

2019IE0010620



CGR – OJ - 019 de 2019
80112 -

Contraloría General de la República :: SGD 08-02-2019 09:43
Al Contestar Cite Este No.: 2019IE0010620C1 Fol:7 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / JULIAN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
DESTINO 80661-DESPACHO GERENTE DEPARTAMENTAL RISARALDA / ANGELA MARIA JARAMILLO QUINTERO
ASUNTO RESPUESTA A SU OFICIO 2019IE0005446
OBS

2019IE0010620C1



Bogotá D.C.,

Doctor
OSCAR DE JESÚS GUERRERO PÉREZ
Directivo Colegiado Ponente
Gerencia Departamental Colegiada de Risaralda
Contraloría General de la República
Calle 17 # 6 -42 P 5,6 y 7
Pereira – Risaralda

Referencia: Respuesta a su Oficio 2019IE0005446
Asunto: Procedencia de la sustitución de medida cautelar practicada en
Proceso de Responsabilidad Fiscal (PRF)

Respetado doctor Oscar de Jesús:

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

Mediante su oficio refiere que a través de Oficio 2018ER0129578 una persona jurídica vinculada a un Proceso de Responsabilidad Fiscal (PRF) solicitó que en un caso concreto se efectuara la reducción y sustitución de medidas cautelares decretadas, consistentes en el embargo de cuentas bancarias ofreciendo en sustitución como prenda de garantía un lote propiedad de tal persona jurídica, sobre el cual figura la construcción de una mejora (Edificio) con destinación exclusiva al cumplimiento de funciones atribuidas por la Ley o reglamento nacional. Por lo cual, al considerar que no existe claridad sobre la procedencia de embargo sobre un lote de terreno mejorado con una construcción efectuada con recursos públicos y

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.

destinada exclusivamente al cumplimiento de funciones públicas encargadas por la ley a un particular, formula la siguiente consulta:

“¿Resulta procedente jurídicamente el embargo de un bien inmueble mejorado con una construcción efectuada con recursos públicos y destinada exclusivamente al cumplimiento de funciones públicas encargadas por ley a un particular?”

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

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.

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

3.1. Como precedente de esta Oficina en concepto CGR-0J-15-2018, radicado 2018EE0014261 de fecha 7 de febrero de 2018, respecto de la las medidas cautelares en el Proceso de Responsabilidad Fiscal se anotó que:

“4.1 Las medidas cautelares en el Proceso de Responsabilidad Fiscal

El Proceso de Responsabilidad Fiscal se tramita a través de dos tipos de procedimiento: i) ordinario y ii) el verbal. Para el primero de éstos, la Ley 610 de 2000 en el artículo 12 dispone que en cualquier etapa del proceso se pueden decretar medidas cautelares "sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público", las cuales se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación de proceso de cobro coactivo cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal, pero si se profiere auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal en la misma providencia se procederá a ordenar el desembargo.

Por su parte, para el procedimiento verbal, la Ley 1474 de 2011, artículo 103, determina que en el auto de apertura e imputación, se ordena la investigación de los bienes "de las personas que aparezcan como posibles autores de los hechos que se están investigando", y que, si dichos bienes se identificaron en el proceso auditor, simultáneamente con el auto de apertura e imputación se profiere un auto con el decreto de las medidas cautelares.

Así que, la literalidad de las normas citadas indica claramente que las medidas cautelares tendrán por objeto los bienes, derechos o acreencias patrimoniales de cualquier tipo, cuyo titular sea el presunto responsable o el responsable fiscal y su garante, según corresponda al proceso declarativo o coactivo.”

3.2. Luego en concepto CGR-0J-71-2018, radicado 2018IE0040423 de fecha 29 de mayo de 2018, respecto de la las medidas cautelares en el Proceso de Responsabilidad Fiscal se agregó que:

“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

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 840-2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

mala fe 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". "

Por su parte, para el procedimiento verbal, la Ley 1474 de 2011, artículo 103, determina que en el auto de apertura e imputación, se ordena la investigación de los bienes "de las personas que aparezcan como posibles autores de los hechos que se están investigando", y que, si dichos bienes se identificaron en el proceso auditor, simultáneamente con el auto de apertura e imputación se profiere un auto con el decreto de las medidas cautelares.

Así que, la literalidad de las normas citadas indica claramente que las medidas cautelares tendrán por objeto los bienes, derechos o acreencias patrimoniales de cualquier tipo, cuyo titular sea el presunto responsable o el responsable fiscal y su garante, según corresponda al proceso declarativo o coactivo."

4. Consideraciones Jurídicas

4.1. Vista la consulta formulada se encuentra que el consultante tiene claridad respecto de la aplicación del artículo 594 numeral 3° del Código General del Proceso que señala que:

"Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, **no se podrán embargar:**

(...)

3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la

tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Quando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

Así del texto legal no cabe otra interpretación más que la textual, esto es que no se podrán embargar los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas.

En tal sentido, de forma general y abstracta, sin tener acceso a otros elementos del caso, se entiende que el terreno (propiedad de la persona jurídica) así como la construcción que se ha edificado sobre aquel (mejora efectuada con recursos públicos) dada su adhesión se encontrarían afectados por la destinación que se les dio.

Le corresponde al funcionario competente, en cada caso concreto, valorar cuál de las medidas cautelares es la que resulta pertinente y procedente para realizar los fines de la medida y cumplir los principios de la actuación administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política y desarrollados en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, de los cuales se destaca el principio de eficacia en virtud del cual las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad.

Para valorar la aplicación del principio de eficacia resulta oportuno revisar la finalidad y justificación de las medidas cautelares.

4.2. Finalidad de las medidas cautelares

Respecto a la finalidad del decreto de las medidas cautelares, en la Sentencia C - 054 de 1997, la Corte Constitucional señaló que:

"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

En el mismo sentido, acerca de la justificación de las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal, en la Sentencia C-840 de 2001, la Corte Constitucional precisó 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.

Luego sigue la exposición de la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001 reiterando la necesidad de garantía sobre los efectos resarcitorios del proceso de responsabilidad fiscal, para explicar la oportunidad del decreto de las medidas cautelares, en el siguiente sentido:

"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

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-054-1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

una mejor garantización 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**". (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que el funcionario competente debe velar por la eficacia de la medida cautelar, en la medida que ella está, destinada a garantizar los efectos resarcitorios que se deriven de la responsabilidad fiscal.

4.3. Sustitución de la medida cautelar

Más palpable aún es que, tratándose de medidas cautelares ya decretadas y practicadas en el proceso de responsabilidad fiscal lo procedente es la aplicación de la norma especial contenida en inciso 3° del artículo 12 de la Ley 610 de 2000, que permite la solicitud de desembargo de bienes "... siempre que exista previa constitución de 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", norma concordante con el inciso final del artículo 103 de la Ley 1474 de 2011.

En tal sentido le corresponde al competente razonar si la garantía real es suficiente para amparar el pago del valor integral del daño estimado y probado por quien decretó la medida, además de hacer el respectivo análisis jurídico para velar por la eficacia de la medida cautelar.

4.4. Cámaras de Comercio

Respecto al control fiscal ejercido sobre las Cámaras de Comercio se ha pronunciado esta Oficina en diversos conceptos como el CGR-OJ-243-2017, radicado 2017IE0097930 de fecha 30 de noviembre de 2017 y el CGR-OJ-113-2018 radicado 2018IE0053888 de fecha 17 de julio de 2018.

Allí se ha planteado con claridad que, a partir del artículo 210 la Constitución Política establece que los particulares pueden desempeñar funciones administrativas y posteriormente en su artículo 365 ejusdem señala que pueden participar en la prestación de los servicios públicos. Es así como el Estado a través de los particulares puede cumplir sus fines. En desarrollo de tales disposiciones las Cámaras de Comercio reciben y manejan recursos públicos por su actividad registral, conforme lo indica el artículo 86 del Código de Comercio¹¹.

También, que la Ley les confiere facultades para llevar el Registro de Único de Proponentes del Estado¹², Registro Único Empresarial y Social - RUES-¹³, Registro de entidades sin ánimo de lucro¹⁴, Registro Único Empresarial de las MIPYMES¹⁵, el Registro de Entidades sin Ánimo de Lucro creado por el Decreto 2150 de 1995, del Registro Nacional Público de las personas naturales y jurídicas que ejerzan la actividad de vendedores de Juegos de Suerte y Azar de que trata la Ley 643 de 2001, del Registro Público de Veedurías Ciudadanas de que trata la Ley 850 de 2003, del Registro Nacional de Turismo de que trata la Ley 1101 de 2006, del Registro de Entidades Extranjeras de Derecho Privado sin Ánimo de Lucro con domicilio en el exterior que establezcan negocios permanentes en Colombia de que trata el Decreto 2893 de 2011, y del Registro de la Economía Solidaria de que trata la Ley 454 de 1998; actividad registral que ha sido unificada en el Registro Único Empresarial y Social en virtud del artículo 166 del Decreto 19 de 2012¹⁶. Ostentando

¹¹ Código de Comercio. "Artículo 86. Funciones de las cámaras de comercio: Las cámaras de comercio ejercerán las siguientes funciones (...) 3) Llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, como se prevé en este Código."

¹² Conforme al artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, en tanto que el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

¹³ Ley 590 de 2000, artículo 11. Con el propósito de reducir los trámites ante el Estado, el registro mercantil y el registro único de proponentes se integrarán en el Registro Único Empresarial, a cargo de las Cámaras de Comercio, el cual tendrá validez general para todos los trámites, gestiones y obligaciones, sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones especiales sobre materias tributarias, arancelarias y sanitarias.

¹⁴ Decreto 2150 de 1995, artículo 40.

¹⁵ Ley 590 de 2000, artículo 11.

¹⁶ "Artículo 166. DEL REGISTRO ÚNICO EMPRESARIAL Y SOCIAL. Al Registro Único Empresarial (RUE) de que trata el artículo 11 de la Ley 590 de 2000, que integró el Registro Mercantil y el Registro Único de Proponentes, se incorporarán e integrarán las operaciones del Registro de Entidades sin Ánimo de Lucro creado por el Decreto 2150 de 1995, del Registro Nacional Público de las personas naturales y jurídicas que ejerzan la actividad de vendedores de Juegos de Suerte y Azar de que trata la Ley 643 de 2001, del Registro Público de Veedurías Ciudadanas de que trata la Ley 850 de 2003, del Registro Nacional de Turismo de que trata la Ley 1101 de 2006, del Registro de Entidades Extranjeras de Derecho Privado sin Ánimo de Lucro con domicilio en el exterior que establezcan negocios permanentes en Colombia de que trata el Decreto 2893 de 2011, y del Registro de la Economía Solidaria de que trata la Ley 454 de 1998, que en lo sucesivo se denominará Registro Único Empresarial y Social -RUES-, el cual será administrado por las Cámaras de Comercio atendiendo a criterios de eficiencia, economía y buena fe, para brindar al Estado, a la sociedad en general, a los empresarios, a los contratistas, a las entidades de economía solidaria y a las entidades sin ánimo de lucro una herramienta confiable de información unificada tanto en el orden nacional como en el internacional.

(...)

Los derechos por la prestación de los servicios registrales serán los previstos por la ley para el registro mercantil, el registro único de proponentes y el registro de entidades sin ánimo de lucro, según el caso. Las Cámaras de Comercio no podrán cobrar derechos de inscripción y renovación sobre los registros que se le trasladan en virtud del presente decreto-ley y que a la vigencia del mismo no los causan.

Los ingresos provenientes de los registros públicos y los bienes adquiridos con éstos, continuarán afectos a las funciones atribuidas a las Cámaras de Comercio por la ley o por el Gobierno Nacional en aplicación del numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio. En ningún caso los recursos de origen público podrán destinarse para sufragar operaciones o gastos privados de las Cámaras de Comercio. Los registros públicos que se le trasladan a las Cámaras de Comercio serán asumidos por éstas a partir del primero (1o.) de marzo de 2012." (Negrilla fuera de texto).

también facultades para el trámite del Registro Único Tributario¹⁷.

Es así como las Cámaras de Comercio, que son entidades de naturaleza privada, por mandato expreso de la ley desarrollan la función pública de llevar el registro mercantil y, en consecuencia, los ingresos que reciben en el cumplimiento de esta función, se catalogan como “tasas”, por cuanto los reciben como contraprestación por los servicios que prestan¹⁸ y en esa medida, son ingresos de carácter público.

Para ello, el Gobierno Nacional a través del Decreto 458 de 1995 fijó dichas tarifas, las cuales según la Corte Constitucional tienen el carácter de tasas.

La Corte Constitucional, en sentencia, C-144 de 1993¹⁹, precisó:

“Las cámaras de comercio no obstante su carácter privado pueden ejercer la función pública de administrar el registro mercantil. Los artículos 123 y 365 de la C.P. permiten al Legislador disponer que un determinado servicio o función pública sea prestado por un particular de acuerdo con el régimen que para el efecto establezca.

La circunstancia de que un servicio o función, en los términos de la ley, se desempeñen por un particular, no impide que el Legislador sujete dicha actividad o servicio a un sistema tributario de tasa, máxime si éste resulta ser el único adecuado e idóneo para ese propósito. En este evento, la determinación de la tarifa puede revestir un cierto grado de complejidad técnica que no haga aconsejable su inmediata fijación por el Legislador, a lo cual puede igualmente sumarse la inconveniencia política (un particular que participe en la elaboración de la norma tributaria que grava a otro particular) y ética (conflicto de interés en cabeza de quien determina la tarifa y recibe el ingreso correspondiente a la misma) de librar su determinación al particular que presta el servicio. En estas condiciones, cabe admitir que la tarifa sea fijada por el Gobierno, pues si bien no presta directamente el servicio, no es ajeno al mismo como quiera que la Constitución le confía su control y vigilancia (C.P. arts. 189-22 y 365). La función pública de la administración del registro mercantil, se lleva a cabo bajo la estricta vigilancia y control del Gobierno, que de esta manera participa en la prestación de los servicios inherentes al mismo. No se observa, por este concepto, violación alguna al texto del artículo 338 de la C.P.”

¹⁷ Parágrafo 2º del artículo 555-2 del Estatuto Tributario. Adicionado por el artículo 19 de la Ley 863 de 2003.

¹⁸ Es decir, son un ingreso no tributario impuesto por el Estado con el objeto de retornar los dineros que se invierten en la prestación del servicio. El artículo 124 de la ley 6 de 1992 al referirse a las tarifas a favor de las cámaras de comercio establece:

“El Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones. Para el señalamiento de los derechos relacionados con la obligación de la matrícula mercantil y su renovación, el Gobierno Nacional establecerá tarifas diferenciales en función del monto de los activos o del patrimonio del comerciante, o de los activos vinculados al establecimiento de comercio, según sea el caso...”

¹⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

W

Luego en la sentencia C-167 de 1995²⁰ la misma Corte señaló:

“Considera la Corte, que las actuaciones que las Cámaras de Comercio desarrollan en cumplimiento de la función pública del registro mercantil, es una función a cargo del Estado, pero prestada por los particulares por habilitación legal (art. 86 inc. 3o. del Código de Comercio), igualmente, los ingresos que genera el registro mercantil, proveniente de la inscripción del comerciante y del establecimiento de comercio, así como de los actos, documentos, libros respecto de los cuales la ley exigiere tal formalidad, son ingresos públicos (tasa), administrados por estas entidades privadas, gremiales y corporativas, sujetas a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

En efecto, para esta Corporación es racional entender que si el registro mercantil implica la prestación de un servicio público, su financiamiento debe asegurarse mediante un ingreso percibido por la Cámara de Comercio en forma de tasa, cuyo destino no es el acrecimiento del patrimonio de la entidad, tal como lo entiende el libelista sino para asegurar la adecuada prestación de este servicio público, vale decir para la recuperación del costo total o parcial del servicio, que es consustancial a la naturaleza de este ingreso público. Si bien es cierto que no es objeto de discusión por parte del libelista, conviene precisar y recordar la jurisprudencia de esta Corporación (Sentencia C-465 de 1993), en donde se estableció el concepto de tasa como ingreso tributario, para concluir que en este caso específico, este ingreso no se puede considerar como ingreso privado de las Cámaras de Comercio.”

En este contexto jurídico, el Decreto 1074 de 2015 -Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo- ha compilado en su *CAPÍTULO 43* las normas que regulan el tema de la “*CONTABILIDAD Y PRESUPUESTO DE LOS RECURSOS DE ORIGEN PÚBLICO CORRESPONDIENTES A LAS FUNCIONES REGISTRALES DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO*”.

De ellas se destacan las primeras normas compiladas:

Artículo 2.2.2.43.1. INGRESOS PÚBLICOS. Los ingresos de origen público correspondientes a las funciones registrales de las Cámaras de Comercio previstos en la ley, y los bienes adquiridos con estos, serán contabilizados como activos en su balance, en la forma prevista en este capítulo. Tales bienes e ingresos están afectos a las funciones atribuidas a estas entidades por la ley o por el Gobierno nacional en aplicación del numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio.

(Decreto 4698 de 2005, artículo 1o)

Artículo 2.2.2.43.2. SEPARACIÓN CONTABLE. En el sistema de información contable de las Cámaras de Comercio se deberán registrar en forma separada los ingresos, gastos, activos, pasivos y patrimonio de carácter público, de

²⁰ M.P. Fabio Morón Díaz.

cualesquiera otros que provengan de fuentes privadas. Para estos fines, se atenderán las instrucciones que impartan las autoridades competentes.
(Decreto 4698 de 2005, artículo 2o)

Artículo 2.2.2.43.3. PRESUPUESTO ANUAL. Las Cámaras de Comercio prepararán y aprobarán un presupuesto anual de ingresos y gastos en el que se incluirán en forma discriminada los imputables a la actividad registral. Si de dicho presupuesto resultare un remanente, las juntas directivas de las Cámaras de Comercio establecerán su destinación, bien sea para atender gastos corrientes o de inversión, de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo. En caso de que los gastos de inversión hubieren de realizarse a lo largo de varios ejercicios, deberán constituirse en los presupuestos anuales las reservas que correspondan.
(Decreto 4698 de 2005, artículo 3o)

Artículo 2.2.2.43.4. INVERSIÓN DE LOS EXCEDENTES. Los excedentes de liquidez generados a partir de los ingresos públicos, deberán ser administrados atendiendo criterios de liquidez y seguridad, en cuentas separadas en instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o en títulos de deuda emitidos por ellas, por la Nación o por el Banco de la República.
(Decreto 4698 de 2005, artículo 4o)

(...)

Artículo 2.2.2.43.6. BIENES SUJETOS A REGISTRO. En los actos de adquisición de bienes sujetos a registro en los cuales se empleen recursos públicos, así como en los registros correspondientes, deberá quedar plenamente identificado su origen y serán registrados a nombre de la correspondiente Cámara de Comercio con la anotación expresa de "recursos de origen público".

Parágrafo. Respecto de los bienes sujetos a registro adquiridos con recursos públicos, las Cámaras de Comercio deberán adelantar los trámites correspondientes a su inscripción en el respectivo registro precisando la naturaleza de los recursos utilizados en su adquisición.

(Decreto 4698 de 2005, artículo 7o)

Artículo 2.2.2.43.7. LIQUIDACIÓN. Cuando se disponga la liquidación de una Cámara de Comercio, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará que, una vez pagados los pasivos y constituidas las reservas correspondientes, los bienes y recursos públicos administrados por ella sean entregados a la que habrá de reemplazarla.

(Decreto 4698 de 2005, artículo 8o)"

La normativa transcrita permite sustentar que en la medida que las Cámaras de Comercio administran recursos públicos provenientes de las tasas del servicio público registral, deben llevar una contabilidad separada que permita identificar con claridad la fuente o naturaleza de los diversos recursos que administran, debiendo registrar en forma separada los ingresos, gastos, activos, pasivos y patrimonio de carácter público.

Ello, es necesario para delimitar los recursos privados, propios de la persona jurídica, respecto de los públicos sobre los que ejercen gestión fiscal sometida a la vigilancia y control de la Contraloría General de la República, en ese mismo sentido deben llevar cuentas separadas para los excedentes de inversión diferenciando recursos privados de los públicos, como también deben precisar la naturaleza de los recursos utilizados para la adquisición los bienes en el proceso de inscripción cuando se encuentren sometidos a registro.

Por ende, si del ejercicio del control fiscal micro se inicia un proceso de responsabilidad fiscal por un presunto detrimento patrimonial contra el Estado se tendrán que identificar cuáles son los bienes o recursos cuya naturaleza no sea pública con los cuales se puedan materializar las medidas cautelares previstas en el proceso de responsabilidad fiscal.

Obsérvese como precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-338 de 2014²¹, que: *“La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposo, hayan sido encontrados responsables.”*

La solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 se extiende entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal²², lo cual no incluye al Estado ni a los recursos públicos que han de ser resarcidos.

Luego, tratándose de las medidas cautelares, lo pertinente es diferenciar cuales son los bienes privados, es decir los propios de los posibles responsables, para el caso los de la Cámara de Comercio y demás personas jurídicas o naturales que sean solidarias en el marco de la acción fiscal. Toda vez que, si las medidas cautelares buscan garantizar que las personas jurídicas y naturales, que lleguen a ser declarados responsables fiscales, paguen o resarzan de patrimonialmente al Estado manera efectiva, resulta incompatible establecer medidas cautelares sobre bienes que no pertenecen al patrimonio privado de aquellas.

Consecuencia es que no puede resarcirse al Estado con dineros de cuentas o bienes procedentes de las tasas registrales toda vez que por su naturaleza son recursos o bienes públicos. Es decir, pese a que las Cámaras de Comercio figuren como titulares de las cuentas y bienes generados en las tasas registrales, sólo son administradores de tales recursos, con facultades dispositivas circunscritas a las conferidas por la Ley para la satisfacción del servicio público que desarrollan.

²¹ M.P. Alberto Rojas Ríos.

²² En concordancia con los artículos 4º y 5º de la ley 610 de 2000 y del artículo 118 de la ley 1474 de 2011.

Así, por ejemplo, cuando se disponga la liquidación de una Cámara de Comercio, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará que, una vez pagados los pasivos y constituidas las reservas correspondientes, los bienes y recursos públicos administrados por ella sean entregados a la que habrá de reemplazarla.

5. Conclusiones

No obstante, esta Oficina no posee los elementos de juicio suficientes para dar un concepto determinante; toda vez que ello corresponde al operador jurídico con base en la normatividad referida y la situación concreta del proceso sometido a su competencia se encuentra que:

En cada proceso de responsabilidad fiscal, el director del proceso como funcionario competente debe analizar las solicitudes de sustitución o desembargo previstas en los artículos 12 de la Ley 610 de 2000 y 103 de la Ley 1474 de 2011, que contemplan requisitos y condiciones para que aquel determine si la garantía real es suficiente para amparar el pago del valor integral del daño estimado y probado por quien decretó la medida.

Ante una solicitud de sustitución por garantía real corresponderá en cada caso hacer un estudio de títulos para analizar entre otros: posibles situaciones de inembargabilidad, afectaciones y/o gravámenes del inmueble, que perturben su disponibilidad, valor y/o transabilidad, pues aquellos son elementos objetivos que incumbe examinar el gestor jurídico que ha de velar por la eficacia de la medida cautelar, conforme al artículo 209 de la Constitución Política (artículo 3° de la Ley 1437 de 2011), que está destinada a garantizar los efectos resarcitorios que se deriven de la responsabilidad fiscal.

Así mismo, del artículo 594 numeral 3° del Código General del Proceso no cabe otra interpretación más que la textual, esto es que no se podrán embargar los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas.

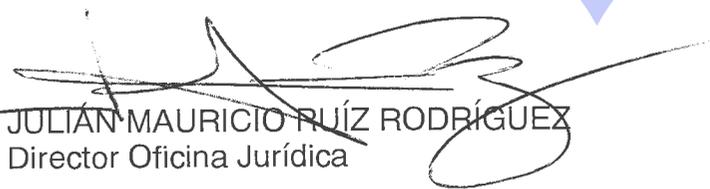
Sin perjuicio de los daños cubiertos mediante pólizas de seguros, la responsabilidad fiscal y solidaridad que establecen las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, conlleva a que las personas jurídicas y/o naturales declaradas responsables deban resarcir el patrimonio del Estado con su patrimonio, que es la prenda general de garantía de sus acreedores.

La solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 se extiende entre las personas jurídicas y/o naturales que sean declaradas responsables fiscales, lo cual no incluye ni al Estado ni a los recursos públicos que son los que deben ser resarcidos.

Por ende, para el caso de las Cámaras de Comercio, sin perjuicio de las garantías expedidas que u su favor expidan compañías de seguros, lo pertinente es diferenciar cuales son los bienes privados, es decir los propios de la persona jurídica como posible responsable fiscal, toda vez que las medidas cautelares no pueden recaer sobre bienes que no son propios de su patrimonio privado. En tanto que los dineros de cuentas o bienes provenientes de las tasas registrales son recursos o bienes de naturaleza pública, sobre los cuales pese a figurar como titulares, las Cámaras de Comercio, sólo son administradores con facultades dispositivas circunscritas a las conferidas por la Ley para la satisfacción del servicio público que desarrollan.

Finalmente, respecto de la solicitud de respuesta sobre el caso particular y concreto objeto del proceso de responsabilidad fiscal, que adelanta su Gerencia, es importante precisar que mediante Circular 018 del 22 de noviembre de 2016 el señor Contralor General de la República impartió instrucciones sobre la función consultiva de la Oficina Jurídica, determinando que los asuntos particulares y concretos deben ser decididos por los funcionarios competentes en cada área . En tal sentido, ésta Oficina se abstiene de dar respuesta a las particularidades de su solicitud.

Cordialmente,



JULIÁN MAURICIO RUÍZ RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Andrés Rolando Ramírez Guacaneme
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
N.R. 2019IE0005446
TDR 80112-033 Conceptos Jurídicos