

CGR-OJ- - - - **002** - 2019
80112 -

Bogotá D.C.,

Contraloría General de la República :: SGD 09-01-2019 15:13
Al Contestar Cite Este No.: 2019IE0000959 Fol:3 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / JULIAN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
DESTINO 80471-DESPACHO GERENTE DEPARTAMENTAL MAGDALENA/ NIRMA ANYENIR CHICRE
DE NOGUERA
ASUNTO CONCEPTO SOBRE DOBLE ASIGNACIÓN
OBS

2019IE0000959



Doctora
NIRMA CHICRE DE NOGUERA
Contralora Provincial
Gerencia Departamental Colegiada del Magdalena
Contraloría General de la República
nirma.chicre@contraloria.gov.co

Referencia: Radicado Interno: 2018IE0090688 del 21/11/18
Tema: DOBLE ASIGNACIÓN PROVENIENTE DEL TESORO PÚBLICO. Daño patrimonial al Estado. Proceso Administrativo de la Contraloría General de la República - Resoluciones Orgánicas Nos. Nos.5586 de 2004 y 5681 de 2005. Caducidad para imponer la sanción.

Respetada doctora Chicre,

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

1. Antecedentes

Contexto presentado por la peticionaria: Un Juzgado falló una acción de nulidad y restablecimiento del derecho a favor del demandante declarando la no solución de continuidad en la prestación de sus servicios aun cuando durante su vacancia desempeñó cargos en la rama judicial, declaró que no hay lugar a descuento de suma alguna por concepto de lo percibido por el demandante en ejercicio de otro empleo público, durante el lapso que abarca la condena.

Mediante denuncia presentada ante la Gerencia Departamental Colegiada del Magdalena, el denunciante, manifiesta un posible hecho o conducta irregular por el mal uso de los dineros públicos del orden nacional y violación al artículo 128 de la constitución Política, ya que la dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, mediante resolución 7648 del 14 de diciembre de 2017, le reconoce a quien demandó pagar la suma de \$369.662509 (sic), sin descontarle los periodos en que prestó los servicios como funcionario de la rama judicial.

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".

Pregunta: Esta situación, genera o no un daño al patrimonio de Estado?, o es susceptible de inicio de un proceso administrativo por doble asignación del tesoro público?

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).

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.

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Esta Oficina, no se ha pronunciado puntualmente sobre el tema materia de estudio. Si desea consultar otros aspectos relacionados con la doble asignación del Tesoro Público, se encuentran, entre otros, los Conceptos Nos.156, 171, 186 y 247 de 2016.

4. Consideraciones jurídicas

Problema jurídico: Cuando en una sentencia judicial que ordena el restablecimiento de un derecho laboral, no se ordena descontar el valor de los salarios y prestaciones sociales devengados en otro empleo público, ¿se produce un daño patrimonial al Estado? Y esa situación, ¿da lugar al inicio de un proceso administrativo por doble asignación proveniente del tesoro público?

Sea lo primero señalar que de la revisión de la Resolución No.7648 del 14 de diciembre de 2017, objeto de la denuncia formulada ante la Gerencia, claramente se evidencia que constituye un acto administrativo por medio del cual la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, da cumplimiento a la sentencia proferida por la autoridad judicial y no es competencia de la Contraloría General de la República, controvertir las decisiones adoptadas en sede judicial.

Por lo anterior, el análisis recaerá sobre el hecho de si la doble asignación genera un daño al patrimonio del Estado, para lo cual resulta pertinente recurrir al pronunciamiento del Consejo de Estado, donde señala expresamente cómo el hecho de contravenir lo dispuesto en el artículo 128 Constitucional, supone un manejo inadecuado de los recursos públicos.

"En efecto, la función de control fiscal, de manera expresa, ha sido concebida en la Constitución de 1991 "como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración o eventualmente de los particulares.

Así, a las contralorías les compete, entre otras atribuciones, verificar si los recursos públicos se han invertido, gastado, en fin, ejecutado, con sujeción a las normas legales preexistentes, lo cual no ocurre cuando se viola el artículo 128 de la Carta, de manera que la facultad asignada por el legislador extraordinario a la Contraloría General de la República en el artículo 10 del Decreto 1713 de 1960, no es ajena ni opuesta a la función fiscalizadora atribuida por la Constitución Política a tales organismos de control. Esta función persigue proteger el erario de la recepción indebida de los recursos públicos, parte esencial de la gestión fiscal pues, como lo afirma la Corte Constitucional, esta alude a la administración o manejo de los bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. En fin el artículo 10 en referencia constituye un elemento legal de vital importancia para resguardar el Tesoro Público.

(...) Así las cosas, se está frente a una función pública, inherente al objetivo propio de la entidad, pues se enmarca dentro del concepto de fiscalización, que tiene su fundamento en la protección del Tesoro Público –asunto de evidente interés general, es decir, de los recursos del erario –integrado por los bienes o fondos públicos, los cuales es necesario controlar y vigilar en su correcta utilización y disposición, que se materializa, entre otros casos, impidiendo el reconocimiento, pago y percepción de sueldos, asignaciones u otros emolumentos en contravención de una prohibición constitucional. Por tanto, la función contenida en el artículo 10 no contradice el orden constitucional vigente, sino que en el se subsume por ser propia del objetivo y misión de las contralorías”⁹.

Dicha jurisprudencia guarda consonancia con la definición que trae el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, de daño patrimonial. Reza la norma:

“Artículo 6. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”. (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007).

Ahora bien en relación con el proceso administrativo que adelanta la Contraloría General de la República, por recibir más de una asignación proveniente del Tesoro Público, reintegro de las sumas percibidas y funcionarios competentes para su conocimiento y ejecución, es pertinente hacer alusión al Concepto 186 de 2016, con radicado 2016EE0128158 de 2016, el cual encuentra su sustento en la normatividad vigente aplicable a dicha situación.

“El artículo 128 de la Constitución Política señala: “Nadie podrá desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” El artículo 268 de la Constitución Política indica que “El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

13. Las demás que señale la ley (..) ”

El Decreto Ley 1713 del 18 de julio de 1960, sobre excepciones a las incompatibilidades del artículo 64 de la Constitución Nacional de 1886, hoy artículo 128 de la Constitución Política establece:

“Artículo 10: Facultase al Contralor General de la República para que, por medio de resolución, ordene el reintegro, a favor de la Nación, de las sumas que se perciban con violación de los límites fijados en el presente Decreto; las resoluciones que se dicten en estos casos, una vez agotados los recursos legales para hacer tránsito a la cosa juzgada,

⁹ Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Radicado 1.403 del 30 de mayo de 2002. M. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

constituyen título ejecutivo a favor de la Nación, y se hará efectivo ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Artículo 11: El Contralor General de la República, como suprema autoridad fiscal de la Nación, queda facultado, igualmente, para prescribir lo concerniente a la vigilancia y cumplimiento de las disposiciones de este Decreto."

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto¹⁰ se refiere a la vigencia del Decreto Ley 1713 de 1960, así:

En desarrollo de la preceptiva constitucional y legal expedida con posterioridad al decreto 1713 de 1960 permite concluir a la Sala que el artículo 10 conserva plena vigencia pues no ha sido derogado, expresa ni implícitamente, no resulta contrario a la normatividad de la Constitución de 1991 y no ha sido declarado inexecutable".

(...) Por su parte, el título X, capítulo 1, de la Carta regula lo relativo a la Contraloría General de la República. El artículo 268 establece las atribuciones del Contralor, dentro de las cuales no está señalada expresamente la contenida en el artículo 10 del Decreto 1713 de 196, sin embargo, el numeral 13 de la citada norma constitucional contempla que le corresponde, ejercer las demás atribuciones que señale la ley, remisión que comprende la facultad de ordenar el reintegro de las sumas percibidas con violación de los límites establecidos en las normas referidas.

Es así como el trámite para ordenar el reintegro de sumas en favor de la Nación, por violación del artículo 128 Constitucional lo adelanta la Contraloría General de la República con fundamento en la Resolución Orgánica 5586 de 2004¹¹ y la Resolución Orgánica 5708 de 2006 por la cual se adopta como instrumento metodológico actualizado la "Guía manual para el ejercicio de la facultad del Contralor General de la República para ordenar el reintegro de sumas a favor de la Nación por recibir más de una asignación del Tesoro Público Versión 2.0".

Cabe precisar que la Resolución Orgánica No.5586 de 2004, fue modificada mediante Resolución Orgánica No.5681 de 2005 en el sentido de delegar la competencia por parte del Contralor General a la Oficina Jurídica para ordenar el reintegro de las sumas percibidas producto de una doble asignación proveniente del Tesoro Público, o para el archivo del proceso, sin alterar de manera alguna lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2 de la Resolución Orgánica No.5586 de 2004, en cuanto a la sustanciación e impulso del procedimiento administrativo.

Adicionalmente, otro aspecto a tener en cuenta consistirá en determinar si tuvo lugar el fenómeno jurídico de la caducidad en los términos del artículo 15 de la Resolución Orgánica 5586 de 2004, "por la cual se establece el trámite en la Contraloría General de la República del proceso por recibir más de una asignación proveniente del Tesoro Público, reintegro de las sumas percibidas y funcionarios competentes para su conocimiento y ejecución", que a la letra dice:

"Artículo 15. Caducidad. La facultad para ordenar el reintegro de sumas en favor del Tesoro Público caduca a los tres (3) años de producido el acto que genera la infracción constitucional de que trata la presente resolución, según lo establecido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo".

¹⁰ Radicado 1.403 del 30 de mayo de 2002. M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹¹ Derogada parcialmente por la Resolución Orgánica 5628 de 2004.

La norma en cita fue incorporada en la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, cuyo artículo 52, consagra lo siguiente:

"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

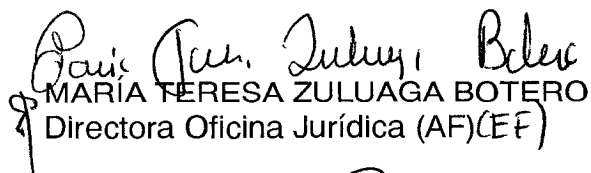
Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

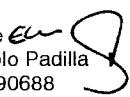
La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria".

5. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que cuando se percibe más de una asignación del tesoro público como contraprestación por desempeñar de manera simultánea más de un empleo público, sin estar dentro de las excepciones previstas por la ley, puede ocasionarse un daño patrimonial al Estado, y en tal caso sería procedente el inicio de un proceso administrativo por doble asignación proveniente del tesoro público por parte de la Contraloría General de la República, regulado por las Resoluciones Orgánicas Nos.5586 de 2004 y 5708 de 2006, previo análisis del acaecimiento del fenómeno jurídico de la caducidad. Cabe precisar que, cuando el daño al patrimonio del Estado sea consecuencia de la gestión fiscal, el proceso a seguir será el de responsabilidad fiscal, regulado en la Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011.

Cordialmente,


MARÍA TERESA ZULUAGA BOTERO
Directora Oficina Jurídica (AF)(EF)

Proyectó: Erika Cure 
Revisó: Pedro Pablo Padilla
Radicado: 20181E0090688
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos