

CGR-OJ- 129 -2018
80112 -

Bogotá, D.C.

Contraloría General de la República :: SGD 07-49-2018 18:35
Al Contestar Cite Este No.: 2018IE0067975 Folio Anex:0 F.A.0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / IVAN DARIO GUALQUE TORRES
DESTINO 80052-GRUPO DE VIGILANCIA FISCAL DE ANTIOQUIA / MARTHA ELENA VILLALBA
GONZALEZ
ASUNTO CONCEPTO
OBS

2018IE0067975



Doctora
MARTHA ELENA VILLALBA GONZALEZ
Gerencia Departamental Colegiada de Antioquía
Medellín, Antioquia

Referencia: Respuesta al radicado No. 2018ER0075476
Tema: Proceso Administrativo Sancionatorio en la Ley 42 de 1993.-
Sujeto Sancionable.- Tasación de la sanción.- Proceso administrativo
sancionatorio en la Ley 1474 de 2011.- Tasación del valor de la multa
a particulares.

Respetada doctora Martha Elena:

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

Señala Usted en su comunicación que una vez revisado el concepto jurídico N°. 2016EE0067263 de 26 de junio de 2016, proferido por esta Oficina Jurídica, cuyo tema es la tasación de la multa en el Proceso Administrativo Sancionatorio Fiscal, le surge una inquietud en relación con un proceso en el cual no ha sido posible que se certifique el salario devengado por el implicado, no obstante haber realizado todas las diligencias pertinentes.

En tal sentido, requiere se le indique las acciones a adelantar cuando no se conoce el salario del sujeto a sancionar.

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

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

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."

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 “la 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.

Finalmente se aclara que no todos los conceptos de esta Oficina Jurídica implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Artículo 43, numeral 16⁸ del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo 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

La Oficina Jurídica de la CGR se pronunció mediante concepto radicado con el número 2016EE0067263 de 26 de junio de 2016, en el cual se indicó que para efectos de la tasación de la multa, se deberá solicitar a la entidad estatal una certificación a la dependencia competente a la cual pertenece o perteneció el implicado, en la cual se deberá cuantificar el salario mensual devengado, de acuerdo a los factores que constituyen el mismo.

² Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

³ art. 43, numeral 4 del Decreto ley 267 de 2000.

⁴ art. 43, numeral 5 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.

Ahora bien, de no conocerse por parte de la Contraloría el salario devengado por el sujeto a sancionar, el ente de control deberá agotar todos los mecanismos legales para obtener esa información. De no haberse demostrado en el expediente el salario devengado por el implicado, no será procedente la imposición de la sanción de multa, por inexistencia de la base sobre la cual se debe tasar

Consideraciones jurídicas

4.1. Problema jurídico

¿En el Proceso Administrativo Sancionatorio, al no poderse demostrar el salario devengado por el implicado, es procedente la imposición de la sanción de multa?

4.2. Proceso administrativo sancionatorio en la Ley 42 de 1993.

La facultad sancionatoria fue atribuida al Contralor General de República en el artículo 268, numeral 5, de la Constitución Política. En desarrollo del mandato constitucional, la Ley 42 de 1993, en los artículos 99, y s.s. le confirió a los contralores precisas facultades para imponer sanciones en forma directa o para solicitar al nominador su aplicación. Esta atribución fue otorgada con el fin facilitar el ejercicio de la función fiscalizadora, constriñendo a los sujetos pasivos de control fiscal para que cumplan las obligaciones que tienen para con el Órgano Fiscalizador.

El marco constitucional y legal antes señalado, determina los fundamentos sustantivos para adelantar el proceso administrativo sancionatorio fiscal y en materia procesal, la Ley 1437 de 2011, se constituye en el fundamento normativo para tal efecto.

El capítulo V del título II de la Ley 42 de 1993, reglamenta el régimen de sanciones y faculta a los contralores para su imposición, cuando haya lugar, en el ejercicio de la vigilancia y control de la gestión fiscal de la administración pública o particulares cuando manejen fondos o bienes públicos, señalando sus causales, forma y monto de las mismas. Cabe precisar que la Ley 42 de 1993, está referida a la viabilidad para imponer sanciones a quien en la administración ostente la calidad de gestor fiscal.

En este orden, el funcionario que adelanta el proceso administrativo sancionatorio fiscal, debe remitirse al marco jurídico señalado, en los artículos 99 y s.s. de la Ley 42 de 1993.

Los artículos 99, 100, 101 y 102 de la Ley 42 de 1993, establecieron como sanciones a imponer por las Contralorías, las siguientes:

La amonestación o llamado de atención;

La multa;

La remoción o la terminación del contrato por justa causa del servidor público.

En tal virtud los contralores solo pueden imponer sanciones de acuerdo a las conductas previamente tipificadas en las normas; para ello, el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, determina las causales que constituyen la conducta sancionable.

Recuérdese que en garantía del derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, el destinatario de la sanción debe conocer las conductas reprochables y las consecuencias de las actuaciones antijurídicas.

En tal sentido, para efectos de dar curso a un proceso administrativo sancionatorio fiscal, se requiere que el operador jurídico tenga claridad sobre la disposición legal que se infringe, de manera que desde la apertura del proceso hasta que se adopta la decisión final y se produce la firmeza de la misma, se guarde una rigurosa identidad entre los fundamentos de hecho que generan la sanción, y el sustento normativo en el cual se fundamenta.

En este entendido, la disposición legal no puede ser interpretada para atribuir responsabilidad objetiva, sino que debe analizarse la conducta sancionable y procederse de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4.3. Ley 42 de 1993. Sanción de multa. Tasación.

El párrafo del artículo 101 de la Ley 42 de 1993, regulaba la tasación del valor de la sanción en salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el gestor fiscal implicado no percibiere sueldo, y les confería facultad a los organismos de control para su reglamentación.

La norma señalada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en razón a la falta de competencia de los contralores para reglamentar el monto de la sanción para sancionados que no devenguen sueldo.

Indicó la Corporación Constitucional:

“Ahora bien, es cierto que el principio de legalidad no excluye el reglamento en materia sancionadora (C.P. art. 123), pero sin embargo, aquél no puede ser independiente y autónomo de la regulación legal. Por lo expuesto, la Corte retirará del ordenamiento jurídico la facultad del contralor de reglamentar el monto de la sanción para sancionados que no devengaren sueldo, contenida en el párrafo del artículo 101 de la Ley 42 de 1993.”⁹

Por esta razón, la Corte Constitucional retira del ordenamiento jurídico el párrafo del artículo 101 de la Ley 42 de 1993, en razón a la imposibilidad legal de los contralores para reglamentar el valor de la sanción cuando el sancionado no devengare sueldo.

⁹ C-484 de mayo 4 de 2000, Magistrado Ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero

Tal como se señaló en el acápite anterior, en aplicación del principio de legalidad, las sanciones indicadas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, tienen un referente específico frente al salario devengado por el funcionario público o particular que maneje fondos o bienes del Estado.

De acuerdo con lo expuesto, para efectos de la tasación de la multa, se deberá solicitar a la entidad estatal empleadora una certificación en la cual se precise el salario mensual devengado, de acuerdo a los factores que constituyen el mismo.

De no haberse demostrado el salario devengado por el gestor fiscal sancionado, no será procedente la imposición de la sanción de multa por inexistencia de la base sobre la cual se debe tasar.

4.4. Proceso administrativo sancionatorio en la Ley 1474 de 2011. Tasación del valor de la multa a particulares

El artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, faculta a los organismos de control fiscal para requerir de entidades públicas y particulares, la información necesaria para alcanzar el fin de la acción fiscal, cual es la determinación de la responsabilidad fiscal de los presuntos autores de un daño al patrimonio del Estado.

Cabe precisar que la disposición legal se encuentra inserta en la Subsección III Disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, luego es una inferencia lógica, que su regulación está dada para el proceso de responsabilidad fiscal, cualquiera que fuere su trámite, ordinario o verbal. Veamos la norma:

“Artículo 114. Facultades de investigación de los organismos de control fiscal. Los organismos de control fiscal en el desarrollo de sus funciones contarán con las siguientes facultades:

- a) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño patrimonial al Estado originados en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna y que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado;
- b) Citar o requerir a los servidores públicos, contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación;
- c) Exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;
- d) Ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad;
- e) En general, efectuar todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño al patrimonio público.

Parágrafo 1°. Para el ejercicio de sus funciones, las contralorías también están facultadas para ordenar que los comerciantes exhiban los libros, comprobantes y documentos de contabilidad, o atiendan requerimientos de información, con miras a realizar estudios de mercado que sirvan como prueba para la determinación de sobre costos en la venta de bienes y servicios a las entidades públicas o privadas que administren recursos públicos.

Parágrafo 2°. La no atención de estos requerimientos genera las sanciones previstas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasaré entre cinco (5) y diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes."

Nótese que fue la intención del legislador de dotar a los Organismos de Control Fiscal de herramientas, para efectos de determinar en forma más expedita, la ocurrencia de hechos generadores de daño al patrimonio público.

Determina la norma en análisis, que en ejercicio de la acción fiscal, se puede citar o requerir a los servidores públicos, proveedores, comerciantes, contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación.

Significa lo anterior, que para efectos de establecer el daño patrimonial al Estado, es decir dentro del proceso de responsabilidad fiscal, además de los servidores públicos, se puede requerir a los particulares para que atiendan los requerimientos de las contralorías y que su no atención genera las sanciones previstas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, pero aclara que en lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasaré entre cinco (5) y diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En este contexto, cabe hacer la distinción que la disposición legal regula la tasación de la sanción a los particulares, no a quien no devengue sueldo.

Así las cosas, es oportuno precisar que el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, determina que los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado. Cualifica la disposición legal, el destinatario de la imposición de la sanción a quien ostenta la calidad de gestor fiscal, sea ésta un servidor público o particular.

De esta forma, el artículo 114 de la Ley 1474 de 2011 reglamenta lo pertinente a la tasación de la sanción cuando se trata de particulares, pero hay que aclarar que esta disposición legal aplica para los requerimientos de información en el proceso de responsabilidad fiscal, y el artículo 101 para las causales en él establecidas.

En consecuencia, cuando se trata de particulares, para efectos de tasar la sanción, se debe tener en cuenta si se está ante las causales para imponer sanción de multa establecidas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, caso en el cual, si no es posible determinar el salario del sancionado, no se podrá imponer la multa. Distinto es cuando se trata de las causales dispuestas en el artículo 114 de

la Ley 1474 de 2011, en cuyo caso, procede la tasación de la multa a los particulares en salarios mínimos legales vigentes.

5. Conclusiones

5.1. Las sanciones indicadas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, tienen un referente específico frente al salario devengado por el funcionario público o particular que ostente la calidad de gestor fiscal.

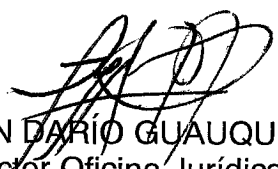
Para efectos de la tasación de la multa, se deberá solicitar a la entidad estatal una certificación en la cual se precise el salario mensual devengado, de acuerdo a los factores que constituyen el mismo.

De no haberse demostrado el salario devengado por el gestor fiscal sancionado, no será procedente la imposición de la sanción de multa por inexistencia de la base sobre la cual se debe tasar.

5.2. El artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, aplica para los requerimientos de información en el proceso de responsabilidad fiscal y reglamenta lo pertinente a la tasación de la sanción cuando se trata de particulares.

Para la imposición de la sanción de multa a particulares, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, es procedente la tasación de la multa en salarios mínimos legales vigentes.

Cordialmente,



IVÁN DARÍO GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Lucenith Muñoz A.
Revisó: Pedro Pablo Padilla Castro
N.R. TRD. 2018ER0075476
RD 80112-033 Conceptos Jurídicos.