

Para archivar en carpeta

110.023.2005

1.

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.P: 110-3-26220, 04/04/2005 11:22 AM
Trámite: 435 - CONCEPTO
I-24776 Actividad: 01 INICIO, Folios: 10, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 100 AUDITOR GENERAL

Bogotá, D.C., abril 4 de 2005



- PARA:** Dr. ALBERTO CAMILO SUÁREZ DE LA CRUZ
Auditor General de la República
- DE:** AMPARO QUINTERO ARTURO
Directora Oficina Jurídica
- ASUNTO:** Representación de la AGR en audiencia de pacto de cumplimiento a celebrarse el día siete (7) de abril de 2005, a partir de las 2:30 p.m.
- REFERENCIA:** Expediente No. 250002315000200402417-01 Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. Acción popular promovida por la AGR en contra de la Contraloría General de la República y la Contraloría de Bogotá por vulneración de los derechos colectivos a la moralidad pública e integridad y defensa del patrimonio público

Apreciado doctor Alberto Camilo:

Ante la negativa del Ministerio del Interior y de Justicia de dar trámite a la solicitud de concepto elaborada por la Auditoría General de la República que se pretendía formular ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, acerca de la naturaleza de los pagos hechos por las entidades públicas por concepto intereses de mora, multas y sanciones que pagan las entidades públicas a favor de otras personas jurídicas, públicas y privadas, la doctora **CLARA EUGENIA LÓPEZ OBREGÓN**, promovió acción popular en contra de la Contraloría General de la República (CGR en adelante) y de la Contraloría Distrital, la cual se encuentra actualmente en trámite ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Una vez agotado el traslado dado a las entidades accionadas, la doctora **FABIOLA OROZCO**, Magistrada Ponente en el referido asunto, fijó como fecha para realizar "Audiencia de Pacto de Cumplimiento" para el próximo jueves siete (7) de abril, a partir de las 2:30 de la tarde.

Handwritten signature and date: 4/7/05 11:27 AM

Carrera 10a. No. 17-18 Piso 9o
PBX: 3 18 68 00 Fax: 3 18 67 90
Teléfono 9800 910205 A.A. 12346
Bogotá D.C. Colombia

EL AUTOCONTROL ES LA SALIDA

Teniendo en cuenta que la acción fue promovida por la doctora **LÓPEZ OBREGÓN** en su calidad de Auditora General, la representación de la entidad dentro de esa audiencia le corresponde al actuar Auditor, doctor **ALBERTO CAMILO SUÁREZ DE LA CRUZ**, o a quien él decida delegar esa función, salvo la doctora **DORIS PINZÓN AMADO** quien por haber realizado su pasantía en la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del "Curso Inicial de Formación Judicial" realizado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se encuentra inhabilitada para asumir la representación de la entidad ante la referida Corporación durante el término de un año.

Con el objeto de facilitar la decisión de continuar asumiendo directamente la representación de la entidad o de otorgar poder especial para tal efecto, a continuación se realiza un breve análisis del tema sometido a revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el objeto de la acción popular y, de la audiencia de pacto de cumplimiento, prevista para los próximos días.

No sobra advertir que por disposición expresa del artículo 27 de la Ley 472 de 1998, es posible solicitar la suspensión de la diligencia siempre que exista prueba siquiera sumaria de causa debidamente justificada. De estimarse procedente acudir a una solicitud de aplazamiento, una causa justificada podría ser la inminente elección del Auditor, a quien le correspondería definir si la entidad se mantiene o no, en la interpretación hecha por esta entidad desde 19 de febrero de 2002.

1.- Antecedentes del ejercicio de la acción popular: A continuación se realiza una breve exposición de las actuaciones previas que realizó la Auditoría General de la República para efectos de lograr la modificación de la posición adoptada por la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, que consideran que en los eventos en que entidades públicas pagan a favor de otras de la misma naturaleza, multas, sanciones o intereses de mora, tales pagos no constituyen detrimento para el patrimonio público:

1.1.- De conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", constituye detrimento o daño patrimonial al Estado que debe ser recuperado por los organismos de control fiscal,

"[. . .] la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de



AUDITORÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA

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 a 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.” –

1.2.- El día 15 de enero de 2001, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República emitió el concepto No. 80112-0070, en el cual se ha precisado que cuando las entidades públicas cancelan sumas por concepto de multas, intereses de mora o sanciones no se configura detrimento al patrimonio público puesto que “[. . .] el daño patrimonial debe mirarse con una concepción de Estado y no de entidades u organismos particulares.”¹ y, por ello no hay lugar a adelantar procesos de responsabilidad fiscal, toda vez que las sumas nunca han salido del Tesoro Público, entendido este concepto en su acepción más amplia. Se apoya la posición en la apreciación de que “[n]o tiene lógica que una entidad estatal imponga una multa a otra, las multas deben dirigirse a los funcionarios o a los particulares pero no al mismo Estado.”, desconociendo que ha sido el legislador el que ha autorizado a algunas entidades públicas a realizar este tipo de cobros a otras de la misma naturaleza, cuando incurren en incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, de carácter económico.

El concepto emitido desde el 15 de enero de 2001 ha sido ratificado por esa entidad en varias oportunidades² y, la posición adoptada en ellos ha servido de fundamento para que en la Contraloría General de la República y en algunos organismos de control fiscal del nivel

¹ Concepto emitido por solicitud hecha por el Dr. Carlos Ossa Escobar de fecha 15 de enero de 2001.

² Como ejemplo de ello se pueden citar los conceptos No. 2480 de 26 de julio de 2001 y 80112-704 de 20 de marzo de 2002 proferidos por la Oficina Jurídica. En el primero, adicionalmente se afirmó: “La afectación patrimonial se predica del Estado es decir el daño se produce contra el Erario Público, y no de una entidad estatal a otra pues el Estado es uno sólo, y las diferentes entidades que lo conforman son parte integrante del mismo, y no puede perderse de vista que la gestión fiscal se contrae al manejo de la Hacienda Pública, la cual es definida por el artículo 35 de la Ley 42 [. . .].”

territorial como la Contraloría Distrital de Bogotá, se haya ordenado el archivo de procesos que se iniciaron con el objeto de recuperar el valor de las multas, sanciones e intereses de mora que han cancelado las entidades públicas con ocasión del incumplimiento de las obligaciones fiscales y de otra naturaleza que les impone el ordenamiento jurídico colombiano.

1.3.- La Oficina Jurídica de la Auditoría General profirió concepto en fecha posterior³, en el que después de un juicioso análisis se concluyó en forma radicalmente opuesta a la posición sentada por la Contraloría General. Se resalta que de acuerdo con la interpretación hecha por la Oficina Jurídica, tales pagos constituyen detrimento al patrimonio público y, por tanto, deben ser recuperados a través del proceso de responsabilidad fiscal. Esta posición se fijó durante la administración del doctor **CÉSAR LÓPEZ BOTERO** y se mantuvo durante la gestión de la doctora **CLARA EUGENIA LÓPEZ**.

1.4.- Con el objeto de lograr la modificación de la posición adoptada por la Contraloría General, se remitieron varios oficios al señor Contralor, haciendo una exposición de las razones jurídicas en que se fundamenta la posición de la entidad. Esta solicitud fue negada por el Contralor, aduciendo que no tenía competencia para ello y, en todo caso, se encontraba de acuerdo con los argumentos expuestos por el anterior Jefe de la Oficina Jurídica.

1.5.- En procura de obtener un pronunciamiento con mayor fuerza de autoridad doctrinaria, se solicitó al Ministro del Interior y de Justicia, se remitiera la solicitud de concepto elaborada por la AGR, destacando que la entidad no podía acudir en forma directa ante la referida instancia por prescripción expresa del numeral 1º del artículo 38 de la Ley 270 de 1996.

Al no encontrar mérito para remitirlo al Consejo de Estado, el Ministro del Interior y de Justicia decidió remitir la solicitud al Ministerio de Hacienda de Crédito Público, que ha fijado una posición similar a la expuesta por la Contraloría General de la República.

³ Auditoría General de la República. Oficina Jurídica. Concepto de fecha 19 de febrero 2002. NUR 110-1-8539. Concepto emitido a solicitud de la Contraloría Municipal de Florencia.

1.6.- Como último recurso judicial se ha acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio de la acción popular a la que se ha hecho referencia en este escrito y que tiene por objeto de "[h]acer cesar la amenaza que se cierne sobre la moralidad y patrimonio públicos reconociendo que en los eventos en que entidades u organismos del Estado liquidan y pagan a favor de otros entes públicos o de particulares, sumas por concepto de sanciones, multas o intereses de mora por el incumplimiento de sus obligaciones legales, existe detrimento al patrimonio público y es deber de las contralorías recuperar esos valores mediante el trámite de un proceso de responsabilidad fiscal."

Así mismo, se solicitó que el Tribunal "[o]rdene a las contralorías del país abstenerse de continuar dando aplicación a la interpretación hecha por la Contraloría General de la República en el concepto No. 80112-00070A de 15 de enero de 2001 emitido por su Oficina Jurídica y que ha servido como fundamento al archivo de cuantiosos procesos de responsabilidad fiscal tramitados por esta causa, pues con ello se incurre en omisión del deber constitucional encomendado a las contralorías de recuperar el valor de los detrimentos ocasionados al patrimonio público incentivando el deficiente manejo de los recursos del erario, con grave afectación de la moralidad que debe caracterizar las actuaciones de las autoridades públicas."

Estas solicitudes se apoyaron en una investigación fiscal archivada por la Contraloría de Bogotá acogiendo la posición planteada por la CGR, pues con ello no sólo se está propiciando el manejo irresponsable de los recursos del erario por parte de quienes tienen a su cargo la dirección de las entidades públicas, sino que adicionalmente se afecta el patrimonio público, toda vez que se impide que las personas jurídicas de derecho público puedan recuperar el valor de los detrimentos que les han sido ocasionados.

- 2.- **El concepto de la Contraloría General de la República:** En concepto No. 070 A emitido por la Oficina Jurídica del referido organismo el día 15 de enero de 2001, se ha precisado que cuando las entidades públicas cancelan sumas por concepto de multas, intereses de mora o sanciones no se configura detrimento al patrimonio público puesto que "[. . .] el daño patrimonial debe

mirarse con una concepción de Estado y no de entidades u organismos particulares.”⁴ En este sentido, se indica en el concepto:

“[. . .] Esto, que puede parecer obvio, torna importancia en el caso frecuente en que una entidad multa a otra. De acuerdo con algunas posiciones debería abrirse un proceso de responsabilidad fiscal por el valor de la multa a los responsables de que la entidad haya sido multada. Sin embargo, si se tiene en mente que el daño patrimonial es al “Estado” no hay lugar a responsabilidad fiscal puesto que el Estado no ha sufrido detrimento lo que realmente ha producido es una transferencia de recursos de una entidad a otra.”

Como una acotación a lo anterior, en el pie de página se discurre sobre los siguientes razonamientos:

“[. . .] Aunque no se podría iniciar un proceso por el valor de la multa, hilando muy delgado podemos sostener que existiría la posibilidad de abrir un proceso por el daño emergente representado en todos los recursos que se gastaron realizando los trámites administrativos de imponer la multa y recaudarla –salarios de personal, servicios financieros, etc- (sic). Esto en el fondo, lo que muestra es que no tiene lógica que una entidad estatal imponga una multa a otra, las multas deben dirigirse a los funcionarios o a los particulares pero no al mismo Estado.”

El concepto de detrimento al patrimonio público en la forma en que es entendido por la Contraloría General conduce a aceptar que sólo hay daño fiscal cuando existe una pérdida efectiva de recursos, pasándose por alto que el artículo 6º de la Ley 610 de 2000 ha previsto que constituye detrimento no sólo esta clase de afectaciones, sino adicionalmente todo menoscabo, disminución, perjuicio, deterioro e incluso, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado.

Así mismo, se ha pasado por alto que en la gran mayoría de casos se trata de obligaciones adquiridas por una persona jurídica de derecho público a favor, que por tener patrimonios autónomos e independientes, no pueden confundirse o fusionarse en uno sólo, como mal lo pretende la CGR. De ser ello así, ninguna entidad pública podría demandar a otra ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por el reconocimiento o recuperación de derechos

⁴ Concepto emitido por solicitud hecha por el Dr. Carlos Ossa Escobar de fecha 15 de enero de 2001.

patrimoniales, pues bastaría levantar actas para realizar los ajustes contables correspondientes sin llegar a congestionar aún más a la administración de justicia. Sin embargo, como bien se puede constatar en cualquier tribunal del país, e incluso en el mismo Consejo de Estado, varias son las demandas con pretensiones indemnizatorias o patrimoniales que en la actualidad cursan entre entidades públicas.

- 3.- **El concepto de la Auditoría General de la República:** Para la Auditoría General de la República –AGR– constituye detrimento al patrimonio público el pago que hacen las entidades por concepto de intereses de mora y sanciones que tengan origen en el incumplimiento de sus obligaciones tributarias y de otra índole. Por ello, en esos eventos se considera procedente adelantar proceso de responsabilidad fiscal en contra de quienes tienen asignadas las funciones de declarar y/o pagar obligaciones a cargo de las entidades públicas, cuando como consecuencia de su incumplimiento, los organismos deben asumir el pago de intereses de mora o de cualquier clase de sanción.

Esta posición encuentra fundamento en la definición que de daño patrimonial al Estado hace el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, norma que no limita la ocurrencia de éste fenómeno a casos de pérdidas, mermas o deterioros y lo extiende a los eventos en que la conducta asumida produce una disminución sobre los recursos públicos confiados al ente o, constituye uso indebido, pues como bien lo ha entendido la Corte Constitucional, los gestores públicos están llamados a desempeñar un nuevo y especial papel que hacen más exigente su nivel de responsabilidad.

Para esta entidad es claro que el concepto de Estado utilizado por la norma no tiene un efecto “generalizador” que permita llegar a la conclusión que para efectos de la responsabilidad fiscal, el patrimonio público es uno solo. Nadie desconoce que a pesar de que el erario público está conformado por todos los recursos públicos, sean estos de la Nación o de las entidades territoriales, para efectos de facilitar el desarrollo de las funciones encomendadas a las autoridades públicas, cada una de estas reciben recursos que se conforman y administran de manera independiente y por cuyo manejo deben responder ante la sociedad. Ello explica que en varios apartes de la Ley 610 de 2000 el legislador haga alusión a la “entidad afectada”, pues es claro que la realización de un detrimento se concreta en el patrimonio de una entidad pública.



Este supuesto se cumple de manera más clara en las entidades territoriales, pero aún en el caso de las demás dependencias y organismos que constituyen una sección dentro del presupuesto éste principio también se cumple, pues ellos son los directamente responsables del manejo de los recursos que les son transferidos, que se independizan totalmente de los recursos de la Nación para efectos de lograr la satisfacción de los cometidos estatales. De allí que si son utilizados para el pago de sanciones, multas o intereses de mora, sea posible afirmar que el cometido no se cumple y que deba ser exigido al responsable de la conducta el resarcimiento de la afectación patrimonial sufrida por la entidad.

Ahora, es evidente que el pago de intereses moratorios o sanciones producen una disminución sobre el monto de los recursos asignados a las entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones e independientemente de que tales sumas puedan ingresar a las arcas de la Tesorería General de la Nación, reflejan una indebida gestión cuyo costo debe ser revertido a la sociedad como lo prevé el artículo 6° de la Ley 610.

En criterio de la AGR, la situación planteada en términos de gestión pública tiene un costo que debe ser asumido por aquellos a quienes se ha confiado el manejo de los recursos estatales, pues nada justifica que contando con las sumas requeridas para atender las obligaciones tributarias y de otra índole, los directivos de las entidades y demás responsables de los recursos, se abstengan de hacer los pagos obligando a las dependencias a su cargo a asumir intereses de mora y sanciones impuestas como consecuencia de su actuación negligente.

- 4.- **Naturaleza de la acción popular y procedencia de su ejercicio en el presente caso:** La acción popular es un recurso constitucional reconocido a toda persona para garantizar la protección de los derechos colectivos. La Ley 472 de 5 de agosto de 1998 ha definido lo que se debe entender por derecho colectivo y en su artículo 4° ha hecho una relación, de la cual es importante citar los reconocidos en sus literales b) y c), que son del siguiente tenor literal:

"Artículo 4o. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

[. . .] b) La moralidad administrativa;

[. . .] e) La defensa del patrimonio público;"

En el presente caso, se ha considerado que con la posición asumida por la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales ya expuesta, se vulneran los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, dado que conductas abiertamente irregulares que lesionan los escasos recursos con que cuentan las personas jurídicas de derecho público, puedan ser recuperados.



5.-

Audiencia de pacto de cumplimiento: El artículo 27 de la Ley 472 de 1998 ha establecido esta etapa con el objeto de que las partes en conflicto puedan llegar a un acuerdo sobre las conductas que se deben asumir para que cese la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. En este sentido, prevé:

"[. . .] Artículo 27. Pacto de cumplimiento.- El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria.

La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento.

En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible.

El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas.

La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos:

- a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas;
- b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento;
- c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento.

En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a).

La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas.

El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto."

Agradezco que cualquier instrucción sobre el particular se imparta a más tardar, el próximo miércoles seis (6) de abril.

Atentamente,


AMPARO QUINTERO ARTURO
Directora Oficina Jurídica

DPA