

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

80112 - **157** - 2023
CGR-OJ-

Contraloría General de la República : SGD 06-10-2023 15:05
Al Contestar Cite Este No.: 2023EE0173417 Fol:1 Anex:0 FA:0
ORIGEN: 80112 OFICINA JURÍDICA / ISDUAR JAVIER TOBO RODRIGUEZ
DESTINO ANGELA JOHANA OSORIO GOMEZ / CONTRALORIA MUNICIPAL DE RIONEGRO (I)
ASUNTO: RESPUESTA OFICIO CON RADICADO NO. 2023ER0155725
OBS:

Bogotá D.C.,

2023EE0173417



Doctora

ANGELA JOHANA OSORIO GOMEZ

Contralora Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.

Contraloria Municipal de Rionegro.

atencionciudadania@contraloriarionegro.gov.co,

Referencia: Respuesta al oficio radicado No. 2023ER0155725

Tema: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL. -
RESARCIMIENTO DEL DAÑO. -

Respetada Doctora:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió por parte de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente EL traslado parcial de las preguntas 5 y 6 de su consulta, que, a su vez, fuera trasladada a dicha entidad por parte del Ministerio del Interior, preguntas que procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente

Indica en su comunicación que, adelantado el proceso de responsabilidad fiscal en debida forma, y estando en etapa de audiencia de descargos, la cual fue suspendida con el fin de practicar pruebas, se logra evidenciar que los presuntos responsables en los términos de suspensión de dicha audiencia, cancelan el monto del presunto detrimento patrimonial a la entidad afectada, por lo que allegan el soporte de dicho pago como prueba del resarcimiento del presunto detrimento patrimonial.

Hace referencia a lo dispuesto en los artículos 16, 47 de la Ley 610 y 111 de la Ley 1474 de 2011, los cuales prescriben:

"ARTÍCULO 16. **CESACIÓN DE LA ACCIÓN 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,

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

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."

"ARTÍCULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma."

Y el artículo 111 de la Ley 1474, el cual reza: "PROCEDENC/A DE LA CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL. En el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal únicamente procederá la terminación anticipada de la acción cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad."

Señala también que, no obstante, se tiene que, si bien se fue cancelado el valor del presunto detrimento patrimonial relacionado en el auto de apertura, el mismo no fue indexado, por lo que teniendo en cuenta lo manifestado en el concepto 2018ER0132876 del 18/12/18 (sic) de la Contraloría General de la República, en el cual se afirma:

(. , .) "Pues bien, si como ya se dijo, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda.

(...) "El extracto jurisprudencial, muestra una de las formas de reparación del daño y consiste en fijar una indemnización que incluye el daño emergente y el lucro cesante, suma de dinero que a todas luces deberá ser indexada, es decir, traerla a valor presente. Sobre la noción de indexación, ha dicho la Corte Constitucional, lo siguiente: "La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, de aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada (...) Tal actualización se lleva a cabo mediante distintos mecanismos, los cuales permiten la revisión y corrección periódica de las prestaciones debidas, uno de los cuales es la indexación. La indexación ha sido definida como un "sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas,

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc."

De lo anterior, se puede concluir que la indexación se predica respecto de sumas de dinero, luego tendrá lugar la aplicación de este cálculo cuando se pretenda resarcir el daño fiscal mediante el pago de la cuantía estimada por parte del órgano de control fiscal" (...)

(..) "La finalidad de la responsabilidad fiscal es resarcitoria, es decir, que lo importante es conseguir la reparación del daño causado al patrimonio público, lo cual puede hacerse mediante el pago de una indemnización que incluya el daño emergente, el lucro cesante, y que dicha suma sea debidamente indexada. La indexación debe hacerse en los términos del artículo 53 de la Ley 610 de 2000 y se predica respecto de obligaciones dinerarias. Si se trata de un contrato de obra, se puede reparar el daño construyendo lo pasado.

Lo relevante en el escenario de la responsabilidad fiscal es tratar de regresar las cosas al punto donde se encontraban antes de ocasionar el daño, como si no hubiera tenido, lugar, siempre y cuando sea el responsable quien asuma en su totalidad la deuda y el afectado no haya incurrido en erogación alguna."(. . .)

Dado lo anterior este despacho eleva la siguiente consulta al aportar el pago del valor del presunto detrimento patrimonial relacionado en el auto de apertura, sin que se haya efectuado la respectiva indexación, y estando dentro del trámite de la audiencia de descargos.

En este contexto, consulta:

1. ¿Se entiende el resarcido el presunto detrimento patrimonial con ese pago?
2. ¿Se debe proceder con la cesación de la acción fiscal por pago?
3. ¿Se debe fijar una nueva fecha de audiencia de descargos con el fin de realizar la respectiva indexación del presunto detrimento patrimonial, y una vez pagada dicha suma archivar el proceso?
4. ¿Cuál sería el trámite que se debe seguir en estos casos? (...)"

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 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. 25 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

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"*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 *"las 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.

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 2000⁷, esta 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.

Esta Oficina Jurídica analizó el tema en el concepto jurídico: CGR-OJ-037-2021.

4. Consideraciones jurídicas.

4.1. Problema Jurídico.

De las preguntas formuladas por le consultante, el problema jurídico a tratar es:

¿Si durante la Audiencia de Descargos, se realiza el pago del valor del presunto detrimento patrimonial determinado en el auto de apertura del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal, sin que se haya efectuado la respectiva indexación, se entiende resarcido el presunto detrimento patrimonial con ese pago?

² Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

³ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ 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.

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

Es importante, previo a resolver el problema jurídico planteado, recordar que la función consultiva de la Oficina Jurídica como dependencia adscrita al Despacho del Contralor, no está concebida para resolver los asuntos que en casos particulares y concretos relativos a la vigilancia fiscal o a la responsabilidad fiscal deben ser conocidos y decididos por los funcionarios competentes. Por lo anterior, esta Oficina se abstiene de resolver consultas respecto a casos concretos y solo lo hace en asuntos planteados de forma general. En ese sentido, es claro que esta Oficina a través de sus pronunciamientos no ofrece soluciones a casos particulares, puesto que esta labor recae sobre los funcionarios competentes, ello de conformidad con lo dispuesto en la Circular 018 de 2017 expedida por el Contralor General de la República.

De otro lado, se indica que el concepto jurídico al que Usted hace referencia en su escrito como 2018ER0132876 del 18/12/18, corresponde es al concepto jurídico No CGR- OJ 009 de 2019, con radicado No. 20191E0004857 de 24 01 de 2019.

4.2. PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL- AUDIENCIA DESCARGOS.

De acuerdo con el artículo 97 de la Ley 1474 del 2011, el proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

La Ley 1474 de 2011, desarrolla el proceso de responsabilidad fiscal en dos audiencias, "la primera denominada Descargos y la segunda denominada de Decisión".

De conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 1474 del 2011, la audiencia de descargos tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones:

1. Ejercer el derecho de defensa.
2. Presentar descargos a la imputación.
3. Rendir versión libre.
- 4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.**
5. Notificar medidas cautelares.
6. Interponer recurso de reposición.
7. Aportar y solicitar pruebas.
8. Decretar o denegar la práctica de pruebas.
9. Declarar, aceptar o denegar impedimentos.

10. Formular recusaciones.
11. Interponer y resolver nulidades.
12. Vincular nuevo presunto responsable.
13. Decidir acumulación de actuaciones.
14. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente.

En esta audiencia las partes tienen la facultad de controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el auto de apertura e imputación, las decretadas en la Audiencia de Descargos y practicadas dentro o fuera de la misma.

En igual sentido, dispone la norma que en esta audiencia los presuntos responsables fiscales pueden aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.

El numeral 4 de la norma en cita, contiene dos supuestos en cabeza del presunto responsable, de una parte, la aceptación voluntaria de los cargos que se imputan, es decir que se declara responsable fiscal; de otra parte, la formulación de la propuesta de resarcimiento del daño o celebración del acuerdo de pago. Desde ahora es necesario precisar, que no por tener lugar el segundo supuesto del numeral en mención, cesa la acción fiscal, pues la normatividad que contempla dicho evento establece como causal el pago propiamente dicho, mas no el acuerdo de pago.

En igual sentido, y dado el carácter sui - generis que distingue el proceso de responsabilidad fiscal, correspondería al operador jurídico determinar si la aceptación de los cargos por uno de los implicados cuando la imputación fuere múltiple, afecta o no, la imputación de responsabilidad fiscal, en cuanto a la determinación de su valor, y, por tanto, deberá proceder de acuerdo a los parámetros legales correspondientes.

4.3. CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL

El artículo 16 de la Ley 610 del 2000, determina los eventos en los cuales procede la cesación de la acción fiscal, durante la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal señalando lo siguiente:

“(…) Artículo 16. Cesación de la acción 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. (…)”

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

La citada norma determina los casos en los cuales procede la declaración de la cesación fiscal, pues señala que durante el trámite de la Indagación Preliminar o del Proceso de Responsabilidad Fiscal, procede el archivo del proceso:

- i) cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse,
- ii) por haber operado la caducidad o prescripción,
- iii) cuando se demuestre que el hecho no existió,
- iv) cuando se demuestre que el hecho no es constitutivo de daño patrimonial al Estado,
- v) cuando el hecho no comporta el ejercicio de gestión fiscal,
- vi) cuando se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal,
- vii) cuando aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

También dispone el artículo 4711 de la Ley 610 de 2000, que habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio.

En igual sentido, el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, señala que cesa la acción fiscal cuando se acredita el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada.

Adviértase que para que se produzca el archivo del proceso de responsabilidad fiscal el daño debe haberse reparado en forma íntegra, en consecuencia, debe darse en forma total y absoluta la reparación del daño causado al erario.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, la aceptación de cargos y la propuesta de pago por parte del implicado, conlleva a que se debe proceder a dictar fallo con responsabilidad fiscal. En este orden, si el implicado de manera voluntaria acepta los cargos imputados, el órgano de control procede a establecer la responsabilidad fiscal, lo que lleva como consecuencia exigir el monto determinado en el fallo con su debida indexación a fin de que se realice la reparación integral del daño.

4.4. INDEXACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 610 del 2000, el objeto de la Responsabilidad Fiscal, contempla la reparación del daño en los siguientes términos:

“(…) Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa⁸ de quienes

⁸ La culpa debe ser grave. Sentencia Corte Constitucional C- 619 de 2001.

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. (...)"

La Corte Constitucional en sentencia No. C-840 de 2001, respecto a la reparación del daño, señaló lo siguiente:

"De otra parte destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. **El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido.** Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite." Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Por lo mismo, la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). **A lo cual se suma la indexación correspondiente, que para el caso de la responsabilidad fiscal se halla prevista en el inciso segundo del artículo 53 de la ley 610.** Pues bien, si como ya se dijo, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, **esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación ha que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. (...)** (Negrillas y subrayado por fuera del texto)

(...) "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."

Teniendo en cuenta lo anterior, la integralidad del resarcimiento se da cuando esta reparación incluye no solamente el valor del perjuicio directo (daño emergente), sino que también incluya los ingresos o ganancias que se han dejado de percibir por tal perjuicio, así como también la indexación de estos y aquel, es decir, la actualización o corrección monetaria producto de la pérdida del poder adquisitivo de estos valores.

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

El inciso 2 del artículo 53 de la Ley 610 del 2000, respecto a la Indexación señala:

“(…) Artículo 53. Fallo con responsabilidad fiscal. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes. (...)” (Negrillas y Subrayado por fuera del texto)

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 30 de mayo de 2013 dentro de la Radicación 25000-23-24-000-2006-00986-01, respecto a la indexación, dispuso lo siguiente:

“(…)”

Para la ciencia económica, la indexación se entiende como el procedimiento por medio del cual se aplica la modalidad de mantener constante en el tiempo el valor de compra en toda transacción, compensándola a la misma de manera directa o indirecta. Generalmente se aplica a instancias de la corrección de los precios de determinados productos de consumo, salarios, tipos de intereses, entre otros, con la misión y propósito de equilibrarlos y acercarlos al alza general de precios. En estos eventos, la indexación a aplicar será el resultado de la medición de un índice como, por ejemplo, el costo de vida o, en su defecto, el precio del oro o la devaluación de la moneda. En este sentido, el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón de la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente. (...)” (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Por otra parte, la indexación del daño patrimonial, se puede realizar en el momento en que el presunto responsable dentro del proceso de responsabilidad fiscal, de manera voluntaria decide resarcir el daño patrimonial investigado o imputado.

Igualmente procede de conformidad con la ley, en el fallo con responsabilidad fiscal que decide el proceso adelantado.

5. Conclusiones.

5.1. El artículo 16 de la Ley 610 del 2000, en armonía con lo dispuesto en el artículo 47 del mismo ordenamiento legal y el artículo 111 de la ley 1474 de 2011, determinan los eventos en los cuales procede la cesación de la acción fiscal, durante la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal.

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

5.2. La integralidad del resarcimiento se da cuando esta reparación incluye no solamente el valor del perjuicio directo (daño emergente), sino que también incluya los ingresos o ganancias que se han dejado de percibir por tal perjuicio, así como también la indexación de estos y aquel, es decir, la actualización o corrección monetaria producto de la pérdida del poder adquisitivo de estos valores.

5.4. La indexación del daño patrimonial, se puede realizar en el momento en que el presunto responsable dentro del proceso de responsabilidad fiscal, de manera voluntaria decide resarcir el daño patrimonial investigado o imputado.

Igualmente procede de conformidad con la ley, en el fallo con responsabilidad fiscal que decide el proceso adelantado

5.5. Cuando el presunto responsable fiscal decida resarcir el perjuicio causado antes del fallo con responsabilidad fiscal, también debe indexar el daño porque el resarcimiento del perjuicio debe ser total, y solo se satisface cuando el perjuicio se actualiza a valor presente.

Cordialmente,


JAVIER TOBO RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Zulma Karina Camacho Rondón 

Revisó: Lucenith Muñoz Arenas 
N.R. SIGEDOC 2023ER0155725
TDR 80112-033 Conceptos Jurídicos