

Bogotá D.C.,
110.

Doctora

RUTH NOHEMY MAESTRE BRUGÉS

Directora de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción coactiva

Contraloría Departamental del Cesar

Correo electrónico: runomabru@gmail.com

E. S. D.



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202300578
Fecha: 16 de febrero de 2023 06:46:01 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Contraloría de Cesar

Referencia: Concepto: 110.010.2023
SIA-ATC No. 012023000014.

1. Del proceso administrativo sancionatorio fiscal (PASF).
2. De la imposición de la sanción multa en el PASF.

Respetada Doctora Ruth Nohemy:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en una pregunta realizado por el usuario a través del chat institucional AGR, identificada bajo radicado No. 20232330000152 / SIA-ATC No. 012023000014 del miércoles 04 de enero de 2023, en el que hace la siguiente consulta:

«(...) Cómo imponer sanción de multa a un servidor público sin base salarial (...)»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: «Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)» (Negrilla fuera de texto).

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le

corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo»¹, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Teniendo en cuenta lo anterior y con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre el tema consultado, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto, resaltándose que el criterio respecto al tema planteado no puede entenderse como la determinación de una decisión.

1. DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO FISCAL -PASF-:

Previo a entrar a realizar un análisis sobre la imposición de la sanción multa en el PASF, se estima pertinente traer a colación las normas especiales y generales que regulan la materia en el marco del proceso sancionatorio fiscal de competencia de los entes de control fiscal.

Teniendo claridad que el proceso administrativo sancionatorio de carácter fiscal (en adelante PASF), es una actuación netamente administrativa, se deberá desarrollar con arreglo en los parámetros constitucionales, en relación con las garantías procesales, principios de la función pública y derechos fundamentales en lo concerniente al debido proceso administrativo, derecho de defensa, impugnación, contradicción, favorabilidad, presunción de inocencia, doble instancia, legalidad de las faltas y de las sanciones entre otras.

Es pertinente mencionar la norma especial tiene prelación ante la norma general, aplicando el principio de especialidad, es por ello que en materia de procesos administrativos sancionatorios fiscales, estos se encuentran regulados en la norma especial contenida en el Decreto 403 de 2020 en su título IX artículos 78 a 88, donde se estableció la naturaleza jurídica PASF, el factor competencia, el campo de acción del proceso, las causales de la conducta sancionable, tipo de sanciones y los criterios para las imposiciones de las misma.

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3

De la misma forma existe otra normatividad de carácter especial que regula el proceso sancionatorio fiscal, es la Ley 2080 de 2021 «Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción». Esta disposición regula la parte procedimental del PASF, en donde se adicionó sustancialmente varios apartes de la Ley 1437 de 2011, como es el caso del artículo 47A, el parágrafo del artículo 48, el parágrafo del artículo 49 y el artículo 49A en lo concerniente a los recursos en el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal.

Por las razones anotadas, la norma general y/o supletoria que llena los vacíos jurídicos no regulados por la normatividad especial en materia de PASF, es la Ley 1437 de 2011² mediante lo consignado en el capítulo III «Procedimiento administrativo sancionatorio», en los artículos 47 al 52, el CPACA tiene como finalidad establecer de forma general en lo concerniente a dicho procedimiento v.gr. el inicio del proceso y la formulación de cargos a los implicados, los descargos, el período probatorio, el traslado para los alegatos respectivos, entre otros aspectos que regulan el procedimiento del PASF en el CPACA.

Para aquellos aspectos no regulados por parte de la norma especial y general en materia de PASF, se deberá acudir al Código General del Proceso, siempre y cuando sea compatible con la naturaleza del proceso y la actuación que corresponda, de conformidad con lo reglado en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011³

Dicho lo anterior, es preciso señalar que la normatividad especial, esto es el Decreto Ley 403 de 2020 en sus artículos 83 y 84, establece de manera taxativa los tipos de sanciones administrativas y los criterios para la imposición de las mismas, en coordinación armónica con los lineamientos de la graduación de las sanciones que trae colación la norma general del CPACA en su artículo 50, atendiendo los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en las sanciones administrativas.

2. De la imposición de la sanción multa en el PASF:

La facultad y/o potestad sancionadora de los órganos de control fiscal, está enmarcado en el numeral 5º del artículo 268 de la Constitución Política de Colombia, artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019, en el que se le asigna, la función de: «(...) establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, **imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso**, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. (...)» (Negrilla fuera del texto)

² Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. -CPACA-

³ Art. 306 ASPECTOS NO REGULADOS: En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos (...).

En este orden de ideas, tenemos que la facultad sancionatoria de competencia de los Organismos Fiscalizadores, es de raigambre constitucional, de conformidad con lo prescrito en el numeral 5° del artículo 268 Superior, mandato que fue desarrollado por el Decreto Ley 403 de 2020, con el objeto de dar aplicación a los mecanismos sancionatorios allí descritos.

Con fundamento legal en lo preceptuado en el Decreto Ley 403 del 2020, «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal», en su Título IX, artículo 78°, estableció la naturaleza especial del PASF, «Propende por el debido ejercicio de la vigilancia y el control fiscal, la protección del patrimonio público y el cumplimiento de los principios constitucionales y legales del control y la gestión fiscal. Las sanciones administrativas fiscales no tienen naturaleza disciplinaria ni indemnizatoria o resarcitoria patrimonial, pueden concurrir con esas modalidades de responsabilidad y proceden a título de imputación de culpa o dolo».

En cuanto al factor competencia, se reguló en el artículo 79° del mismo normado: «El conocimiento del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Fiscal y su trámite de primera y segunda instancia, se surtirá por parte de los funcionarios que determine la ley o el titular del órgano de control fiscal respectivo, de conformidad con su estructura orgánica y funcional»

En relación con la naturaleza jurídica de la facultad sancionatoria otorgada a los órganos de control fiscal, no posee un carácter resarcitorio, sino disuasivo de la conducta, tiene por finalidad constreñir e impulsar el correcto y oportuno cumplimiento de ciertas obligaciones que tienen los sujetos de control fiscal y demás entidades públicas obligadas a rendir información, es decir, juzga la violación de un deber legal del sujeto pasivo de control fiscal y se constituye en un acto típico de la administración. Con la entrada en vigor de la Ley Anticorrupción No. 1474 de 2011, los particulares están sujetos a control fiscal siempre y cuando éstos manejen bienes del Estado.

La potestad sancionatoria de los entes de control, es de carácter administrativo y emana del poder que tiene las autoridades del control fiscal, para imponer las sanciones a que hubiere lugar, tal como lo afirmó la Honorable Corte Constitucional⁴ en sentencia C-484 de 4 de mayo de 2000, así:

«... El constituyente diseñó el marco general de conducta para cada uno de los órganos fiscalizadores, encomendó funciones y atribuciones expresas para garantizar la efectividad del control, la moralidad y la transparencia de la función pública y del manejo de los recursos públicos.»

En la misma sentencia citada en líneas anteriores la Corporación, estableció la naturaleza jurídica de la sanción y sus elementos estructurales, en el siguiente contexto jurisprudencial:

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 484 de 4 de mayo de 2000, Corte Constitucional, Sentencia C- 840 – 01, M.P. Jaime Araujo Rentería, Disponible en: corteconstitucional.gov.co

«Sin pretender elaborar criterios rígidos y exhaustivos, la Corte considera que la naturaleza jurídica de una sanción podría definirse si se tienen en cuenta cuatro elementos: a) el titular de la sanción, o criterio orgánico. b) la finalidad de la medida o la ratio. c) el tipo de conducta sancionada y, d) el tipo de derecho afectado, esto es, la órbita en la que interviene el Estado».

De acuerdo con la jurisprudencia, es claro que la facultad sancionatoria otorgada a los órganos de control fiscal, fue conferida con el fin de optimizar la función de vigilancia y control fiscal.

Por otra parte, al analizar la imposición de las sanciones descritas por el artículo 83 del Decreto Ley 403 de 2020, se observa que dicho artículo dispone lo siguiente:

«**ARTÍCULO 83° SANCIONES:** Dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Fiscal, los órganos de control fiscal podrán imponer las siguientes sanciones:

1. Multa. Consiste en la imposición del pago de una suma de dinero en moneda colombiana desde uno (1) hasta ciento cincuenta (150) salarios diarios devengados por el sancionado para la época de los hechos. En caso de los particulares la sanción se tasaré entre cinco (5) y diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Suspensión. Consiste en la orden de separación temporal del cargo del servidor público sancionado, hasta por ciento ochenta (180) días.

PARÁGRAFO. El valor del salario diario se calculará de la división del monto del salario mensual certificado entre treinta (30)». (Subrayas fuera de texto)

En este contexto lo primero es manifestar que los artículos 122 y 123 superiores, establecieron:

«**ARTICULO 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.
(...)»

ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (...)»

Como se observa, está previsto que todo empleado público tenga en el presupuesto correspondiente definidos los emolumentos que va a percibir. Ahora bien, el concepto de servidor público es más amplio e implica un vínculo laboral con el Estado, bien desde el punto de vista legal y reglamentario o puramente contractual.

Lo anterior es relevante para el caso sometido a estudio como quiera que en la organización administrativa se ha establecido la posibilidad que los servidores públicos no solo se reciban emolumentos por concepto de salario, sino también por concepto de honorarios.

A manera de ejemplo, da cuenta de lo anterior, lo establecido en la Constitución Política, en su artículo 312 modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2007 que señala en su inciso segundo que «Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.»

Adicionalmente en su inciso 3 dispone que: «La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones». De la misma forma la Ley 136 de 1994 en su artículo 65, consagra que: «Los miembros de los concejos de las entidades territoriales tienen derecho a reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarios (...).»

Con las anteriores claridades puestas de presente, respecto de la inquietud formulada, resulta necesario entender que existen servidores públicos que no perciben salario, sino honorarios, no obstante, pueden ser destinatarios del procedimiento administrativo sancionatorio fiscal. En estos casos a criterio de este Despacho es preciso asimilar el término honorario, para efectos de la dosificación y/o cuantificar la sanción económica atendiendo las reglas establecidas en el artículo 83 de Decreto Ley 403 de 2020, en particular lo percibido para la época de los hechos del servidor objeto del PASF, atendiendo los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Esta regla se justifica en que todas las autoridades están bajo el imperio de la Constitución y la ley, lo que implica que sus actuaciones deben estar acordes con los postulados allí referidos. De no hacerse así, la finalidad de la sanción multa en el PASF respecto de estos servidores sería inocua y carecería de objeto.

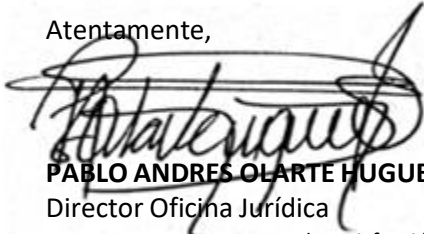
En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'**» (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

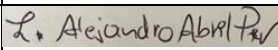
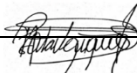
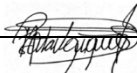
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia: Avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D. C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña: **06e13b91**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra		16-02-2023
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		16-02-2023
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		16-02-2023

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.