

80112
Bogotá, D.C.,

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 14-03-2013 16:50
Al Constar Cite Este No 2013CL0018995 Fol:7 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112 OFICINA JURIDICA / ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
DESTINO JUAN CARLOS CALVO OSPINA
ASUNTO CONCEPTO
OBS

2013EE0018995



Doctor
JUAN CARLOS CALVO OSPINA
Calle 119 No. 5- 42 C-3
Bogotá, D.C.

14-03-2013

ASUNTO. DAÑO ENTRE ENTIDADES. MULTAS Y SANCIONES. ACCIÓN FISCAL.- PROCEDIBILIDAD.

1. ANTECEDENTE.

Esta Oficina conoce su oficio con el cual solicita nuestro pronunciamiento para efectos de establecer los siguientes aspectos:

"1.1. En qué eventos puede haber lugar a adelantar acciones de reparación con ocasión de las mismas, teniendo en cuenta que la acción fiscal de reparación tiene su fundamento en la gestión de recursos estatales y en la culpa grave de carácter subjetivo?

1.2. Es procedente la iniciación de acciones de reparación fiscal en tales casos, aun cuando hubiera procedido un término mayor de cinco (5) años de la ocurrencia de los hechos que dieron origen a los hechos?

1.3. Es presupuesto de la acción de reparación que el daño se encuentre debidamente individualizado en forma precisa y concreta en relación de el/los presuntos responsable/s de cada actuación u omisión objeto de la misma, teniendo en cuenta que legalmente el daño debe ser cierto, actual determinado y vinculado en forma directa a su presunto responsable?

1.4. Cuál es en concreto el fundamento legal de las acciones fiscales iniciadas por la Contraloría General de la República, después de haber transcurridos un término mayor a los cinco (5) años de haber tenido ocurrencia los hechos de investigación fiscal?

1.5. Pueden predicarse las respuestas suministradas a las situaciones antes enunciadas respecto de la acción de repetición en contra de servidores o exservidores públicos y contratistas?"

Interrogantes que responderemos en orden temático, en razón a que algunas de los cuestionamientos se relacionan estrechamente con otros.

2. NORMATIVIDAD APLICABLE.

Ley 610 de 2000.
Ley 1474 de 2011.
Jurisprudencia.
Doctrina.

3. CONSIDERACIONES JURIDICAS-

3.1. En qué eventos puede haber lugar a adelantar acciones de reparación con ocasión de las multas y sanciones teniendo en cuenta que la acción fiscal de reparación tiene su fundamento en la gestión de recursos estatales y en la culpa grave de carácter subjetivo?

Sobre la procedencia de la acción fiscal cuando las entidades del Estado pagan a otros de su misma naturaleza multas o sanciones, se pronunció esta Oficina a través de concepto jurídico No.IE8857 de 5 de marzo de 2008, del cual le anexamos copia.

3.2. Las multas y sanciones, son impuestas con base en situaciones de orden objetivo. Es procedente la iniciación de acciones de reparación fiscal en tales casos, aun cuando hubiera transcurrido un término mayor de cinco (5) años de la ocurrencia de los hechos? 3.3. Cuál es en concreto el fundamento legal de las acciones fiscales iniciadas por la Contraloría General de la República, después de haber transcurridos un término mayor a los cinco (5) años de haber tenido ocurrencia los hechos de investigación fiscal?

Antes de entrar a dilucidar el tema en forma puntual, es procedente remitirnos a conceptos generales que lo ilustran, como las actuaciones que dan origen a la acción fiscal.

De conformidad con lo ordenado en el artículo 8° de ley 610 de 2000, la acción fiscal procede de oficio, a solicitud de cualquier persona u organización ciudadana, y como resultado del ejercicio de la función fiscalizadora.

En este último evento, el control fiscal se ejerce de conformidad con la forma y métodos prescritos en la Constitución, la ley y en los reglamentos que para tal efecto expida el Contralor General y los contralores en sus respectivos órdenes.

En el caso de la Contraloría General de la República, el control fiscal a nivel micro, se ejerce de acuerdo con los lineamientos trazados en la Guía de Auditoría. A través de esta metodología, se realiza el examen de los estados financieros

(control fiscal financiero) el cumplimiento con las leyes y regulaciones aplicables (control fiscal de legalidad), la eficiencia, la economía y la efectividad en lograr los resultados de los programas (control fiscal de gestión y resultados).

En ejercicio de la auditoría, las entidades fiscalizadoras realizan el examen de la gestión fiscal de la administración y los particulares que manejan recursos públicos, para efectos de establecer el adecuado y racional uso de los mismos.

La Corte Constitucional, ha dado alcance al concepto de gestión fiscal, y a lo que ello implica, así lo ha expresado:

“De esta manera el constituyente estableció una forma más dinámica de control fiscal, pues del simple análisis numérico legal del gasto público pasó a controlar la gestión fiscal de la administración, esto es, el manejo de los bienes y recursos públicos en las etapas de recaudo, gasto, inversión, disposición, conservación, enajenación, y a ejercer el control de los resultados obtenidos con el gasto, lo que permite determinar si los recursos, en verdad, se destinaron a los planes y programas para los que fueron asignados que, dicho sea de paso, deben dirigirse exclusivamente al cumplimiento de los fines del Estado o a hacer efectivos los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento supremo, y se respetaron las normas presupuestales, de contabilidad y financieras que rigen la materia. Siendo así, bien puede afirmarse que el control fiscal bajo la Constitución que hoy rige, es integral puesto que cubre desde el mismo momento en que la entidad recibe los recursos que le han sido asignados, incluyendo el proceso de su manejo o utilización, hasta la evaluación de los resultados obtenidos con su inversión”.¹

En la aplicación de los procedimientos y técnicas propias del proceso de fiscalización, el auditor encuentra hechos o situaciones de importancia por la forma en que impactan el desempeño de la administración. Éstos, se denominan hallazgos y son hechos o actuaciones irregulares, inconvenientes, perjudiciales, dañinas, para el funcionamiento de la organización, en suma, contrarios a los principios que deben regir la labor del Estado y la gestión fiscal. De acuerdo al tipo de hallazgo, se adelantarán las actuaciones que correspondan, que para el caso del fiscal, es la acción de esta naturaleza.

En este orden jurídico, tenemos que la acción fiscal se origina, bien en las quejas o denuncias ciudadanas o en las acciones de control, en esta última, se determina el correspondiente hallazgo fiscal, para lo cual habrá de determinarse el daño al Erario.

El artículo 6º de la Ley 610 de 2000, que define el daño patrimonial al Estado, determina que éste es producido 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,

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 1.999.

particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

En el caso que nos ocupa, como es la transferencia de dineros entre entidades del Estado, con ocasión de la cancelación de multas o sanciones impuestas, como las de competencia de la DIAN, el Consejo de Estado, ha sostenido que ello constituye un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones del gestor fiscal.²

Ahora, la causa de la erogación es la imposición de la multa, pero el daño efectivamente se genera, si así fuere procedente, de conformidad con la acción que adelanta la contraloría, en la fecha en que la entidad realiza el pago. Fecha esta, que es determinante, para establecer si es procedente la acción fiscal y establecer si no ha operado la caducidad de la misma.

Recordemos que la caducidad es la extinción de la facultad de ejercer un derecho o celebrar un acto, por no haberse ejercido o realizado dentro de un plazo que la ley establece.

El Consejo de Estado, ha enseñado que "La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello. La figura de la caducidad se configura cuando el plazo establecido en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido"³

En el caso de la acción fiscal, el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, prescribe que la misma caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público y no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1852 de 2007.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz. Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00214-01(39360). 21 de febrero de 2011.

En consecuencia, dicho auto debe ser emitido, antes de que se cumplan los cinco (5) años, para efectos de interrumpir el término de caducidad de la acción fiscal. Cuando estén dados los elementos de juicio y de ellos se establezca que haya operado la caducidad, deberá procederse de acuerdo con lo señalado en el artículo 16 de la Ley 610 de 2000.⁴

Así las cosas, analizados los hechos que dan origen a la acción fiscal y si de ellos se establece claramente que ya han transcurrido cinco (5) años, no es procedente dar inicio a la acción fiscal.

3.4. Es presupuesto de la acción de reparación que el daño se encuentre debidamente individualizado en forma precisa y concreta en relación con el/los presuntos responsable/s de cada actuación u omisión objeto de la misma, teniendo en cuenta que legalmente el daño debe ser cierto, actual determinado y vincular en forma directa a su presunto responsable?

La responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio, su único fin consiste en reparar el patrimonio público que ha sido menguado por servidores públicos o particulares que realizaron una gestión fiscal irregular, dicho de otra forma, su finalidad es meramente indemnizatoria.

La responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al estado; b) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta.

De los tres, el daño es el elemento más importante. A partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad. Bajo esta lógica el artículo 40 de la Ley 610 dispone que el proceso de responsabilidad fiscal se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que haya certeza sobre la existencia de éste, para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal. De igual forma, también en la misma preceptiva se ordena que para dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal deben existir indicios serios sobre los posibles autores del daño.

De lo expuesto, es claro que para abrir un proceso de responsabilidad fiscal se requiere la existencia del daño y es tema del proceso, su determinación como lo

⁴ ARTICULO 16. CESACION DE LA ACCION FISCAL. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

señaló la Corte Constitucional en la sentencia que es hito en materia de responsabilidad fiscal. Así lo señaló:

“La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos. De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a Obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.”⁵

Por tanto, en el curso del proceso de responsabilidad fiscal se da la cuantificación del daño y la individualización de los responsables fiscales, pues tal como lo establece la Ley 610 de 2000, para abrir el proceso, debe existir el daño e indicios serios sobre el presunto responsable.

3.5. Pueden predicarse las respuestas suministradas a las situaciones antes enunciadas respecto de la acción de repetición en contra de servidores o exservidores públicos y contratistas?

En primer término debe señalarse, que no es muy clara su pregunta, entendemos en este caso, cuando es procedente la acción fiscal y cuando la de repetición. En este orden, señalamos:

La responsabilidad que nace de la indemnización a que queda sujeto un ente público en razón de una sentencia judicial, no es reparable por el cauce del proceso de las Contralorías, sino a través de la acción judicial de repetición.

Así lo ha enseñado el Consejo de Estado, a través de la sala y Consulta del Servicio Civil, concepto No. 1716 de 6 de abril de 2006.

“(…)Siempre que se lesione el patrimonio de un tercero que obtiene a su favor el resarcimiento de perjuicios en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, sólo es posible mediante el ejercicio de la acción de repetición obtener del agente el reembolso de los perjuicios que le ocasionó al Estado (...).”

⁵ Corte Constitucional. Sentencia Su-620 de 1996.

Indicó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal tienen igual finalidad, como es la de reparar los daños sufridos por el patrimonio del Estado, mediando, empero, una condición de aplicación diferente. Mientras la de repetición trata del perjuicio causado a un tercero por un agente del Estado, para efectos de obtener el reembolso de lo pagado a la víctima, la acción fiscal analiza el daño inferido a los bienes y recursos públicos.

4. CONCLUSIONES.

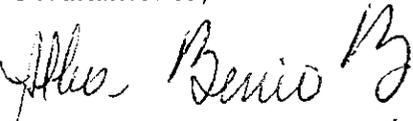
4.1. El artículo 9° de la Ley 610 de 2000, prescribe que la acción fiscal, caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

4.2. La responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio, su único fin consiste en reparar el patrimonio público que ha sido menguado por servidores públicos o particulares que realizaron una gestión fiscal irregular, dicho de otra forma, su finalidad es meramente indemnizatoria.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 610 de 2000, el proceso de responsabilidad fiscal se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que haya certeza sobre la existencia de éste e indicios serios sobre los posibles autores del mismo.

4.3. Cuando existe una condena judicial en contra del Estado, la reparación se produce a través de la acción de repetición y no de la acción fiscal.

Cordialmente,



ALBA DE LA CRUZ BERRÍO BAQUERO.
Directora Oficina Jurídica

Proyectó- Lucenith Muñoz Arenas
N.R. 2013IE00010178

