En razón de ello, el Artículo 22 de la Ley 106 de 1973 que había sido subrogado por el No. 7 de la Ley 52 de 1984, recobra su rigor jurídico y vuelve al mundo de la legalidad en virtud de que se entiende que la modificación al ser declarada contraria a la Constitución, era violatoria desde el momento mismo de su emisión y por tanto es a partir de su fecha que resulta inconstitucional.

Conforme a este principio, no podemos atender el Art. 6 del Decreto Ley 21 de 1989 por haber perdido total

vigencia, no obstante el Artículo 22 de la Ley 106 de 1973, recobra su aplicabilidad en virtud de haber revivido mediante la inconstitucionalidad declarada contra la disposición que lo modificaba. Por ello, es el texto del Artículo 22 de la Ley 106, subrogado por el No. 7 de la Ley 52 de 1984, el que debe aplicarse y su texto es del tenor siguiente:

"ARTICULO 22. Los Concejales no son legalmente responsables por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo y merecen consideración y respeto por parte de las autoridades civiles y militares, y no podrán ser detenidos sino mediante orden escrita de un funcionario competente del Organó Judicial. Deberán ser suspendidos por el mismo Concejo cuando el miembro culpable sea sancionado con pena privativa de la libertad y por la autoridad competente siempre que la sentencia en que se impuso la pena esté ejecutoriada."

Nos merece un comentario adicional el Artículo 22 de la Ley 50 de 1973, que se refiere al procedimiento existente antes de la Reforma Constitucional de 1983, para el levantamiento de la inmunidad a los Representantes de Corregimientos acusados de delitos o faltas, correspondiendo al Consejo Provincial de Coordinación atender la solicitud de la autoridad competente para juzgarlos o investigarlos en relación con la suspensión de la inmunidad de que gozaban. Es el hecho de que a partir del Acto Legislativo de 1983, que incluyó sustanciales reformas al régimen municipal a nivel constitucional, desapareció la inmunidad que protegía a los Representantes de Corregimientos, con la cual subordinaba su juzgamiento y persecución por delitos cometidos por ellos, a la aprobación de la solicitud del levantamiento de inmunidad por el Consejo Provincial de Coordinación. En la actualidad esa atribución fue sustraída y en virtud de la inexistencia de la inmunidad, debe atenderse lo establecido en el Artículo 22 de la Ley 106 transcrito, que autoriza al funcionario

competente para juzgarlos del Organo Judicial, para emitir la orden de detención en su contra cuando proceda.

Su consulta plantea sin embargo, una situación que merece un análisis mas profundo por su incidencia en el manejo de otros aspectos de la vida jurídico-política municipal, con repercusión en los asuntos económicos-financieros bajo la atención de las Juntas Comunales.

En efecto, desde el punto de vista jurídico resalta la necesidad de considerar si el hecho de que la Honorable Corte Suprema de Justicia haya declarado ilegal la detención, esa resolución tiene incidencia en la suspensión en el ejercicio del cargo de Representante de Corregimiento. En otros términos, si el Recurso de Habeas Corpus está instituido para dirimir judicialmente la legalidad de la detención únicamente, tal como lo preceptúa el Artículo 23 de la Constitución Nacional, nuestro criterio es que a pesar de la declaratoria de ilegalidad de la detención, tal pronunciamiento no invalida en forma alguna el resto de la actuación judicial incoada contra el acusado, incluyendo la suspensión en el ejercicio del cargo, cuando la naturaleza del delito no solo habría ameritado la separación del cargo al tenor de lo que establece el Artículo 2160 del Código Judicial, sino también la detención que decretara en el caso que nos ocupa, el Tribunal competente para juzgarlo.

Consideramos entonces, que mientras la disposición judicial que ordena la separación del cargo no se modifique, o se impugne para que se decrete su ilegalidad, debe considerarse vigente y debe cumplirse igualmente. Tenemos entendido que el Tribunal de la causa no ha revocado dicha orden que pudo estar contenida en la misma diligencia que ordenó la detención, no obstante el fallo de la Corte Suprema de Justicia en materia del Habeas Corpus propuesto, no podría jurídicamente entrar a cuestionar la legalidad de la separación del cargo, ya que ésta no es materia del recurso y para ello existen otros medios de impugnación que podría hacer valer el acusado.

Desde el punto de vista político nos encontramos frente a la representación de Corregimiento, cuestionada

ante el juzgamiento del titular, su separación del cargo por la autoridad Judicial, su reintegro al seno del Consejo Municipal y en consecuencia a la Administración de la Junta Comunal con todas sus prerrogativas, ventajas y riesgos.

En lo relativo al asunto económico-financiero entran otros aspectos cuya consideración es inevitable. La Contraloría General de la República ha sido instituida como el ente oficial que fiscaliza la administración, manejo y disposición de fondos y bienes públicos, y se le dota de la facultad suficiente para solicitar la suspensión del agente o empleado del manejo a quien corresponda, y la autoridad correspondiente debe acatar tal solicitud por el período que resulte necesario. Tal petición debe estar razonadamente fundada, explicando las causas y antecedentes que ameritan tal diligencia. La fuerza coercitiva de que está investida la Contraloría para dar cumplimiento a ésta facultad le concede el derecho de suspender el pago de salarios, remuneraciones o asignaciones de cualquier clase que el Estado o cualquier entidad pública deba hacer a favor del agente o empleado de manejo o de otro funcionario o persona que se encuentre involucrada en irregularidades descubiertas y se le instruye para que adopte cualquier otra medida precautoria sobre bienes o fondos de tales personas o funcionarios, a fin de proteger los intereses públicos.

Nos encontramos entonces en una causa diferente a la estrictamente penal, que puede ser invocada por funcionario no judicial para lograr la separación o suspensión de cualquier funcionario que maneje o administre fondos o bienes públicos, en aras de garantizar o preservar el interés público. No hay a nuestro juicio contradicción o incompatibilidad entre el Artículo 2160 del Código Judicial y el Artículo 29 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1934 que dice:

"Artículo 2160. Cuando contra algún empleado público exista mérito para ordenar su detención, el funcionario de instrucción o el Tribunal del conocimiento, en la misma diligencia de detención, también decretará la

suspensión del ejercicio del cargo público que desempeña y la comunicará a la autoridad nominadora, salvo que la ley disponga otra cosa."

- - - 0 - - -

"Artículo 29.- Cuando la Contraloría descubra irregularidades graves en el manejo de los bienes y fondos públicos que, a su juicio, ameriten la suspensión del agente o empleado de manejo, así lo solicitará a quien corresponda y así deberá ordenarse por el período que resulte necesario. En este caso la Contraloría deberá exponer las razones en que fundamenta su petición.

Quando las circunstancias lo ameriten, la Contraloría podrá suspender el pago de salarios, remuneraciones o asignaciones de cualquier clase que el Estado o cualquier entidad pública deba hacer a favor del agente o empleado de manejo o de otro funcionario o persona que se encuentre involucrada en las irregularidades descubiertas y adoptará cualquier otra medida precautoria sobre bienes o fondos de tales personas o funcionarios, a fin de proteger los intereses públicos.

Quando sea del caso, la Contraloría General dispondrá lo pertinente para que se inicie el correspondiente juicio de cuentas y para que se abra la investigación sumarial de rigor."

La protección del interés público frente a manejos irregulares y a la administración ilegal de los fondos y bienes públicos es una misión que tiene que cumplir la

Contraloría General de la República y es esa su razón de ser tal como lo establece el Artículo 1º de la Ley 32 de 1984, al indicar que "La Contraloría General de la República es un organismo estatal independiente, de carácter técnico, cuya misión es fiscalizar, regular, y controlar los movimientos de los fondos y bienes públicos...", y en el Artículo 2º de la misma Ley se establece que: La acción de la Contraloría General se ejerce sobre todas las personas y organismos que tengan a su cargo la custodia o el manejo de fondos o bienes del Estado, de los Municipios, Juntas Comunales, Empresas Estatales, Entidades Autónomas y Semi-Autónomas, en el país o en el extranjero."

La concordancia entre los artículos arriba indicados y el Artículo 29 ya transcrito del mismo cuerpo legal, dan asidero a la adopción por parte del despacho a su cargo, de las medidas previstas en la Ley incluyendo la solicitud de separación del cargo de los funcionarios alcanzados en sus cuentas, cuando de su manejo resulten irregularidades que comprometan la conducta de dicho funcionario. Por ello, si los Representantes de Corregimiento se constituyen en Agentes de manejo de fondos públicos pertenecientes a la Juntas Comunales, en virtud de lo establecido en el Artículo 24 de la Ley 105 de 8 de octubre de 1973, que dice, "Los fondos de las Juntas Comunales deberán depositarse en Bancos oficiales, excepto cuando el beneficio del crédito haya sido obtenido en otros bancos.

Podrán girar contra tales fondos, el Presidente de la Junta quien es su Representante LEGAL y El Tesorero de la misma."

En virtud de ello le es aplicable el Artículo 1088 del Código Fiscal, que impide el ejercicio como empleado de manejo a quien haya sido alcanzado en sus cuentas, aunque se hubiese eximido de esa responsabilidad.

Por todo lo anterior Sr. Contralor, hemos dado las indicaciones de las normas que le permiten no solo solicitar la suspensión del cargo al funcionario de manejo cuyas cuentas revelan irregularidades, sino

también las que le autorizan para adoptar las medidas que hagan efectiva la solicitud en tal sentido.

Sin otro particular me reitero del Sr. Contralor su,

Atento Servidor,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

19/ichdef.