

80112- IE57453

Bogotá, D.C., Junio 26 de 2013.

Doctor

JULIO REDONDO ESCOBAR

Contralor Provincial

Gerencia Departamental Colegiada del Atlántico

Contraloría General de la República

Calle 70 No. 52-29, piso 2

Barranquilla - Atlántico

Ref. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL. CONTRATO DE CONCESIÓN.

1- SOLICITUD DE CONCEPTO.

Mediante radicado IE0043377 de mayo 5 de 2013 recibimos su consulta, en la que solicita concepto sobre la viabilidad de que la CGR avoque conocimiento sobre irregularidades denunciadas en la prensa, ocurridas durante la ejecución de un contrato de concesión, en el que el concesionario según lo denunciado, ha incumplido durante 14 años su obligación de pagar a la Nación la contraprestación económica a la que se comprometió, y en el que existe un conflicto económico entre el concesionario y un tercero, desde hace aproximadamente 5 años, por el supuesto incumplimiento de un contrato que se suscribió con ocasión del contrato de concesión.

En su consulta pregunta específicamente ¿La CGR es competente para conocer y entrar a deliberar sobre un negocio entre particulares y/o privados, que involucra un bien entregado en concesión?

2. CONCEPTOS DE LA OFICINA JURÍDICA. Alcance y competencia.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora 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.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹, 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.

¹ Art. 28, L.1437/2011.

Por lo anterior, nuestra competencia 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”*², 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”*³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *“la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”*⁴.

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”*⁵ 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”*⁶.

Finalmente aclaramos que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el Art.43, Núm. 16⁷ del D.L.267/2000, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Para resolver la consulta debemos tener en cuenta la competencia de los órganos de control fiscal y la caducidad de la acción fiscal.

3.1. COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL.

El control fiscal es una función pública, que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles (Art.4, L.42/1993)

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la **eficiencia**, la economía, **la eficacia**, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal

² Art. 43, Num. 4 del D.L. 267/2000.

³ Art. 43, Num. 5 del D.L. 267/2000.

⁴ Art. 43, Num. 12 del D.L. 267/2000.

⁵ Art. 43, Num. 11 del D.L. 267/2000.

⁶ Art. 43, Num. 14 del D.L. 267/2000.

⁷ Art. 43. OFICINA JURIDICA. 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.

manera que “*permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos”⁸ (subrayado es nuestro)*

Así, mediante el control de gestión las contralorías deben “examinar la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad”⁹ (subrayado es nuestro)

Para el efecto podrán revisar las cuentas de quienes manejen fondos o bienes del Estado, adelantando un “*estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones*”¹⁰ (subrayado es nuestro)

El proceso de responsabilidad fiscal “*podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000*”¹¹ (subrayado es nuestro)

Así, si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, “*podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al*

⁸ Art.8, L.42/1993.

⁹ Art.12, L.42/1993.

¹⁰ Art.14, L.42/1993.

¹¹ Art.8, L.610/2000.

*patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él*¹²

Ahora, cuando de la indagación preliminar, **de la queja**, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Art.40, L.610/2000)

3.2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL.

De conformidad con el Art. 9 de la L.610/2000 *“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”*. (Subrayado es nuestro)

Sin embargo, el cálculo del término de caducidad dependerá de si el hecho generador del daño fue de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.

Así, si el daño se produjo como consecuencia de un *“hecho o acto instantáneo”*, el término de los cinco (5) años de caducidad comenzará a cortarse desde el día de su realización.

De otra parte, si el daño se produjo como consecuencia de un hecho *“de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado”*, el término de los cinco (5) años de caducidad comenzará a contarse desde *“el último hecho o acto”*¹³.

Por lo anterior, si un concesionario ha incumplido su obligación contractual de pagar a la entidad concedente la contraprestación económica a la que se comprometió, y este incumplimiento ha ocurrido durante más de 14 años, para determinar si la acción fiscal caducó, el operador jurídico podría tener en cuenta entre otras consideraciones, las siguientes:

En principio, cuando las obligaciones se hacen exigibles, si el obligado (*contratista*) no las cumple voluntariamente, el acreedor (*entidad contratante*) puede hacerlas cumplir aún en contra de la voluntad de obligado, ejerciendo la acción de cobro antes de que caduque o prescriba *-sin perjuicio de la utilización de mecanismos tales como la imposición de multas pactadas o la declaratoria de la caducidad del contrato, dependiendo de la gravedad del incumplimiento-*.

¹² Art.39, L.610/2000

¹³ Art.9, L.610/00.

Para efecto del control fiscal, solo podría considerarse que existe daño patrimonial al Estado cuando las acciones de cobro de las que disponía la entidad contratante, para ejecutar las obligaciones a su favor, aún en contra de la voluntad del contratista, hayan caducado o prescrito.

Así las cosas, si se trata de una concesión en ejecución, la omisión en el cobro de las obligaciones que se han hecho exigibles, genera responsabilidad disciplinaria para los servidores públicos que han incumplido sus funciones y deberes.

Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad fiscal que estas omisiones pudieran causar, el daño patrimonial ocurriría solo en el momento en el que prescriba la acción de cobro para ejecutar la liquidación bilateral, unilateral o judicial, en la que se ordene el pago de las contraprestaciones económicas adeudadas. Antes de esta fecha, solo existiría el riesgo de la ocurrencia del daño.

4. CONCLUSIONES.

La Oficina Jurídica en ejercicio de la facultad establecida en el Art. 43 del D.L.267/2000 y el Art.28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se permite conceptuar:

- (1) ¿La CGR es competente para conocer y entrar a deliberar sobre un negocio entre particulares y/o privados, que involucra un bien entregado en concesión?

Aunque la pregunta no es clara, consideramos que la CGR es competente para investigar y declarar la responsabilidad fiscal de los particulares que manejen fondos o bienes públicos, si de su gestión, por acción u omisión, se deriva un daño patrimonial para el Estado.

Por lo anterior, en cada caso corresponderá a quien tenga la competencia para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, determinar si los contratos que para la ejecución de la concesión suscribió el concesionario con terceros, generaron o no un daño patrimonial al Estado¹⁴, caso en el cual, para atribuir dicha

¹⁴ **Art.6, L.610/2000.** 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.

responsabilidad, deberá verificar además: **(1)** que haya existido gestión fiscal por parte del concesionario; **(2)** que esté comprobada una conducta dolosa o culposa del concesionario; **(3)** que exista un nexo causal entre la conducta dolosa del concesionario y el daño patrimonial al Estado¹⁵; y **(4)** que no haya caducado la acción fiscal¹⁶.

Finalmente, le informamos que los conceptos expresados por esta dependencia con relación a éste y otros temas pueden ser consultados visitando el enlace "*Normatividad*" de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

ALBA DE LA CRUZ BERRÍO BAQUERO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Rossy Liliانا Ascencio Pachón, Profesional Universitario
Radicado: 2013IE0043377

¹⁵ Art.5, L.610/2000.

¹⁶ Art.9, L.610/2000.